

BIBLIOTECA DI TESTI E STUDI / 1366

STUDI GIURIDICI

Il testo è disponibile in Open Access sul sito Internet di Carocci editore
nella sezione “PressOnLine”.

I lettori che desiderano
informazioni sui volumi
pubblicati dalla casa editrice
possono rivolgersi direttamente a:

Carocci editore

Corso Vittorio Emanuele II, 229
00186 Roma
telefono 06 42 81 84 17
fax 06 42 74 79 31

Siamo su:
www.carocci.it
www.facebook.com/caroccieditore
www.twitter.com/caroccieditore

L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità

A cura di Nicola Riva



Carocci editore

Opera edita con il contributo dell'Università degli Studi di Milano –
Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche – finanziamento MIUR – PRIN 2015

1ª edizione, dicembre 2020

© copyright 2020 by Carocci editore S.p.A., Roma

Realizzazione editoriale: Fregi e Majuscole, Torino

Finito di stampare nel dicembre 2020
dalla Litografia Varo (Pisa)

ISBN 978-88-290-0490-4

Riproduzione vietata ai sensi di legge
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,
è vietato riprodurre questo volume
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,
compresa la fotocopia, anche per uso interno
o didattico.

Indice

	Introduzione di <i>Nicola Riva</i>	9
1.	In difesa del principio del danno di <i>Persio Tincani</i>	13
2.	Principio del danno, antipaternalismo e proibizionismo delle droghe di <i>Giorgio Maniaci</i>	33
3.	La libertà come limite alla libertà di <i>Nicola Riva</i>	51
4.	Autonomia diacronica. Rispetto del bambino e antipater- nalismo sociale di <i>Marina Lalatta Costerbosa</i>	71
5.	Il principio del “miglior interesse” nelle questioni di fine vita di <i>Beatrice Magni</i>	93
6.	Libertà e sorveglianza. Il caso della pandemia da Covid-19 di <i>Roberta Sala e Virginia Sanchini</i>	113

INDICE

7.	Paternalismo epistemico: il caso delle fake news di <i>Giulia Bistagnino</i>	135
8.	Nudging contro nudging. Big data, privacy e paternalismo di <i>Francesca Pasquali</i>	155
9.	Povert� del nudge e nudge della povert� di <i>Silvia Vida</i>	175
	Gli autori e le autrici	197

Introduzione

di *Nicola Riva*

Uno dei principi cardine del liberalismo è l'idea che la libertà individuale non possa essere limitata per ragioni paternalistiche¹, ossia per impedire che un individuo, adulto e capace di intendere e di volere, con la sua condotta danneggi sé stesso. Le sole limitazioni della libertà individuale che sono ammissibili per il liberalismo, nella sua versione più rigorosa, sono quelle necessarie a evitare che con la sua condotta un individuo danneggi altri individui. Questo principio è stato enunciato nella forma forse più paradigmatica nel saggio *On Liberty* (1859) di John Stuart Mill. Esso ammette che sia possibile limitare temporaneamente la libertà di un individuo al fine di accertare che sia consapevole delle possibili conseguenze della propria condotta e in grado di valutare i rischi che corre. Una volta accertato che lo è, tuttavia, l'individuo dovrebbe essere lasciato libero di agire in modi potenzialmente o, nei casi più estremi, certamente dannosi per sé.

L'esclusione delle limitazioni paternalistiche della libertà individuale si accompagna, nella prospettiva liberale classica, all'esclusione delle limitazioni della libertà individuale che intendono dissuadere gli individui da condotte che, pur non danneggiando nessuno, né l'agente né altri

1. Il termine tradizionale "paternalismo" risente di una cultura maschilista, che assegnava al padre il ruolo di capofamiglia e gli attribuiva l'autorità sugli altri membri della famiglia, che si presumeva dovesse essere esercitata nel loro interesse, al fine di promuoverne il benessere. Dall'ambito familiare il termine è poi stato trasferito all'ambito politico, in base all'idea della comunità politica come grande famiglia nella quale chi detiene l'autorità politica esercita il ruolo del padre che ha il compito di garantire il benessere della comunità nel suo insieme e dei suoi membri. In lingua inglese è oggi d'uso piuttosto comune il termine più neutro *parentalism*, da *parent*, "genitore". Un termine equivalente non si è tuttavia ancora diffuso in italiano ("parentalismo" non funziona, poiché "parenti" in italiano non sono solo i genitori), pertanto si è deciso di utilizzare il termine tradizionale "paternalismo" e i termini da esso derivati.

individui, sono ritenute “sbagliate”, perché, per esempio, contrarie alla morale (la “vera” morale, ritenuta dotata di validità assoluta, o la morale diffusa all’interno di una specifica comunità).

Il liberalismo, dunque, si oppone sia al paternalismo sia al “moralismo legislativo” (*legal enforcement of morals*), almeno quando essi si traducono in una limitazione della libertà individuale. Così facendo, il liberalismo recupera la distinzione caratteristica dell’Illuminismo giuridico tra ciò che, cagionando un danno a individui diversi dall’agente, può legittimamente costituire un “reato” e ciò che, non cagionando alcun danno a individui diversi dall’agente, costituisce al più un “peccato” e come tale resta di pertinenza esclusiva della morale o, meglio, di quell’ambito della morale che, riguardando il “bene” più che il “giusto”, è opportuno non invada il campo del diritto. In realtà i confini tra paternalismo e moralismo legislativo non sono netti: è possibile pensare al moralismo legislativo come a una forma di paternalismo volta a salvaguardare l’integrità morale di un individuo, che potrebbe essere ritenuta non meno importante per il suo benessere della sua salute fisica, in particolare per chi assuma una prospettiva religiosa secondo la quale certe condotte possono risultare in una condanna alla dannazione eterna. Viceversa, il paternalismo può essere considerato una forma di moralismo legislativo, se si assume che la prudenza sia una virtù, una dimensione costitutiva della vita buona per l’essere umano.

L’emergere in ambito filosofico e giuridico del dibattito sulla vulnerabilità² rappresenta una sfida per il liberalismo e, in particolare, per l’antipaternalismo liberale. La vulnerabilità degli esseri umani, infatti, li rende non sempre capaci di scelte in grado di promuovere i loro interessi. La presa d’atto di questa vulnerabilità suggerisce, pertanto, la messa in discussione di quell’immagine dell’individuo – indipendente, razionale e consapevole, in grado di stabilire che cosa sia nel suo interesse e di agire di conseguenza – che, secondo un’opinione diffusa soprattutto tra i critici del liberalismo, ne rappresenta il presupposto antropologico.

I contributi raccolti nel volume sono l’esito dei percorsi di ricerca individuali degli autori e delle autrici che, da diverse angolazioni e partendo da diverse questioni, hanno riflettuto sull’opportunità di ripensare

2. Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano alcuni contributi recenti a quel dibattito: O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018; G. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Carocci, Roma 2019; A. Furia, S. Zullo (a cura di), *La vulnerabilità come metodo. Percorsi di ricerca tra pensiero politico, diritto ed etica*, Carocci, Roma 2020.

l'antipaternalismo liberale alla luce della sfida posta dalla presa d'atto della vulnerabilità degli esseri umani, talvolta giungendo alla conclusione che ciò non sia opportuno, altre volte accogliendo la sfida. Nel loro insieme, i diversi contributi considerano i pregi e i limiti dell'antipaternalismo liberale. Nel farlo indagano i limiti del diritto e della politica, nel duplice senso dei limiti che il diritto e la politica possono porre in essere, ossia di ciò che può essere vietato o imposto, e dei limiti che il diritto e la politica devono osservare, ossia di ciò che essi non possono fare o non fare. Pur senza una distinzione rigida, il volume ospita contributi teorici accanto a contributi dedicati alla discussione di questioni particolari, alcune molto attuali. Tutti i contributi hanno un taglio filosofico e sono finalizzati all'analisi critica e alla (ri)formulazione di concetti, principi e/o argomenti normativi.

Il volume è il prodotto di un Progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale (PRIN) 2015 su *Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione*, finanziato dal ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, che ha coinvolto numerosi atenei italiani. Un ringraziamento particolare va a Baldassare Pastore, coordinatore del progetto a livello nazionale, e, per avere accolto il progetto di questo volume, alle studiose che, insieme a me, hanno fatto parte dell'unità di ricerca locale con sede presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli Studi di Milano: Alessandra Facchi, che dell'unità è stata la coordinatrice, Barbara Bello, Antonella Besussi, Letizia Mancini, Francesca Pasquali e Roberta Sala.

Milano, 11 settembre 2020

Avvertenza. La data di ultimo accesso ai siti Internet ai quali si rimanda nel volume è ottobre 2020.

I

In difesa del principio del danno

di *Persio Tincani*

I.1

Il principio del danno (in breve)

Il principio del danno (*Harm Principle*), anche chiamato “principio di libertà”, è teorizzato da John Stuart Mill in *On Liberty* (1859) e consiste in una regola rivolta al legislatore. Si tratta di una regola morale molto semplice: il legislatore non può punire né proibire le attività che non causano un danno (o un pericolo di danno) a persone diverse da chi le pone in essere. In una delle sue formulazioni, Mill la riassume in due proposizioni:

In primo luogo [...], l'individuo non deve rendere conto alla società delle proprie azioni nella misura in cui esse non riguardano gli interessi di altri che lui stesso. Se lo ritengono necessario per il bene proprio, gli altri possono consigliare, istruire, persuadere o evitare l'individuo in questione; queste sono le sole misure mediante le quali la società può giustificatamente esprimere la propria avversione o disapprovazione. In secondo luogo, l'individuo deve rendere conto delle azioni che possano pregiudicare gli interessi altrui, e può essere sottoposto a punizioni sociali o legali se la società ritiene le une o le altre necessarie per proteggersi (Mill, 1859, trad. it. p. 108).

La vita in società è utile a tutti, ma perché la società possa sorgere e sopravvivere è necessario che i suoi membri rispettino certi obblighi sociali. Con le parole di Mill,

il fatto di vivere in società rende indispensabile che ciascuno sia obbligato a osservare una certa linea di condotta nei confronti degli altri. Questa condotta consiste, in primo luogo, nel non danneggiare gli interessi reciproci, o meglio *certi interessi che, per esplicita disposizione di legge o per tacito accordo, dovrebbero essere considerati diritti* [...]. La società ha il diritto di far valere a tutti i costi

queste condizioni nei confronti di coloro che tentano di non adempierle (ivi, p. 86, corsivo mio).

Oltre alla lesione dei diritti altrui, Mill aggiunge che possono essere proibiti anche quei comportamenti che li mettono in pericolo. “Pericolo” è qualcosa di più del semplice rischio: quasi ogni attività è rischiosa, nel senso che è possibile che da essa derivino conseguenze dannose; il pericolo si riferisce però a situazioni nelle quali la probabilità di un danno è molto alta. Per esempio: andare a fare un’escursione in montagna è un’attività rischiosa, scivolare e rimanere aggrappati a un arbusto sopra un precipizio è una situazione pericolosa¹. Distinguere tra rischio e pericolo è un’operazione che si presta a essere effettuata in modo arbitrario. Per questo, la distinzione deve essere fatta con attenzione, perché uno sbilanciamento verso il pericolo genera un’eccessiva produzione di norme penali che puniscono condotte che, anche se in via ipotetica possono causare un danno, di solito non ne causano nessuno (Husak, 2008, p. 38).

Mill intende i diritti come una sottocategoria degli interessi, la categoria dei quali è sia molto ampia che non predeterminabile. Gli interessi sono le cose alle quali ciascuno di noi attribuisce importanza, ed è normale che gli interessi di una persona non coincidano del tutto con quelli di un’altra. Certo, è ragionevole che quasi tutti concordino nel ritenere un loro interesse determinate cose come la salute o la tranquillità economica. Ma al di là del fatto che ciò non è vero in assoluto (il suicida, per esempio, non considera la vita un proprio interesse), non appena ci spostiamo su di un livello più preciso notiamo che nemmeno su questi interessi condivisi siamo davvero tutti d’accordo. Per esempio, se io e voi desideriamo una vita appagante, che cosa considero appagante è affar mio e che cosa voi considerate appagante è affar vostro. Come scrive Mill (1859, trad. it. p. 88), «l’uomo o la donna più ordinari hanno mezzi di conoscere i propri sentimenti e la propria condizione incommensurabilmente superiori a quelli di cui può disporre chiunque altro». Insomma, io e soltanto io posso individuare i miei interessi: decido quali sono e decido con quanta intensità desidero soddisfarli, ordinandoli in una scala di priorità (che può cambiare nel tempo).

Se qualcosa costituisce un mio interesse, è normale che voglia proteggerlo, che voglia cioè che quel mio interesse venga realizzato. Tuttavia,

1. Sulla distinzione tra rischio e pericolo cfr. per esempio Douglas (1992, cap. 2); Beck (1986).

non sempre è possibile che un interesse divenga la base di una pretesa legittima, cioè che la sua realizzazione sia garantita dal diritto. Ho interesse a parcheggiare di fronte a un posto dove voglio recarmi, ma può darsi che qualcuno abbia già occupato quel parcheggio pubblico. Quella persona ha leso un mio interesse, ma non posso dire che abbia leso un mio diritto: in questo caso (e in tanti altri), la condotta di chi ha leso un mio interesse è legittima e dunque non mi ha arrecato alcun danno nel senso del *Harm Principle*, un danno, cioè, che aveva il dovere di non arrecarmi. È vero che ogni volta che un mio interesse non viene soddisfatto esso viene danneggiato, ma non ogni mio interesse è anche un mio diritto. La regola di limitare la libertà di azione si applica soltanto quando le azioni frustrano i diritti (gli interessi che per la legge sono *anche* diritti), non quando frustrano solo gli interessi.

Il principio del danno non è una regola universale, non è come il principio di contraddizione, per intenderci. Un legislatore può seguirlo o no e, come ricorda lo stesso Mill, un legislatore abbastanza forte può materialmente fare le leggi che gli pare. Tuttavia – questa è la tesi di Mill (e la mia) – un legislatore *liberale* è un legislatore che assume il principio del danno come regola della legislazione.

Nella sua formulazione stringata il principio può sembrare molto debole: di fatto, visto che è il legislatore a decidere quali interessi sono anche diritti, esprime solo il divieto di proibire le azioni meramente autolesive, cioè quelle che in nessun modo toccano gli interessi altrui. Se le cose stanno così, un legislatore potrebbe decidere, per esempio, di trasformare in diritto l'interesse di qualcuno di vedere in giro soltanto uomini con la cravatta e obbligare così i maschi adulti a metterla. Oppure potrebbe trasformare in diritto l'interesse che alcuni hanno di sapere che tutti rispettano le loro stesse regole morali private (per esempio, l'astinenza dagli alcolici o una certa morale sessuale). È però lo stesso Mill a precisare in che modo il legislatore deve scegliere gli interessi da trasformare in diritti. Si deve guardare alle ragioni per le quali troveremmo giustificato proibire una certa condotta: se esse sono interamente riconducibili al nostro biasimo per chi la tiene, o se c'è anche qualcos'altro. Come scrive Mill,

la distinzione tra la perdita dell'altrui stima, in cui si può giustamente incorrere per mancanza di prudenza o dignità personale, e la riprovazione che si merita se si ledono i diritti altrui, non è puramente nominale [...]. Se la persona ci infastidisce, possiamo esprimerle la nostra antipatia, ed evitarla, come evitiamo

tutto ciò che ci infastidisce [...]. Ben altrimenti accade se un individuo ha violato le norme necessarie alla protezione, individuale o collettiva, dei suoi simili. Le conseguenze negative dei suoi atti non ricadono allora su di lui, ma sugli altri; e la società, in quanto protettrice di tutti i suoi membri, deve rifarsi su di lui, deve farlo soffrire all'esplicito scopo di punirlo, e deve assicurarsi che la punizione sia sufficientemente severa. In un caso l'individuo è imputato di fronte al nostro tribunale, e siamo chiamati non solo a giudicarlo ma anche, in un modo o nell'altro, a eseguire la nostra sentenza; nell'altro, non è nostro compito infliggergli sofferenze, salvo quelle che possono incidentalmente derivare dal nostro esercizio, nella condotta dei nostri affari, della stessa libertà che consentiamo a lui nei suoi (ivi, p. 91).

Questo passaggio un po' complesso può essere visto come l'esposizione di una sorta di "test del biasimo", un principio-guida al quale il legislatore deve guardare per stabilire quali interessi possono essere trasformati in diritti.

Se la sola ragione per la quale una condotta dovrebbe essere proibita è che essa è biasimata allora non ci sono buone ragioni per proibirla, non importa quanto profondo sia il nostro biasimo e non importa neppure da quante persone è biasimata: essa rimane nell'ambito delle azioni libere, che non devono interessare il diritto.

In *On Liberty*, Mill ha un obiettivo polemico nelle tesi dell'Alleanza contro gli alcolici (un'associazione che si era data l'eroico compito di bandire l'alcol in Gran Bretagna), quindi l'esempio è in tema. Si pensi a un signore ubriaco su una panchina. Tutti i giorni arriva, si siede e non fa altro che bere da una bottiglia che ha portato con sé. È palesemente ubriaco, non parla con i passanti né li importuna in nessun modo (non li tocca, per esempio). Credo che sia condivisibile giudicare quella condotta biasimevole. Bere tutti i giorni in quel modo non è un comportamento ammirevole e la vista di quella persona male in arnese può causare in chi passa sensazioni spiacevoli, magari al punto che se possiamo evitiamo di passare da lì. Posso anche affermare che il comportamento di quella persona danneggia i miei interessi, perché è un mio interesse non provare sensazioni spiacevoli. Il punto però è: *perché* provo una sensazione spiacevole? Perché esprimo un giudizio negativo su chi beve ogni giorno in quel modo. Non posso però dire che quel comportamento produca un effetto sulle mie libere azioni, perché quel signore non mi impedisce di fare proprio niente. Sono io che decido di non passare da lì per evitare di provare una sensazione spiacevole. Se amo un certo ristorante e smetto di andarci perché hanno assunto un

cameriere che mi è antipatico, non direi che quel cameriere mi impedisce di andare a cenare lì: sono io che decido di non andarci per non incontrarlo, proprio come sono io che decido di non passare da quella strada per non incontrare lo sgradevole, ma innocuo, ubriacone. Facciamo un esperimento mentale molto semplice ed eliminiamo il biasimo dallo spettro dei giudizi: non rimane nessuna ragione per proibire la condotta di quell'uomo. È una condotta "sbagliata" nel senso che è nociva per lui, ma tutto finisce qui: se eliminiamo il nostro giudizio individuale, in questo caso formulato sulla base di ciò che per noi è un buon stile di vita, non c'è ragione per proibirgli di continuare così, anche se è ovvio che la sua salute peggiorerà.

Proviamo adesso a immaginare che l'ubriacone insulti o molesti i passanti in altri modi. Eliminando il biasimo, rimangono ragioni per proibire quel comportamento. L'intrusione nella nostra libertà è più grave, perché le persone non vogliono essere molestate. Anche nell'esempio di prima la condotta ci causa un fastidio, ma esso dipende solo dalla nostra disapprovazione e non intacca né la nostra libertà (posso passare da quella strada senza che mi accada nulla), né la nostra dignità (nessuno mi insulta), né la nostra incolumità (nessuno mi aggredisce). In entrambi i casi vengono lesi nostri interessi, ma il "test del biasimo" permette di distinguere tra gli interessi che possono (devono) essere trasformati in diritti e gli interessi che non possono essere trasformati in diritti. Il principio del danno serve per aumentare la libertà, non per affermare una morale normativa. Impedire a quella persona di ubriacarsi, se la sua ubriachezza non influisce sulla libertà degli altri, significherebbe restringere la sua libertà senza che ciò sia necessario per proteggere la libertà di altri.

L'interesse di vivere in un mondo dove tutti seguono la nostra dottrina morale non è un diritto, indipendentemente da quanto sia profondo. Si potrebbe dire che la condotta di chi agisce in spregio dei miei valori morali causa in me uno stato psicologico sgradevole e che questo è un motivo ragionevole per proibirla. Ma il fatto è che

se si riduce l'offesa a uno stato psicologico soggettivo, qualsiasi comportamento può risultare, in linea di principio, offensivo per alcuni [...]. Appare quindi irragionevole vietare una condotta soltanto perché questa è sgradita a qualcuno: serve un criterio per qualificare l'offesa che non sia fondato su un mero stato d'animo individuale (Canale, 2017, p. 178).

Questa è del resto la linea adottata da ogni ordinamento giuridico: non proteggere le persone dalle "offese" in generale, ma stabilire delle fatti-

specie astratte di ciò che giuridicamente viene ritenuto “offesa”, sulla base di criteri piuttosto precisi, che Feinberg (1985, p. 35) nella sua analisi del “principio dell’offesa” (uno sviluppo del principio del danno) individua in gravità, non ragionevole evitabilità, massima volenti, non considerazione delle suscettibilità anormali, così distinguendo l’offesa in senso generale (non rilevante per il diritto) dall’offesa in senso normativo (cfr. Peršak, 2007, p. 14).

Il principio del danno è dunque un principio molto potente che esaurisce l’intera ideologia liberale e che ha l’obiettivo di aumentare il più possibile le libertà, limitandole solo quando serve per garantire uguale libertà (dunque uguali diritti e uguali capacità di esigerne il rispetto) a tutti. Riassumendo:

- a) il principio del danno è *il solo principio* in base al quale è possibile limitare la libertà;
- b) il danno deve essere *causato a persona diversa* da quella che agisce;
- c) il danno è la lesione di *interessi considerati diritti* dalla legge;
- d) il danno deve essere *preciso* (precisabile) e *identificato*;
- e) anche azioni che causano il *pericolo* di danno possono essere proibite (rimando qui a Tincani, 2009).

La tesi di Mill è che al di fuori di questi casi la proibizione non è giustificata. La costruzione di questa tesi è addirittura indicata da Mill come lo scopo per il quale *On Liberty* è stato scritto:

scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società e individuo, sia che li si eserciti mediante la forza fisica, sotto forma di pene legali, sia mediante la coazione morale dell’opinione pubblica. Il principio è che l’umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d’azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri. Il bene dell’individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente [...]. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri: per l’aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta (Mill, 1859, trad. it. pp. 12-3).

Mill formula in questo modo la tesi nell’introduzione a *On Liberty*, e in questa versione appare evidente che essa sia intesa come una tesi tale da consentire soltanto una recezione legislativa tutto/niente. Una tesi anti-paternalistica radicale che «disconosce al magistero punitivo il doppio

e congiunto ruolo di autoritario padre protettivo e di educatore morale della popolazione adulta» (Fiandaca, 2017, p. 58), che esprime una precisa concezione del potere politico e che investe così tutti gli ambiti del diritto, non solo quelli penalistici.

Per la sua radicalità,

la possibilità di tradurre in legislazione concreta una simile filosofia penalistica di fondo si è, di fatto, più volte storicamente scontrata con la ricorrente e opposta tentazione politica di attribuire al diritto penale scopi sia di protezione in senso più o meno paternalistico, sia di moralizzazione collettiva. Una riprova, questa, della oggettiva difficoltà di far convergere sul piano della prassi legislativa i principi di legislazione elaborati dai filosofi o dai giuristi e le concrete scelte di politica penale compiute dai legislatori di turno (ivi, pp. 58-9).

1.2

Partire dal diritto penale

Guardare al diritto penale è un buon modo per capire molto della concezione politica sulla quale sono fondate le istituzioni. In particolare, guardare a ciò che il diritto penale punisce e a come lo fa (quanto, con quale tipo di sanzione) mostra una graduatoria dei comportamenti che una società considera indesiderabili e fornisce uno specchio dei valori che ritiene importanti. I *più* importanti, bisogna precisare, perché la sanzione penale è l'arma più potente dell'arsenale dello Stato.

In un lavoro degli anni Sessanta del secolo scorso, Feinberg scrive che la sanzione possiede un'importante funzione espressiva: è indubbio o perlomeno «convincente che la pena possa operare come *medium* comunicativo, con funzione simbolica o di messaggio sotto svariati aspetti» (Fiandaca, 2017, pp. 22-3). Questa funzione è maggiore nella sanzione penale, che mostra la massima disapprovazione per la condotta sanzionata. Comunicare disapprovazione è però una caratteristica anche delle *penalties* (sanzioni amministrative) e anche di particolari *norme fiscali-tributarie*, che aumentano il costo di attività che lo Stato vuole scoraggiare (Feinberg, 1970 [1965], pp. 95-7). Per queste ultime, in realtà, non si potrebbe parlare in senso formale di sanzione – una tassa o un'imposta non lo sono, anche per il fatto che non sono irrogate in giudizio –, tuttavia, dal punto di vista comunicativo, sono esempi di una sorta di “funzione sanzionatoria” della norma tributaria. Per la teoria generale del diritto è importante distinguere

la pena da ciò che pena non è (come nota correttamente, per esempio, Fiandaca, 2017, p. 6), ma questo passa in secondo piano se si guarda alla funzione comunicativa delle norme, cioè a come esprimono approvazione o disapprovazione per influire sulle scelte delle persone.

La funzione comunicativa è evidente anche nel caso delle sanzioni positive, o più in generale del diritto premiale. I casi in cui con la funzione comunicativa si incoraggiano determinati comportamenti rientrano nella più complessa categoria del *nudge* (cfr. per esempio Sunstein, 2014; per una critica, cfr. Galletti, Vida, 2018).

Quanto alla funzione comunicativa, la disapprovazione è massima nella punizione e giù a decrescere fino alla imposizione di costi aggiuntivi (che non proibisce un'attività, ma la rende più onerosa). Come abbiamo visto, la disapprovazione si può esprimere anche in altri modi, ma come sottolinea Feinberg la punizione possiede un significato simbolico più forte. Essa, infatti,

è un dispositivo convenzionale per l'espressione dell'atteggiamento di risentimento o di indignazione e del giudizio di disapprovazione e di riprovazione, sia da parte della pubblica autorità stessa che da parte di coloro "in nome dei quali" la punizione è inflitta. La punizione, in breve, ha un significato simbolico che per lo più manca alle altre forme di sanzione (Feinberg, 1970 [1965], p. 98, trad. mia).

Quando la disapprovazione è più forte, la sanzione è una pena (*sanzione penale*) e la condotta disapprovata è un *reato*. Quando la disapprovazione è più lieve, la sanzione è amministrativa e la condotta disapprovata è un *illecito amministrativo*. Quando riguarda condotte lecite, si esprime con l'imposizione di *costi aggiuntivi* (imposizione fiscale, imposizione "per legge" di un prezzo di vendita elevato e via così).

La terza categoria presenta qualche problema di compatibilità con il principio del danno, mentre è certo compatibile con il nudge. Vediamo perché. Il principio del danno stabilisce che possono essere proibite solo le azioni che danneggiano i diritti di terzi, cioè che la libertà delle persone viene limitata solo per le azioni che danneggiano gli altri. Ora, aggiungere un costo a una certa attività significa limitare la libertà: se compiere una data azione è più costoso, alcune categorie di persone che vorrebbero compierla potrebbero dovervi rinunciare. Essa continua però a essere lecita, la decisione del legislatore l'ha resa solo più onerosa. A questo punto dobbiamo domandarci: quell'azione danneggia i diritti degli altri?

Se la risposta è affermativa, allora dovrebbe essere proibita (e punita); ma se la risposta è negativa, dovrebbe invece essere libera, nel senso che tutti dovrebbero essere in grado di compierla.

Si obietterà che acquistare un oggetto costoso è lecito ma non è vero che tutti sono in grado di farlo: non tutti possono permetterselo. L'obiezione però non coglie nel segno, perché in questi casi il prezzo elevato dipende dalla decisione politica di scoraggiarne l'acquisto, non dal normale ("spontaneo", per così dire) funzionamento del mercato. Dunque, se l'azione scoraggiata viola i diritti altrui, questa forma di disapprovazione è incompatibile con il principio del danno perché è insufficiente, dato che non proibisce una condotta che danneggia gli altri, e dunque i diritti degli altri potranno essere violati senza commettere alcun reato da chi è disposto a sopportare i costi aggiuntivi. Se, invece, l'azione scoraggiata non viola i diritti di terzi, allora è sbagliato scoraggiarla in questo modo che influisce sulla libertà di compierla, per di più in modo disuguale (chi è abbastanza ricco può compiere l'azione scoraggiata). Nel primo caso, il principio del danno è violato perché non viene proibito ciò che danneggia gli altri. Nel secondo caso, è violato perché si introduce una limitazione della libertà non giustificata dalla protezione dei diritti.

1.3

Sistemi continentali e sistemi angloamericani

La scienza giuridica occidentale distingue tra i sistemi di *civil law* ("continentali") e i sistemi di *common law* ("anglosassoni" o "angloamericani"). Icasticamente, si dice che nei sistemi di *common law* "contano le sentenze" e che nei sistemi di *civil law* "contano le leggi".

Tuttavia, questa distinzione così netta esiste solo nei testi introduttivi di diritto comparato: assomiglia più a un fumetto che a una fotografia (Schauer, 2009, p. 109), perché nella realtà la mole della produzione legislativa dei sistemi di *common law* è paragonabile a quella dei sistemi di *civil law* e perché nei sistemi di *civil law* i giudici mostrano di considerare il precedente, soprattutto delle corti superiori, altrettanto vincolante di come viene considerato dai giudici di *common law* (e, anche nel caso del *civil law*, il discostamento dal precedente viene effettuato adducendo buone ragioni nella motivazione della sentenza).

Con una certa approssimazione, si può affermare che a questa distin-

zione tra famiglie di sistemi giuridici – non poi così netta – corrisponde una diversa concezione della giustificazione della punizione. Guardiamo alla funzione espressiva della pena e rimaniamo sul caso della comunicazione della massima disapprovazione, cioè della sanzione penale. «Il potere dello Stato di vietare certe condotte umane in quanto criminali [...] è uno dei poteri più pericolosi che ci siano e, pertanto, necessita di essere giustificato in una società che si consideri liberale» (Peršak, 2007, p. 12, trad. mia): la giustificazione, dunque, prima che essere cercata per ogni singola proibizione, deve essere cercata per il potere di *imporre* delle proibizioni, cioè per il principio generale in base al quale lo Stato ha il potere di stabilire che cosa proibire.

Tanto i sistemi continentali quanto quelli angloamericani individuano questa giustificazione generale nell'esigenza di proteggere "qualcosa". Circa l'oggetto di protezione, in ambito di *civil law* la dottrina si è orientata per lo più verso il concetto di bene giuridico, mentre in ambito di *common law* è stato privilegiato un approccio che ruota attorno al principio del danno. Nel caso del principio del danno è evidente che quel "qualcosa" che il diritto penale protegge sono i diritti individuali. Nel caso della teoria del bene giuridico, invece, le cose non sono così semplici.

1.3.1. I SISTEMI CONTINENTALI

La teoria del bene giuridico nasce a metà Ottocento con intenti

estensivi della punibilità rispetto alle precedenti teorie del reato come lesione di diritti soggettivi (cfr. il suo utilizzo a "copertura" dei reati in materia di buon costume o di religione, mal legittimabili alla luce delle teorie della tutela penale di soli diritti soggettivi), e attualmente, nella prassi, continua a essere impiegat[a] nella medesima funzione, che è *opposta* a quella dell'offensività come principio, perché l'offensività è ideologicamente in funzione della sussidiarietà, dell'*ultima ratio* e pertanto della *restrizione garantista* dell'area penalmente rilevante (Donini, 2013, pp. 3-4).

Secondo il principio dell'offensività, il diritto interviene quando non è possibile difendere in altro modo i diritti soggettivi, il che è come dire che è giustificata solo quella proibizione che serve per impedire che una condotta li violi. Ora, è ben vero che tutto dipende da che cosa viene classificato come "bene giuridico" e che quindi questo approccio potrebbe essere compatibile con quello fondato sul principio del danno, ma è altrettanto vero che le strade intraprese dall'una e dall'altra impo-

stazione hanno preso direzioni divergenti. Anche se definiamo i diritti soggettivi un “bene giuridico”, infatti, il principio del danno è soddisfatto solo se la definizione di bene giuridico adottata si esaurisce in questo, cioè se non vi rientra nient’altro che i diritti soggettivi. Il punto è proprio questo: la teoria del bene giuridico considera i diritti soggettivi come qualcosa che è necessario proteggere, ma come abbiamo appena visto la nascita di questa teoria è dovuta all’intento di aggiungervi altri oggetti meritevoli di protezione giuridica. In particolare, questa categoria è stata riempita con “beni” considerati importanti “per la società” o “per lo Stato”.

La scuola tedesca del primo Ottocento definisce il reato la violazione di diritti altrui, cioè di diritti soggettivi (dei quali, per definizione, si conoscono i titolari). Ma è ancora la scuola tedesca che, proprio a partire dal diritto soggettivo, elabora la teoria che diverrà caratteristica del diritto penale continentale: la citata “teoria del bene giuridico”, formulata da Johan Birnbaum nel 1834 e perfezionata poi da Karl Binding. L’idea di Birnbaum è che tra i più importanti scopi dello Stato vi è il garantire ai cittadini il godimento di determinati beni, sia naturali che prodotti dalla società borghese. Il positivismo ha chiarito che i diritti soggettivi non esistono in natura, e dunque rientrano tra i “beni” creati dalla società. Ma altrettanto – e questo è il punto che avvia la divergenza tra le scuole continentale e angloamericana – è vero che nella categoria dei “beni” che sono il prodotto di una società rientrano “cose” che nulla hanno a che vedere con i diritti soggettivi. Si pensi alla “pubblica moralità”, alla sua variante di “morale condivisa” o addirittura alla “religione più diffusa” e via così. Sebbene nasca in seno a una visione illuministica, la dottrina del bene giuridico finisce per aprire la teoria del diritto a elementi preilluministici, mescolando di nuovo la sfera della moralità alla sfera del diritto. Si pensi, solo per fare due esempi, alla tesi di Patrick Devlin (1965), secondo la quale la natura del diritto penale è quella di proteggere la pubblica moralità, o alla tesi di John Finnis (1997), che utilizza uno schema che sembra ricalcato su quello del principio del danno per sostenere che il matrimonio eterosessuale è un bene pubblico, che questo bene pubblico, come gli altri beni pubblici, costituisce l’oggetto di un preciso diritto di tutti, e che modificarlo (nel caso: mediante una riforma che permetta anche alle persone dello stesso sesso di sposarsi) significherebbe violare un diritto di ciascuno.

La dottrina italiana ha declinato la teoria del bene giuridico in modo peculiare, impartendole una direzione “costituzionalistica” che

ha poi attecchito anche in Germania (un esempio tra tutti: il “neoco-stituzionalismo” di Robert Alexy). Si pensi alla definizione di “reato” di Franco Bricola (1973): «Fatto lesivo di un valore costituzionale, la cui significatività si riflette sulla misura della pena». Rispetto alla teoria del bene giuridico originaria, questa variante appare più precisa, ma si tratta di una precisione molto relativa perché è consolidata la tesi che sostiene che i “valori” costituzionali possano essere anche impliciti. Del resto, è noto a tutti che “valori costituzionali” come il diritto alla privacy, sostanzialmente dato per indiscusso dalla dottrina, non sono esplicitamente stabiliti dalla Costituzione ma sono il risultato dell’individuazione di norme implicite da parte della giurisprudenza costituzionale. Per di più, ogni ordinamento giuridico possiede una componente tacita più o meno ampia, non liquidabile alla stregua di consuetudini residuali, che spesso ha il ruolo di presupposto necessario al ragionamento giuridico che conduce al dato normativo (cfr. il recente Sacco, 2015, anche per gli approfondimenti bibliografici).

Il rinvio alla Costituzione parrebbe arginare l’arbitrarietà nell’individuazione dei beni giuridici da proteggere, ma il fatto è che la Costituzione – come ogni testo normativo – non è un documento che stila una lista tassativa e rigida. Il punto, infatti, è che il diritto è di per sé un oggetto tutto concettuale, la cui definizione dipende dagli atteggiamenti dell’interprete e dalle sue intenzioni. Così, l’approccio costituzionalistico sposta poco nella direzione di una definizione almeno abbastanza stabile dei beni da proteggere e, dunque, lascia ancora non definita la questione di quali azioni umane possano essere legittimamente proibite.

Feinberg avverte che definire un concetto in modo approssimativo apre la strada alla sua arbitraria applicazione, e ciò è tanto più vero quando si tratta di diritto, dove i concetti sono creati dalla definizione che ne diamo (il diritto è tutto stipulativo), con in più il fatto che il diritto prescrive comportamenti, il che deve farci evitare ancor di più il pericolo di arbitrio.

La pretesa “cristallizzazione” di beni-valori costituzionali è tutt’altro che solida. Anche perché quando si tratta di individuare cose sfuggenti come “i valori” gli argomenti ai quali si ricorre in fase di interpretazione spesso provengono dagli ambiti più diversi: morale, politica del diritto, e così via, che mancano di per sé di oggettività. Questo basta a svuotare la pretesa di maggior precisione che la teoria costituzionalistica avrebbe conferito alla teoria del bene giuridico.

1.3.2. I SISTEMI ANGLOAMERICANI

La dottrina dei sistemi di *common law* è incentrata sull'idea che lo Stato sia un'istituzione necessaria per garantire il massimo di libertà individuale. In questo senso, il bene giuridico garantito dallo Stato è il *bene pubblico della sicurezza*, che significa sicurezza di poter esercitare i propri diritti. In sintesi, si tratta del *principio di libertà*. Ricordiamolo velocemente:

1. la sola sanzione cui un individuo può essere sottoposto per quella parte della sua condotta che non tocca gli interessi altrui è il biasimo. I cosiddetti doveri verso di sé non sono obbligatori, a meno che le circostanze non li rendano anche doveri verso gli altri;
2. l'individuo non deve rendere conto alla società delle proprie azioni se non toccano i diritti degli altri. Gli altri possono solo consigliare o evitare l'individuo in questione. Per contro, l'individuo deve rendere conto delle azioni che possono danneggiare i diritti altrui, e può essere punito se la società lo ritiene necessario.

Diversamente da Feinberg, Mill ritiene che la disapprovazione non si esprima con le norme giuridiche ma con altre forme di comunicazione. Le norme servono a *proteggere* la società che, nel linguaggio milliano, significa proteggere i diritti degli individui che la compongono. Qui è necessaria una precisazione. Parafrasando Mill: se è vero che la lesione o la minaccia degli interessi altrui è la sola cosa che può giustificare l'intervento statale, ciò non significa che lo giustifichi sempre. Molto spesso, un individuo danneggia gli interessi degli altri con azioni legittime (cioè esercitando diritti propri). Alcune collisioni tra interessi potrebbero essere evitate da istituzioni migliori ma la maggior parte rimarrebbe. Gli interessi sono spesso antagonisti e su questo non c'è nulla che possa esser fatto senza limitare le libertà con interventi pesanti.

Un danno agli interessi, infatti, può essere causato anche da un atto lecito. In questo caso non posso punire la condotta, anche se causa un danno grave agli interessi di qualcuno. Mill, infatti, specifica che il danno agli interessi che giustifica l'intervento è solo il danno agli interessi che la legge considera (anche) diritti, aggiungendo alcuni corollari che limitano la possibilità che il legislatore possa trasformare in diritto qualsiasi interesse (che ho prima riassunto nel mio "test del biasimo"). In altre parole, ciascuno è libero di avere gli interessi che gli pare ma tutti hanno gli stessi diritti, perché ciascuno è sovrano dei propri interessi ma solo lo Stato è sovrano dei diritti.

Il test del biasimo serve a contenere su basi razionali le ragioni per la punizione. Essa, ricordiamolo con Feinberg, ha un'importante funzione comunicativa e in particolare comunica quanto la società disapprova la condotta. Una funzione simbolica, certo, che però svolge un ruolo tutto pragmatico nella deterrenza: punire un certo comportamento significa sì disapprovare la condotta del suo autore, ma anche dissuadere altri dall'imitarlo.

Il principio del danno risponde a una precisa ideologia etico-morale, ed è chiaro che sia possibile adottarne una diversa nella quale esso non ha cittadinanza. Tuttavia, se l'ideologia è il liberalismo, il principio del danno *deve* essere applicato: un legislatore liberale legifera *esclusivamente* applicando il principio del danno.

Questo, però, vale sul piano euclideo della teoria; le cose nella realtà non sono così nette. Una società liberale è in grado di accettare modeste deviazioni dal principio, per esempio provvedimenti giustificati da qualche forma di paternalismo legale. Questo non vuol dire, come sostiene per esempio Sunstein (2014, trad. it. pp. 3-19), che una società liberale debba *correggere* il principio del danno con dosi di paternalismo *soft* per poter essere davvero liberale. Le leggi che obbligano gli automobilisti a indossare le cinture di sicurezza, per fare un esempio, non sono in nessun modo liberali, perché impongono alle persone una limitazione della libertà non giustificata dalla protezione dei diritti altrui (limitano la libertà di qualcuno senza aumentare la libertà complessiva). Se leggi del genere sono accettate è perché le persone considerano di poco conto le limitazioni della libertà che impongono (nel caso dell'esempio, non limitano la libertà di guidare un'auto); esse però non "integrano" né "correggono" il principio del danno, ma semplicemente lo violano, solo che la violazione si traduce in una diminuzione della libertà che non incide in maniera sensibile sulle vite.

I.4

"Danno" e "intervento statale"

Il principio del danno necessita ancora di qualche chiarimento. In primo luogo, non è ancora abbastanza preciso, perché Mill lascia opaco *il concetto* di danno. In secondo luogo, Mill non spiega perché esso dovrebbe essere confinato al diritto penale: si limita a parlare di ragioni per la punizione e

per la proibizione e non tocca l'argomento dei principi di giustificazione del diritto civile, che in tutti i sistemi evoluti è la branca più ingombrante.

Il più importante contributo di precisazione del concetto di danno è offerto ancora da Feinberg (1984, pp. 31-2, trad. mia), nel I volume del *Moral Limits*: «Il termine “danno” è sia vago che ambiguo, così se dobbiamo usare il principio del danno in modo che produca buoni risultati dobbiamo specificare più chiaramente in che modo “danno” (condizione danneggiata) deve essere concepito». Il termine può avere tre significati:

1. *danno in senso derivato o esteso*. È il significato della parola in frasi come “i vandali hanno danneggiato le finestre”, “la grandine ha danneggiato il raccolto”. Sul piano giuridico si tratta di metafore per “i vandali hanno causato un danno al proprietario della casa”, “la grandine ha causato un danno al proprietario dell'orto”. Né le finestre né gli orti, infatti, hanno diritti;

2. *danno come lesione o sconfitta di interessi*. Questa precisazione è compiuta anche da Mill: ogni volta che un mio interesse non viene soddisfatto subisco un danno. Se la mancata soddisfazione del mio interesse è causata da altri, il danno ai miei interessi è stato causato da loro. Ciò, però, vale sia per i danni agli interessi causati da comportamenti leciti che per quelli causati da fatti illeciti (cioè dalla lesione di un diritto). Quindi, dal punto di vista giuridico, non è un'accezione informativa;

3. *danno in senso normativo*. È il solo significato utilizzabile nel senso del principio del danno: «Dire che A ha danneggiato B [...] è lo stesso che dire che A ha fatto un torto a B, o che l'ha trattato ingiustamente. Una persona *commette un torto* ai danni di un'altra quando la sua condotta indifendibile [...] viola i diritti dell'altra» (ivi, p. 34, trad. mia). Dunque, «sebbene quasi tutti i danni in questo senso specialmente ristretto (torti) siano anche danni nel senso delle invasioni degli interessi [...], alcune azioni invadono gli interessi di un altro in maniera scusabile o giustificabile, o invadono interessi che gli altri non hanno il diritto che siano rispettati» (ivi, p. 35, trad. mia).

Violare gli interessi di qualcuno è possibile anche se non esiste nessun ordinamento giuridico, perciò un danno inteso in senso 2) è sempre possibile. Un danno in senso 3), invece, è possibile solo se esiste un sistema giuridico che stabilisce quali interessi sono anche diritti. “Far torto a qualcuno”, quindi, è sinonimo di “agire illegalmente”, cosa che rende possibile l'intervento statale.

Il danno nel senso 1) merita qualche parola perché è l'accezione che viene utilizzata in espressioni comuni che denunciano un danno o un'of-

fesa “alla cultura” (a una in particolare), “alla tradizione”, “alla moralità” e così via. La cultura (o la moralità) non è un soggetto di diritto, quindi queste espressioni sono metafore per “danno alle persone che hanno un diritto alla protezione” di una particolare cultura. Ora, il fatto è che la maggior parte delle volte quelle persone non esistono, e dunque si tratta di metafore prive di significato giuridico. Per esempio, in Italia non esiste nessuno che abbia il diritto che una particolare religione e la sua cultura divengano o rimangano le più diffuse. Quindi, diversamente da come avviene per gli orti o per le finestre, non esiste possibilità di giustificare un intervento statale che vieti le condotte che possono danneggiarle. Si potrà obiettare che esistono norme che proibiscono gli atti che “offendono” il pudore e che, anche se c’è un profondo disaccordo su che cosa debba considerarsi “spudorato”, in linea di principio non esistono obiezioni al fatto che sia ragionevole che le persone abbiano il diritto di essere protette dall’eventualità di assistere a qualcosa che provoca in loro uno stato psicologico sgradevole, né che si tratti di un sentimento sgradevole causato da azioni che vengono percepite come violazioni di regole morali. Credo che sia un esempio di antiquariato, ma tant’è: è probabile che non tutti concordiamo su che cosa sia un film pornografico, ma tutti o quasi concordiamo sul fatto che i cinema che proiettano un film che consideriamo pornografico debbano affiggere all’esterno l’avviso di ciò che stanno proiettando, per avvertire le persone interessate e soprattutto per avvisare chi trova sgradevole un film di tale genere che, se entrerà lì dentro, assisterà a uno spettacolo che gli causa uno stato psicologico indesiderato (Dworkin, 1981). Fin qui non esistono serie obiezioni a partire dal principio del danno, ma le cose in realtà non stanno in questo modo perché le norme che puniscono l’offesa al pudore possono essere intese anche nel senso, più ampio, che vi sono atti che realizzano *sempre* quell’offesa. Nel diritto italiano la fattispecie è disciplinata dall’art. 529 c.p., che nel primo comma fissa questa definizione: «Agli effetti della legge penale, si considerano “osceni” gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore». Dunque, «a ben guardare, dalla dizione legislativa si desume che il *pudore* è il *bene* effettivamente tutelato dalle disposizioni precedenti [art. 527, *Atti osceni*; art. 528, *Pubblicazioni e spettacoli osceni*] e che il *comune sentimento* è il *criterio* che dovrebbe consentire di cogliere in che cosa consiste, di volta in volta, l’offesa al bene tutelato» (Villa, 2012, p. 199).

Questa lettura, molto raffinata, si muove però in un ambito completamente diverso dal nostro, cioè in quello della teoria del bene giuridico,

che proprio quando viene analizzata in modo così preciso mostra la sua inadeguatezza a fornire ragioni di giustificazione compatibili con un sistema liberale. Il bene giuridico del pudore, infatti, si presta a essere definito nelle maniere più diverse. Ma in ogni caso, la sua definizione alla fine dovrà essere normativa perché la norma che lo protegge possa avere qualche utilità. Ma, soprattutto, questo approccio permette che in linea di principio gli atti che offendono il pudore possano essere proibiti *comunque*, cioè indipendentemente dal fatto che a essi abbiano assistito persone che li reputano offensivi. Nell'esempio: i film pornografici dovrebbero essere proibiti sempre (proiezione, vendita, produzione).

È evidente che questa soluzione significa una riduzione della libertà (di chi vuol guardare un film pornografico, di chi vuole recitarvi) senza che ciò serva a proteggere la libertà di altri: se non voglio guardare un film pornografico posso non guardarlo. L'approccio del principio del danno è molto diverso e si concentra sul danno, appunto, che l'oscenità causa ai diritti delle persone, in questo caso del diritto a non essere offesi. La soluzione di Mill (poi sviluppata da Feinberg in *Offense to Others*) è tanto semplice quanto elegante: come posso dire di essere offeso dalla visione di ciò che non vedo? Si tratta del "danno meramente costruttivo", cioè del danno causato dall'offesa che una persona *immagina* di provare se si trovasse ad assistere a qualcosa che riprova (Mill, 1859, trad. it. p. 94). Si potrebbe obiettare che la "mera conoscenza" del comportamento immorale è di per sé causa di danno, ma a questo punto basta la normale ragionevolezza per respingere l'obiezione: alla fine ciò che succede davvero è che la persona che riprova l'atto immorale non vi assiste, e sembra abnorme ridurre libertà concrete per proteggere da offese immaginarie (la tesi della *bare knowledge* è discussa da Dworkin, 1981; cfr. anche Hart, 1963, pp. 43-5). Per il principio del danno, la sola cosa che debba essere protetta sono i "diritti"; l'approccio secondo la tesi del bene giuridico, invece, ritiene che i diritti possano essere limitati per proteggere i "beni", che sono ciò che in ultimo possiede il valore più elevato. In altre parole, se per la tesi del bene giuridico la funzione dell'ordinamento è quella di proteggere i beni giuridici, per la tesi del principio del danno la funzione è proteggere i diritti. I due approcci potrebbero essere resi compatibili affermando che i beni giuridici sono i diritti costruiti con il metodo del principio del danno, ma sarebbe un'operazione che snaturerebbe la tesi del bene giuridico, oltre a essere di nessuna utilità. Conviene quindi considerarle due tesi alternative, una delle quali è incompatibile con il liberalismo.

Passiamo adesso ad analizzare l'intervento statale, perché anche questo necessita di precisazione. Per verità, qui Mill è esplicito: l'intervento statale è la legge penale. Se si parla di proibire è difficile aver dubbi: la proibizione è solo penale o amministrativa e questa può essere intesa come proibizione quasi-penale o penale *lato sensu* (Simester, Sullivan, 2001, p. 7). In altre parole, «per “intervento dello Stato” dobbiamo [...] intendere solo l'intervento dello Stato nella forma della promulgazione di norme di diritto penale (che creano nuovi reati)» (Peršak, 2007, p. 37, trad. mia).

Tuttavia, la *ratio* del principio del danno può essere applicata anche in branche diverse del diritto. Il diritto civile, per esempio, non proibisce ma rende disponibili determinati risultati. La scelta di questi risultati è una scelta politica, che può essere guidata dal principio del danno.

Si pensi, per esempio, a un ordinamento giuridico che include il concetto di “razza” e a una sua norma che permette di sposare solo le persone della propria razza (non ci vuole molta fantasia perché cose simili esistevano fino a ieri). Nessuna norma prevede sanzioni, nemmeno amministrative, per gli sposi o per il celebrante. La legge stabilisce che sono validi i matrimoni solo tra persone della razza A e della razza B e che quelli celebrati *tra* persone di razza A e di razza B sono nulli. La situazione non coinvolge il diritto penale, nemmeno quello *lato sensu*.

È evidente che quella norma di diritto civile limita la libertà delle persone senza giustificazione. Il mio matrimonio non ha effetti sulle libertà di terzi, così come nessun matrimonio altrui ha effetto sulla libertà mia. Impedire a persone di razza A di sposare persone di razza B ha solo l'effetto di limitare la libertà di chi vorrebbe sposare una persona di razza diversa dalla propria: è una riduzione della libertà che non serve ad aumentare o a proteggere la libertà. Certo, possiamo immaginare che in quella società vi siano persone che trovano il matrimonio A-B disturbante, offensivo e via così, ma in nessun modo è possibile affermare che esso comprima loro libertà.

In breve, quella norma civile è ingiusta perché limita la libertà (i diritti) senza motivo e dunque deve essere modificata in modo da prevedere *anche* il matrimonio A-B.

Se condividiamo questa conclusione, abbiamo applicato il principio del danno al diritto civile, con il risultato che abbiamo individuato un necessario intervento dello Stato. L'intervento non sarà proibire qualcosa ma rendere possibile che soggetti prima esclusi dalla possibilità di ottenere un certo risultato giuridicamente significativo possano ottenerlo.

La modifica, come abbiamo appena visto, non ha alcun effetto sui diritti altrui: le eventuali obiezioni saranno da sottoporre al test del biasimo, concludendo per la loro irrilevanza.

Questo mostra che il principio del danno è molto potente e adatto a coprire ambiti diversi. Le sue linee, infatti, possono essere prese da un legislatore liberale come le guide alle quali attenersi nella produzione del diritto in generale, non della sola legge penale. Anzi, un legislatore liberale *deve* intendere il principio del danno come il principio generale della politica del diritto, perché non avrebbe nessun senso proteggere le libertà e i diritti quando si può intervenire con la creazione di nuove figure di reato e lasciare che essi siano invece conculcati in materia civile.

Bibliografia

- BECK U. (1986), *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- BRICOLA F. (1973), *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, UTET, Torino, vol. XIV, pp. 7-93.
- CANALE D. (2017), *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, Roma-Bari.
- DEVLIN P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London-New York.
- DONINI M. (2013), *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in “Diritto penale contemporaneo”, 4, 13, pp. 4-43.
- DOUGLAS M. (1992), *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Routledge, London-New York.
- DWORKIN R. (1981), *Is There a Right to Pornography?*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 1, 2, pp. 177-212.
- FEINBERG J. (1970 [1965]), *The Expressive Function of Punishment*, in Id., *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, pp. 95-118.
- ID. (1984), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- ID. (1985), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. II: *Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- FIANDACA G. (2017), *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari.
- FINNIS J. (1997), *The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations. Some Philosophical and Historical Observations*, in “The American Journal of Jurisprudence”, 42, 1, pp. 97-134.

- GALLETTI M., VIDA S. (2018), *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, IF Press, Roma.
- HART H. L. A. (1963), *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, Stanford.
- HUSAK D. (2008), *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London (trad. it. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano 1997).
- PERŠAK N. (2007), *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterparts*, Springer, New York.
- SACCO R. (2015), *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna.
- SCHAUER F. (2009), *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- SIMESTER A. P., SULLIVAN G. R. (2001), *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Hart, Oxford.
- SUNSTEIN C. R. (2014), *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven (trad. it. *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Egea, Milano 2015).
- TINCANI P. (2009), *Harm Principle – Il principio del danno*, in F. Sciacca (a cura di), *L'individuo nella crisi dei diritti*, il melangolo, Genova, pp. 55-80.
- VILLA V. (2012), *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino.

Principio del danno, antipaternalismo e proibizionismo delle droghe

di *Giorgio Maniaci*

Politics and hysteria, not science and sound principles,
continue to fuel our drug policy.

Doug Husak, *Legalize This!*

I.I

I danni del proibizionismo

C'è una relazione tra antiproibizionismo e antipaternalismo. In estrema sintesi, secondo l'antipaternalismo lo Stato non può usare la coazione per limitare le scelte razionali e sufficientemente libere da pressioni coercitive (ad esempio minacce) di un individuo adulto, anche ove queste scelte cagionino (ciò che viene considerato) un danno all'individuo stesso, purché non cagionino danni a terzi¹. In base al principio del danno, la

1. Cfr. Alemany (2006, cap. 1, in particolare pp. 343 ss.); Atienza Rodríguez (1988; Diciotti, 1986, pp. 557 ss.); Dworkin (1983, p. 20); Feinberg (1983, p. 3; 1986, pp. 12 ss.); Garzón Valdés (1988, p. 156); Gert, Culver (1976); VanDeVeer (1986, p. 22). Possiamo denominare più precisamente "antipaternalismo giuridico moderato" la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto agente autorizzato dallo Stato, *non* ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene), se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto di compiere attività pericolose e/o dannose si sia formata in modo razionale, sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sia sufficientemente libera da pressioni coercitive. Feinberg denomina una concezione analoga a quella qui difesa di paternalismo moderato. Possiamo denominare, invece, "paternalismo giuridico" la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che

libertà d'azione di un individuo può essere limitata, mediante l'uso della coercizione, se cagiona danni a terzi². Si tratta del famoso "principio del danno" (*Harm to Others Principle*) elaborato da John Stuart Mill. In estrema sintesi, l'antiproibizionismo è favorevole alla legalizzazione del consumo e della vendita di sostanze stupefacenti (marijuana, cocaina, eroina, ecstasy) la cui vendita (e a volte anche il consumo) è punita con sanzioni penali o gravi sanzioni amministrative in molti paesi del mondo occidentale. Dunque, vi sono (apparentemente) due tipi di proibizionisti, quelli paternalistici e quelli antipaternalistici. I proibizionisti paternalistici vorrebbero limitare la libertà delle persone di consumare stupefacenti *per il loro bene*. Poi ci sono i proibizionisti che usano esplicitamente il principio del danno a terzi, perché affermano che la legalizzazione della vendita e del consumo di stupefacenti produrrebbe determinati danni economici e psicofisici alla comunità. Ad esempio, si afferma che la legalizzazione degli stupefacenti produrrebbe un aumento significativo del loro consumo, il che comporterebbe un aumento dei danni alla salute dei consumatori, dei comportamenti violenti dei consumatori di determinate droghe (ad esempio, cocaina), dei costi sanitari sostenuti dalla collettività per la cura e la disintossicazione dei consumatori, oppure degli incidenti stradali o nei luoghi di lavoro.

In questo saggio, sosterrò due tesi. La prima è una tesi antiproibizionista e antipaternalistica. Sosterrò che sarebbe preferibile legalizzare la vendita e il consumo di sostanze stupefacenti, cioè che è verosimile che il proibizionismo produca più danni (economici, fisici, psicofisici) dell'antiproibizionismo. La seconda tesi, collegata alla prima, è che i proibizionisti usano il principio del danno in modo falso, pretestuoso o gravemente sovradimensionato. Questo uso falso del principio del danno ha origini risalenti, lo si può trovare in Patrick Devlin (1965) e anche recentemente negli studi di Catharine MacKinnon sulla pornografia. Come ho sostenuto altrove (Maniaci, 2016), l'argomentazione di MacKinnon che individua i danni che deriverebbero dalla pornografia è una strada lastricata di fallacie e falsità di ogni genere. Stessa cosa capita con i danni paventati dai proibizionisti in tema di legalizzazione

viene qualificato come) *il suo bene*; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico.

2. Cfr. Alemany (2006, pp. 381 ss.); Diciotti (2005, pp. 100 ss., 112); Feinberg (1986, pp. 10 ss.; 1984, pp. 31 ss.); Mill (1859, trad. it. pp. 12 ss.). Sul concetto di danno a terzi rilevante cfr. Maniaci (2012, cap. 1, par. 1).

di sostanze stupefacenti nel momento in cui usano l'argomento, che vedremo più avanti, dell'"epidemia degli zombie".

Prima di valutare perché l'antiproibizionismo produce meno danni del proibizionismo, vediamo l'argomento fondamentale in favore di una concezione antipaternalistica o liberale, il valore dell'autonomia individuale, il diritto di ciascuno di vivere la propria vita, nei limiti umanamente possibili, in accordo con i propri valori, desideri, progetti, concezioni filosofiche e religiose. Senza dilungarmi sulla nozione di autonomia individuale, che ho approfondito altrove, possiamo dire che, in linea di massima, le condizioni che l'agente deve possedere o che si possa ragionevolmente presumere che abbia, per raggiungere un grado sufficiente di autonomia, sono quattro: sufficiente razionalità e capacità di intendere e volere; stabilità nel tempo delle preferenze dell'agente; sufficiente libertà da pressioni coercitive nella formazione delle preferenze dell'agente; conoscenza dei fatti rilevanti³. Ciascun adulto, ove lo voglia e sia sufficientemente autonomo, cioè realizzi o si presuma che abbia le quattro condizioni sopra indicate, avrebbe in tal senso il diritto di disporre liberamente del proprio corpo, compreso assumere sostanze stupefacenti. Per ragioni antipaternalistiche, che ho approfondito altrove (Maniaci, 2012, cap. 2), come per altri atti di disposizione del proprio corpo importanti e irreversibili, ad esempio l'interruzione di gravidanza, l'eutanasia o il suicidio assistito, il cambiamento di genere sessuale, o la sterilizzazione volontaria, bisogna prevedere una procedura di accompagnamento alla decisione, come un colloquio con un medico che accerti che l'individuo che vuole consumare ad esempio eroina sia razionale, conosca i fatti rilevanti, sia libero da pressioni coercitive. Quali sono gli argomenti paternalistici contrari a quello dell'autonomia individuale? L'argomento dell'autonomia individuale si può contrapporre a un argomento teologico, secondo il quale la vita e il corpo appartengono a Dio, e nessuno può disporre di ciò che non gli appartiene, ma anche ad argomenti, *lato sensu*, paternalistici e comunitaristici, ad esempio l'idea che l'individuo sia un essere relazionale, che nasce e cresce all'interno di una comunità, una rete di legami affettivi, sociali ed economici, legami che non può in gran parte rescindere, una comunità nella quale svolge una funzione – di marito, contribuente, lavoratore – che non può rinunciare a svolgere, ad esempio abbreviando la sua vita. Oppure si contrappone

3. Sul significato di tali condizioni dell'autonomia, sulle quali qui non posso soffermarmi, cfr. Maniaci (2012, pp. 76 ss.).

all'argomento perfezionista. Com'è noto, è molto facile replicare a questi argomenti.

L'argomento teologico non si può utilizzare in uno Stato laico e pluralista e nei confronti di agnostici, atei, neoepicurei, confuciani, taoisti, buddisti, che possono avere credenze differenti. In secondo luogo, in molti Stati occidentali, l'individuo ha già il diritto di accrescere molto il rischio di abbreviare la propria vita, fumando due pacchetti di sigarette di tabacco al giorno, bevendo una bottiglia di whiskey al giorno o diventando fortemente sovrappeso o obeso mangiando alimenti ad alto contenuto di grassi, e ha il diritto di rescindere (quasi) tutti i legami affettivi, sociali ed economici originari e la maggior parte di quelli non originari. In molti ordinamenti occidentali, assolti determinati obblighi contrattuali e fiscali, e fatti salvi gli obblighi di assistenza nei confronti dei figli non indipendenti, del coniuge (che sono legami liberamente scelti) o dei genitori bisognosi (di cui, *de iure condendo*, potrebbe occuparsi anche lo Stato in caso di morte o incapacità del figlio), obblighi di assistenza che possono essere soddisfatti anche attraverso un assegno bancario inviato per posta, l'individuo può allontanarsi per sempre dalla sua famiglia di origine, può espatriare in modo definitivo, può lasciare il lavoro e mendicare senza molestie, può abbandonare gli amici e fare l'eremita nel deserto, così come un simpatico pensionato misantropo, con figli ormai adulti e indipendenti, può ritirarsi a vita privata nella sua campagna, allontanandosi da tutto il mondo circostante e vivendo solo con le sue piante (eventualmente inviando assegni a figli non indipendenti). Se può fare tutto questo, ciascun individuo può certamente provocare rabbia, delusione, mancata accettazione sociale, frustrazione in amici e parenti che lo detestano o lo disapprovano perché consuma stupefacenti.

Secondo l'argomento perfezionista, è indispensabile che ogni individuo sia orientato, con la persuasione o, se necessario, con la forza, verso un ideale di eccellenza morale, che ciascuno comprenda l'importanza di fiorire, crescere, perfezionarsi nella direzione di una vita moralmente più virtuosa, colta, operosa. In tal senso, la comunità organizzata avrebbe il diritto di imporre paternalisticamente, anche mediante l'uso della forza, ai cittadini di essere coraggiosi e non pavidetti, operosi e non pigri, saggi e non imprudenti, solidali e non egoisti, generosi e non avidi di denaro, temperanti e non lussuriosi, o ancora di mantenere la propria integrità psicofisica per poter coltivare le altre virtù. L'argomento può giustificare politiche paternalistiche in quanto il compimento di azioni pericolose o dannose è incompatibile con l'esercizio di alcune virtù. Si può affer-

mare, ad esempio, che nel caso del consumo di stupefacenti l'individuo che "annega" il suo dolore nell'eroina o cerca prestazioni straordinarie nella cocaina è un vigliacco che non ha il coraggio di accettare la realtà. Contro l'argomento perfezionista è possibile muovere almeno un'obiezione molto forte.

Si potrebbe dubitare che possa coerentemente esistere uno *Stato etico*, cioè uno Stato che imponga un ideale di eccellenza morale, un modello di virtù senza che si pongano problemi di razionalità. Se si tratta di scoraggiare, mediante la minaccia di una sanzione, l'adozione di un certo comportamento, ad esempio lavorare meno di otto ore al giorno, sperperare il proprio patrimonio nel sesso a pagamento, ciò è senza dubbio possibile. Ma far questo vuol dire rendere gli uomini più virtuosi o più coraggiosi? In altri termini, *imporre* una virtù non è un'ingiunzione paradossale, cioè pretendere qualcosa che di fatto è impossibile? L'agire intenzionalmente, sulla base dei propri convincimenti o del proprio pentimento, non è parte integrante dell'essere virtuosi? Si può obbligare qualcuno a essere virtuoso o coraggioso? Anche se lo si obbligasse a tenere un certo comportamento, sarebbe un esempio di virtù, di coraggio o generosità? «La crescita spirituale della società può essere imposta obbligando qualcuno a essere coraggioso» (Adamo, 2016, p. 1267) o non avido? Non mi sembra (cfr. Dworkin, 2000, trad. it. pp. 237-8; Schiavello, 1998, pp. 63 ss.).

Quanto alle obiezioni comunitaristiche più diffuse, in primo luogo, il valore dell'autonomia individuale non è concettualmente legato a una concezione forte o significativa del libero arbitrio. Può esistere una concezione *liberal* senza libero arbitrio. Non importa se e quanto i desideri di una persona siano il frutto del DNA, dell'educazione familiare, del caso, del destino, della provvidenza, del movimento dei pianeti, o di qualunque altro fenomeno in cui crediate; secondo una concezione liberal-egualitaria ciascuno ha il diritto di vivere secondo i suoi desideri, di perseguire quello che considera, in presenza di sufficiente razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti, sufficiente libertà da pressioni coercitive, il proprio benessere, purché non cagioni danni a terzi. In secondo luogo, come sottolinea Dworkin (2000, trad. it. p. 239, cfr. pp. 240, 242, 252), «le persone appartengono a molte diverse comunità; se lo desiderano possono appartenere a più comunità. Appartengono, o possono appartenere, a famiglie, quartieri, gruppi di ex alunni, associazioni studentesche, fabbriche, università, squadre, orchestre, gruppi etnici», gruppi di amici o comunità religiose. E non c'è ragione di pensare che in tali comunità più ristrette non possano soddisfare il bisogno, anzi direi un diritto legiti-

timo di affettività, appartenenza, omogeneità morale, attaccamento alla tradizione, costruzione di un'identità forte, che nelle comunità politiche nazionali, soprattutto se pluraliste, multietniche, multiculturali come quelle occidentali, è molto difficile, e oggi totalmente utopico, realizzare. Come sottolinea Feinberg (1990, pp. 81 ss.), fermo restando che ciascuno possiede *the right to be left alone*, l'ideale di una comunità liberale (nonché il risultato più probabile del suo realizzarsi) non è un insieme di persone sole e isolate, monadi separate le une dalle altre, senza alcun legame sociale e affettivo che le tenga unite, quanto piuttosto una rete di comunità o gruppi intermedi, tra lo Stato e la famiglia di origine, nei quali ciascuno possa realizzare (purché non cagioni danni a terzi, ovviamente) la propria felicità, il proprio benessere, cioè sviluppare la propria *natura* (non importa se si sia formata per scelta, destino, influenza astrale, eredità genetica, educazione familiare, volere divino o retaggio culturale). Di modo che ciascuno possa scegliere, una volta divenuto adulto e razionale, la comunità o le comunità intermedie che più si adattano alla sua natura. E che tali comunità siano un club sadomaso o per scambisti, un gruppo di preghiera, un'associazione di ferrovieri o di filosofi, una casa dell'oppio, un club di scacchi, un gruppo di escort con ambizioni politiche, un'associazione ambientalista o gay, un complesso nazirock, il Woody Allen o il Britney Spears Fan Club non dovrebbe fare, sotto questo profilo, alcuna differenza.

Vediamo perché, come dicevo, l'emanazione e l'applicazione di un insieme di norme di orientamento antipaternalistico e antiproibizionista in materia di stupefacenti comporterebbe verosimilmente maggiori benefici che costi per la collettività, nel senso che i costi, non solo burocratici, sarebbero nettamente inferiori ai benefici.

Per *una ragione* fondamentale. Ci sono molti studi relativi ai costi del proibizionismo in materia di vendita e consumo di sostanze stupefacenti. Tali costi, o danni, sono ragionevolmente di quattro tipi (cfr. Husak, 1992, pp. 51 ss.; Tincani, 2012):

1. costi economici relativi alla "guerra alla droga" (indagini, processi, detenzione a carico di produttori e distributori di stupefacenti) e ai mancati introiti, cioè le imposte indirette che si potrebbero imporre sul consumo di determinate droghe, una volta legalizzata la vendita;
2. danni derivanti dai reati commessi dai consumatori per acquistare stupefacenti che nel mercato illegale hanno normalmente prezzi molto elevati (cfr. Alldridge, 1996, pp. 243-4);
3. danni derivanti da reati commessi dalla criminalità organizzata (omi-

cidi, lesioni, sequestri, estorsioni, riciclaggio, corruzione della politica, della polizia, dei giudici, della pubblica amministrazione)*;

4. danni all'integrità fisica, alla vita e alla proprietà dei consumatori derivanti dal consumo di sostanze stupefacenti in condizioni di scarsa igiene, scarso controllo di qualità, violenza, sfruttamento (sostanze "tagliate male", sovradosaggio, ricatti ai consumatori in crisi di astinenza; cfr. Alldridge, 1996, p. 247).

Non c'è una sola strategia antiproibizionista, in particolare con riferimento al mercato delle droghe. Vi sono differenti proposte, ad esempio quelle più "libertarie" di Milton Friedman, cioè *a.* affidarsi ai meccanismi autoregolatori del libero mercato e della concorrenza, lasciando che la droga venga venduta, con pochissime restrizioni (ad esempio, per i minori) come ogni altro bene in un regime di libero mercato; ci sono proposte più restrittive e stataliste, cioè *b.* creare un sistema di libero mercato con maggiori restrizioni, controlli (ad esempio, vendita di determinati stupefacenti, come la cocaina, in farmacia dietro presentazione di una ricetta medica), e un livello di tassazione che copra, in tutto o in parte, i costi dell'educazione nelle scuole relativa ai rischi e ai danni derivanti dal consumo di stupefacenti e i costi sociali e sanitari dell'abuso di droga; oppure *c.* lasciare che sia lo Stato a gestire, in un regime di monopolio, la produzione e/o la raffinazione e la distribuzione della droga. Taradash (1991, pp. 170 ss.) sostiene che differenti proposte di legalizzazione del mercato avrebbero probabilmente lo stesso effetto sul fronte dell'offerta, facendo cadere drasticamente il prezzo delle droghe, con l'immediata messa fuori gioco delle organizzazioni criminali e la scomparsa della delinquenza indotta, ma qui terrò conto soltanto delle ipotesi effettuate in relazione al secondo e terzo sistema di regolamentazione del mercato della droga che prevede un sistema di tasse e controlli (cfr. Rolles *et al.*, 2009, pp. 20 ss.).

Alcuni economisti hanno calcolato che politiche antiproibizioniste in tema di vendita e consumo di stupefacenti, come quelle previste dal sistema "tasse e controlli", con o senza monopolio dello Stato, potrebbero portare, in base a una stima molto prudente, circa 45 miliardi di dollari di maggior gettito l'anno, tra minori spese e maggiori entrate, solo negli

4. Cfr. Husak (2002, p. 84); sulla corruzione della polizia indotta o causata dal traffico di droga cfr. *ivi*, pp. 149 ss.; cfr. anche Lavezzi (2014); MacCoun, Reuter (2004, p. 326); Rolles *et al.* (2009, pp. 71 ss.).

Stati Uniti d'America (cfr. Husak, 2002, p. 150; Miron, 2004; 2010)⁵. Minori spese relative alla fine della lotta al narcotraffico e maggiori entrate dovute alle imposte indirette sul consumo di droga, una volta legalizzato. Sarebbe sufficiente che cocaina, hashish o marijuana fossero vendute a un prezzo che incorpora imposte indirette, cioè IVA o accise, equivalenti a quelle previste oggi per la vendita di tabacco (in Europa si tratta in media del 75% del prezzo).

Altri studi mostrano prospettive di minori spese e maggiori entrate in caso di legalizzazione molto più ottimistiche e anche, sembrano, ben fondate empiricamente. Uno studio di David e Ofria (2017) ha calcolato, per il solo mercato della cannabis, un maggiore gettito fiscale, tra minori spese e maggiori entrate, tra i 6 e gli 8 miliardi e 700 milioni di euro, a seconda del prezzo di vendita di una dose di cannabis.

A questo andrebbe aggiunta una riduzione dei reati commessi dai consumatori per finanziare il loro "vizio", in quanto si potrebbero vendere al dettaglio le sostanze stupefacenti a un prezzo molto inferiore a quello attuale o offrirle gratuitamente, ad esempio, a consumatori gravemente dipendenti da eroina o cocaina, poveri in senso assoluto o relativo (cfr. Husak, 1992, p. 54). Naturalmente non è facile «riuscire a calcolare l'ammontare della tassa che dovrebbe colpire ciascuna sostanza per ottenere il duplice risultato di ridurre il consumo senza favorire la nascita di un mercato nero e coprire in parte il suo costo sociale» (Taradash, 1991, p. 177; cfr. Rolles *et al.*, 2009, pp. 41 ss.). E tuttavia, come sottolinea Miron, non soltanto ciò è possibile, ma vi sono prove evidenti che una tassazione del genere può essere imposta senza che si produca un significativo mercato illegale. E la prova più evidente è l'assenza di un significativo mercato illegale del tabacco, dell'alcol o degli psicofarmaci in Europa. Dunque, sarebbero commessi meno reati dai consumatori, perché ci vorrebbe meno denaro per acquistare sostanze stupefacenti. Meno reati significa, ovviamente, meno danni alla salute, meno lesioni all'integrità fisica e alla vita di terzi, meno spese mediche sostenute dalla collettività, meno indagini della polizia, meno processi penali.

In terzo luogo, quanto alla criminalità organizzata, è evidente che scomparirebbe una delle sue più importanti fonti di profitto. In quarto luogo, la qualità della droga sarebbe migliore, si potrebbero somministrare gratuitamente siringhe pulite, insomma vi sarebbero meno infezioni. Sono molto diffuse, ad esempio, a causa del proibizionismo, quelle

5. Cfr. anche la voce *War on Drugs* di Wikipedia.

di epatite e AIDS tra gli eroinomani. Ci sarebbero, inoltre, meno morti per overdose, meno danni alla salute e alla proprietà (cfr. Husak, 2002, pp. 137 ss.; Taradash, 1991, p. 196).

2.2

L'epidemia di zombie

Si potrebbe controbattere che vi sarebbero, tuttavia, alcuni costi aggiuntivi derivanti da una politica antiproibizionista, due in particolare.

Secondo alcuni autori, come MacCoun e Reuter, in seguito alla legalizzazione del mercato, aumenterebbe in modo significativo il consumo di stupefacenti, ad esempio del 1.000%, anzi ci sarebbe una sorta di "epidemia del consumo di stupefacenti", e dunque vi sarebbero: 1. maggiori danni alla salute, danni derivanti dal consumo in sé delle sostanze, ad esempio danni alle mucose, alle vie respiratorie, un possibile aumento degli infarti per il consumo di cocaina⁶; 2. maggiori danni all'integrità fisica derivanti da un aumento degli incidenti stradali, degli incidenti sul lavoro e, in generale, dei crimini violenti (lesioni, maltrattamenti su minori e familiari) (cfr. Donini, 2010, p. 86; MacCoun, Reuter, 2004, pp. 333 ss.; cfr. anche Husak, 1992, pp. 150 ss.; 2002, pp. 151 ss.). Mancano studi che diano una risposta definitiva alla questione dell'aumento del consumo, perché in nessun paese è stato mai tentato, di recente, un programma di legalizzazione di tutte le droghe. Come sottolinea Husak (2002, p. 160; 1992, pp. 11 ss., 155), nessuno ha, in questo campo, il dono della chiarezza, nessuno sa con certezza che cosa accadrebbe una volta che si legalizzassero e regolamentassero la vendita e il consumo di stupefacenti. Anche perché l'andamento del consumo di stupefacenti nei diversi paesi occidentali (ad esempio il picco del consumo di marijuana negli Stati Uniti nel 1978-79, il picco del consumo di cocaina sempre negli Stati Uniti nel 1985) mostra, come vedremo in seguito analizzando il caso olandese, che esso è ampiamente influenzato da fattori sociali e culturali che hanno poco a che vedere con l'uso della coazione da parte dello Stato. Prova ne sarebbe la diminuzione del consumo di alcol e tabacco negli anni Ottanta del secolo scorso, nonostante il consumo e la vendita

6. Va detto che, secondo alcune stime, solo un quarto dei consumatori ha problemi di salute; cfr. Husak (1992, p. 97; 2002, p. 105); Molinaro, Salvadori, Mariani (2006); OEDT (2009); Serpelloni, Macchia, Gerra (2006, pp. 201 ss., 259 ss.).

siano legali, e il successivo aumento negli anni Novanta. Tuttavia vi sono quattro argomenti fortemente contrari all'argomento dell'"epidemia del consumo di stupefacenti" o di "zombie", cioè tossicodipendenti, dalle percezioni ottenebrate, affamati di denaro e di droga. Ragion per cui si può affermare che il principio del danno è invocato da tali autori proibizionisti in modo falso o pretestuoso.

In primo luogo, se la legalizzazione degli stupefacenti portasse a un incremento notevole del consumo, al contrario, proibirli dovrebbe provocare una riduzione altrettanto significativa (cfr. Taradash, 1991, p. 160). E ciò è molto dubbio. Diversi studi hanno analizzato i livelli di consumo di alcol e di oppiacei prima e dopo il cosiddetto "proibizionismo" negli Stati Uniti d'America (1920-33), e ancora l'impatto sul consumo di cocaina di un impiego massiccio di risorse nella lotta alla droga dalla metà degli anni Ottanta in poi, sempre negli Stati Uniti. Tali studi mostrano che non c'è correlazione tra proibizione del consumo e della vendita e significativa riduzione del consumo di alcol, oppiacei o cocaina e che la proibizione della vendita di droghe o l'intensificazione della lotta al mercato della droga produce, ove questo accada, dunque nella migliore delle ipotesi, una diminuzione del consumo mai superiore al 20% (cfr. Husak, 1992, p. 154; MacCoun, Reuter, 2004, pp. 307 ss.; Miron, 2004, pp. 34 ss.).

In secondo luogo, i dati empirici a disposizione ci dicono che, nonostante la legalizzazione *de facto* più che trentennale del consumo di marijuana nei coffee-shop in Olanda, il livello di consumo pro-capite di marijuana in Olanda è più basso che negli Stati Uniti d'America, in Gran Bretagna, Spagna, Italia e in altri paesi europei, dove la vendita di marijuana è proibita, e che il numero di coffee-shop è diminuito negli ultimi dieci anni. Negli Stati Uniti il consumo annuale di cannabis è arrivato al 13,5% della popolazione nel 2015, e del 13,9% nel 2016⁷. I dati in seguito alla legalizzazione della vendita e del consumo di marijuana in Colorado, ad esempio, dimostrano che non c'è stato un aumento del consumo tra i giovani. I tassi di consumo annuale in Europa occidentale e centrale sono: 11,1% in Francia (2015), 9,5% in Spagna (2015), 9,4% nella Repubblica Ceca (2015), 9,2% in Italia (2013/2014), 9,1% in Svizzera (2016) e 8,7% in Olanda (2015) (UNODC, 2018).

Questi dati dimostrerebbero che non c'è correlazione necessaria tra legalizzazione (*de facto*) o depenalizzazione e aumento del consumo

7. Cfr. http://www.emcdda.europa.eu/news/2018/colorado-publishes-latest-statistics-on-impact-of-cannabis-legalisation_en.

di stupefacenti (cfr. Husak, 1992, pp. 55, 154; Taradash, 1991, p. 160; UNODC, 2009). Inoltre, analisi storiche ci dicono che in Olanda il consumo di marijuana è aumentato, con due picchi significativi intorno al 1970 e alla metà degli anni Novanta, soprattutto tra i giovani, per poi stabilizzarsi. Si tratta di un'evoluzione del consumo che segue il classico modello a ondate (*wave-like trend*). L'aumento del consumo è dovuto o causalmente correlato alla legalizzazione *de facto*? Non sembra. Perché un analogo trend a ondate, con alcuni picchi evidenti, è riscontrabile in altre nazioni, ad esempio in Germania o negli Stati Uniti d'America (cfr. Korf, 2002, pp. 858-60)⁸. Diversi studi, in particolare, sembrano suffragare la tesi secondo la quale in Olanda è aumentato il consumo di coloro, soprattutto giovani, che provano per la prima volta la marijuana, ma non il consumo abituale o continuativo nel medio-lungo periodo. In altri termini, la legalizzazione porterebbe più persone a "provare" una o più volte la marijuana, ma non più persone, rispetto ad altri paesi, a consumarla in modo saltuario o continuativo nel tempo (*ibid.*). La conclusione di Korf (2002, p. 861) e Reuband (1995) è, al riguardo, inequivocabile. I trend nell'uso di cannabis in Olanda sono piuttosto simili a quelli di altre nazioni europee, comprese nazioni che non hanno depenalizzato il consumo. L'evoluzione del consumo di cannabis mostra un trend a ondate in molte nazioni, Olanda compresa, trend che si evolverebbe indipendentemente dalle politiche sulla droga.

In terzo luogo, è indispensabile distinguere tra coloro che hanno semplicemente il *desiderio* di consumare stupefacenti, cioè consumano per ragioni ludiche o ricreative (piacere, divertimento, controllo dell'umore), o in modo occasionale, e altri che hanno il *bisogno* di consumare, cioè consumano a causa di una certa sofferenza fisica o psicologica (o una dipendenza in senso stretto), vale a dire che hanno un elevato livello di consumo o sono consumatori cronici (cfr. Husak, 1992, pp. 44 ss.; 2002, pp. 33 ss.). Dunque, se le sostanze stupefacenti fossero vendute in modo legale e il prezzo di alcune di quelle sostanze diminuisse in modo significativo, potrebbe aumentare il consumo occasionale o per ragioni ludiche (cfr. Cohen, Kaal, 2001, p. 70), nonostante alcuni importanti argomenti contrari.

I dati empirici olandesi mostrano un aumento, causato verosimilmente dalla legalizzazione *de facto*, soprattutto tra i giovani e nel consumo iniziale, ma non del consumo nel medio-lungo periodo. In secondo luogo,

8. Stessi trend a ondate nel consumo di cannabis emergono da OEDT (2009, p. 46).

il consumo di cocaina sembra addirittura diminuito negli Stati Uniti (in particolare dal 2005 in poi), nonostante la forte diminuzione del prezzo negli anni Novanta e Duemila⁹.

Dunque, *nella peggiore delle ipotesi* potrebbe aumentare il consumo per ragioni ludiche, ad esempio quello occasionale di marijuana, di cocaina o di ecstasy. Insomma, nella peggiore delle ipotesi, il consumo potrebbe ragionevolmente aumentare, ad esempio, del 25%¹⁰.

Né vale obiettare che i consumatori saltuari, i consumatori per ragioni ludiche o ricreative, non possono che trasformarsi, necessariamente, in consumatori gravemente dipendenti. Gli effetti degli stupefacenti sull'individuo, lo stato di dipendenza che eventualmente producono, derivano da diversi fattori (genetici, psicologici, ambientali), ed è statisticamente provato che solo una minoranza di consumatori sviluppa una forma di dipendenza significativa¹¹. Nella stessa direzione, alcuni studi relativi al consumo di marijuana in Olanda mostrano che soltanto un piccolo numero di consumatori abituali di cannabis diventa consumatore di eroina o cocaina (cfr. Cohen, Sas, 1997).

In quarto luogo, se fossero legalizzati la vendita e il consumo di sostanze stupefacenti è possibile prevedere, invece, una diminuzione del consumo di molte di quelle sostanze, nonché una diminuzione degli incidenti sulle autostrade e nei luoghi di lavoro, dovuto al fatto che i consumatori si muoverebbero alla luce del sole e dunque avrebbero:

- a) maggiore conoscenza dei fatti rilevanti, cioè dei danni alla salute imputabili alla droga, dei rischi genetici e ambientali di sviluppare una forma di dipendenza;
- b) maggiore facilità di accesso alle cure in caso di infezioni e malattie (i consumatori non avrebbero paura di multe o sanzioni);
- c) maggiore possibilità di essere persuasi a svolgere programmi terapeutici e di disintossicazione (maggiore possibilità che venga loro offerta una via d'uscita, ad esempio psicoterapia e psicofarmaci, maggiore possibilità di rimuovere alcune cause del consumo, come povertà e disoccupazione);

9. Cfr. Husak (2002, p. 154); Miron (2004, p. 37); UNODC (2009, pp. 80-1; 2013, p. 43; nonché s.d., p. 86).

10. Cfr. Caulkins (1996); Chaloupka, Grossman, Tauras (1999); Costa Storti, De Grauwe (2009; 2012); Dave (2006); Rhodes *et al.* (2000); Saffer, Chaloupka (1999).

11. «Per esempio 1/3 dei soggetti che fuma diventa un fumatore cronico, il 23% dei soggetti che sperimentano eroina diventa dipendente da eroina e il 17% di coloro che sperimentano cocaina diventano dipendenti da cocaina» (Bricolo, Aldegheri, Serpelloni, 2006, p. 138). Nello stesso senso, sia WHO/UNICRI (1995, p. 28) sia OEDT (2009).

d) inoltre, il maggior gettito derivante dalla legalizzazione potrebbe essere utilizzato per finanziare programmi di educazione nelle scuole, programmi di disintossicazione, per tutelare maggiormente i diritti sociali e rimuovere alcune cause (sofferenza emotiva) che portano le persone a far uso di stupefacenti, per incrementare i controlli stradali sui giovani alla guida delle automobili, il venerdì e il sabato sera, soprattutto fuori dalle discoteche;

e) al contrario di quanto accade in regimi proibizionisti, i consumatori abituali, che hanno maturato una grave dipendenza fisica da certe sostanze, potrebbero essere momentaneamente inibiti dallo svolgere determinati lavori (che implicano l'uso di macchinari pericolosi per gli altri), essere aiutati a essere assunti per svolgere lavori che non comportano rischi per terzi (lavori di ufficio, impiegatizi), non essere autorizzati all'uso di armi da fuoco;

f) infine, in caso di legalizzazione, cesserebbe l'effetto "frutto-proibito" che secondo molti autori incrementa nei giovani il consumo di stupefacenti (cfr. Husak, 1992, p. 55; 2002, p. 162; MacCoun, Reuter, 2004, pp. 89 ss.).

Dunque, la legalizzazione delle sostanze stupefacenti non produrrebbe alcuna epidemia del consumo di cocaina, marijuana o eroina. L'argomento dell'epidemia, l'immagine apocalittica dei nostri figli, amici e parenti trasformati in *zombie* o gangster violenti, affamati di droga e soldi (per comprare la dose successiva), è addotto in modo falso o pretestuoso (cfr. Husak, 1992, p. 126)¹². Mentre alcuni paternalisti, in buona fede, temono più di ogni altra cosa per la sorte dei propri figli, non tenendo conto che uno Stato democratico, liberal-egualitario (non autocratico), non può arginare in modo significativo il fenomeno del consumo di stupefacenti, che ha profonde radici culturali, psicologiche, storiche, socio-economiche, né può, e dunque deve, riparare a tutti gli errori educativi commessi dai genitori (cfr. MacCoun, Reuter, 2004, p. 325).

Anche se ci fosse un leggero aumento del consumo di certi stupefacenti – cosa possibile nella peggiore delle ipotesi –, i maggiori danni derivanti da un maggiore consumo non sarebbero compensati dalle maggiori entrate derivanti da un maggiore consumo? Maggiore è il consumo, infatti, maggiore sarebbe il gettito delle imposte indirette che gravano sul prezzo d'acquisto del bene. Non sarebbero compensati dal maggiore

12. Per una giustificazione dell'epidemia di stupefacenti (aumento del consumo di cocaina ed eroina vicino al 1.000%) complessa e dettagliata, ma che rivela, a un'attenta analisi, quelle due o tre fallacie deduttive o induttive che la rendono fatale, cfr. MacCoun, Reuter (2004, pp. 333 ss.).

gettito derivante dalla fine della guerra alla droga? Non sarebbero compensati dalla forte riduzione del fatturato della criminalità? Neppure dalla riduzione dei reati commessi dai consumatori? Neppure dai minori danni alla salute derivanti dall'esistenza di un maggiore controllo e da una migliore qualità della droga? La risposta è ovviamente positiva. L'antipaternalismo e l'antiproibizionismo, in termini strettamente economici, converrebbero comunque. Senza contare che l'aumento significativo dei controlli su strade e autostrade, possibile grazie ai maggiori fondi a disposizione, farebbe diminuire, anziché aumentare, gli incidenti stradali, nei quali spesso sono coinvolti soggetti agenti che hanno consumato alcol e non altre sostanze stupefacenti.

Si potrebbe affermare che non ha molta importanza che l'antipaternalismo e l'antiproibizionismo siano "vantaggiosi" dal punto di vista economico. Dovrebbero essere vantaggiosi soprattutto dal punto di vista di *harm to others* ben più importanti. Che importanza avrebbe ottenere un maggiore gettito fiscale se poi ci sono più danni all'integrità e alla vita delle persone, dovuti a un (limitato) aumento del consumo di stupefacenti? È questo il punto. L'antipaternalismo e l'antiproibizionismo converrebbero comunque. Per numerose ragioni già analizzate: molti meno reati commessi dai consumatori, maggior gettito per finanziare programmi di educazione nelle scuole, programmi di disintossicazione per incrementare i controlli della polizia su strade e autostrade, aumento eventuale del consumo soprattutto per ragioni ricreative o ludiche, minori reati gravi commessi dalla criminalità organizzata, assunzione dei consumatori gravemente dipendenti in lavori poco rischiosi per gli altri, somministrazione controllata a prezzi inferiori o gratuita per consumatori gravemente dipendenti e a basso reddito, minori crisi di astinenza, minori morti per overdose, minori crisi di intossicazione, maggiore conoscenza da parte dei consumatori degli effetti del consumo di stupefacenti, dei rischi di intossicazione (e dei suoi effetti), degli effetti di *crash* (malessere che si verifica ore dopo l'assunzione) e *craving* (il desiderio più o meno intenso di cercare un'altra dose). Dunque meno lesioni all'integrità e alla vita degli altri.

Infine, come dicevo, eventuali rischi o pericoli per i minori potrebbero essere facilmente evitati consentendo la vendita di stupefacenti soltanto nelle farmacie, negli ospedali, in club privati (ad esempio per cocaina ed eroina) o in coffee-shop autorizzati (ad esempio per hashish e marijuana), escludendo forme di pubblicità, vietando il consumo di cocaina ed eroina in locali pubblici o aperti al pubblico (salvo eventualmente in aree riservate).

Bibliografia

- ADAMO U. (2016), *Eutanasia e diritto costituzionale. Autorità vs libertà?*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 3, pp. 1253-87.
- ALEMANY M. (2006), *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid.
- ALLDRIDGE P. (1996), *Dealing with Drug Dealing*, in A. P. Simester, A. T. H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 239-53.
- ATIENZA RODRÍGUEZ M. (1988), *Discutamos sobre paternalismo*, in “Doxa”, 5, pp. 203-14.
- BRICOLO F., ALDEGHERI F., SERPELLONI G. (2006), *Meccanismi di azione della cocaina e implicazioni per i trattamenti farmacologici*, in Serpelloni, Macchia, Gerra (2006), pp. 137-44.
- CAULKINS J. P. (1996), *Estimating Elasticities of Demand for Cocaine and Heroin with DUF Data*, Carnegie Mellon University-Heinz School of Public Policy, Pittsburgh.
- CHALOUPKA F. J., GROSSMAN M., TAURAS J. A. (1999), *The Demand for Cocaine and Marijuana by Youth*, in F. J. Chaloupka et al. (eds.), *The Economic Analysis of Substance Use and Abuse. An Integration of Econometric and Behavioral Economic Research*, The University of Chicago Press, Chicago, pp. 133-55.
- COHEN P. D. A., KAAL H. L. (2001), *The Irrelevance of Drug Policy. Patterns and Careers of Experienced Cannabis Use in the Populations of Amsterdam, San Francisco and Bremen*, CEDRO, Amsterdam.
- COHEN P. D. A., SAS A. (1997), *Cannabis Use, a Stepping Stone to Other Drugs? The Case of Amsterdam*, in L. Böllinger (ed./Hrsg.), *Cannabis Science / Cannabis Wissenschaft. From Prohibition to Human right / Von der Prohibition zum Recht auf Genuß*, Peter Lang Eurpaiser Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, pp. 49-82.
- COSTA STORTI C., DE GRAUWE P. (2009), *Globalization and the Price Decline of Illicit Drugs*, in “International Journal on Drug Policy”, 20, 1, pp. 48-61.
- ID. (2012), *Modelling the Cocaine and Heroin Markets in the Era of Globalization and Drug Reduction Policies*, in P. De Grauwe, C. Costa Storti (eds.), *Illicit Trade and the Global Economy*, The MIT Press, Cambridge (MA), pp. 119-58.
- DAVE D. (2006), *The Effects of Cocaine and Heroin Prices on Drug-Related Emergency Department Visits*, in “Journal of Health Economics”, 25, 2, pp. 311-33.
- DAVID P., OFRIA F. (2017), *Perché legalizzare la cannabis. Una analisi di costi e benefici*, in “Economia e Politica”, 14, pp. 1-4.
- DEVLIN P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London-New York.
- DICIOTTI E. (1986), *Paternalismo*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 16, 2, pp. 557-86.

- ID. (2005), *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in “Ragion pratica”, 24, pp. 99-118.
- DONINI M. (2010), “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. *Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè, Milano, pp. 41-99.
- DWORKIN G. (1983), *Paternalism*, in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, pp. 19-34.
- DWORKIN R. (2000), *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (MA) (trad. it. parziale *Virtù sovrana. Teoria dell’uguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2002).
- FEINBERG J. (1983), *Legal Paternalism*, in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, pp. 3-18.
- ID. (1984), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I: *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- ID. (1986), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III: *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- ID. (1990), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. IV: *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- GARZÓN VALDÉS E. (1988), *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in “Doxa”, 5, pp. 155-73.
- GERT B., CULVER C. (1976), *Paternalistic Behavior*, in “Philosophy and Public Affairs”, 6, 1, pp. 45-57.
- HUSAK D. N. (1992), *Drugs and Rights*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (2002), *Legalize This! The Case for Decriminalizing Drugs*, Verso, London.
- KORF D. J. (2002), *Dutch Coffee Shops and Trends in Cannabis Use*, in “Addictive Behaviors”, 27, 6, pp. 851-66.
- LAVEZZI A. M. (2014), *Organised Crime and the Economy. A Framework for Policy Prescriptions*, in “Global Crime”, 15, 1-2, pp. 164-90.
- MACCOUN R. J., REUTER P. (2004), *Drug War Heresies. Learning from Other Vices, Times, and Places*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- MANIACI G. (2012), *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino.
- ID. (2016), *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, in “Diritto e questioni pubbliche”, 16, 2, pp. 339-64.
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London (trad. it. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano 1997).
- MIRON J. A. (2004), *Drug War Crimes. The Consequences of Prohibition*, The Independent Institute, Oakland.
- ID. (2010), *The Budgetary Implications of Marijuana Prohibition*, Harvard University’s Department of Economics, Cambridge (MA).

- MOLINARO S., SALVADORI S., MARIANI F. (2006), *Epidemiologia dell'uso e del consumo problematico di cocaina in Italia*, in Serpelloni, Macchia, Gerra (2006), pp. 77-86.
- OEDT – OSSERVATORIO EUROPEO DELLE DROGHE E DELLE TOSSICODIPENDENZE (2009), *Relazione annuale 2009. Evoluzione del fenomeno della droga in Europa*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, Luxemburg.
- REUBAND K. H. (1995), *Drug Use and Drug Policy in Western Europe. Epidemiological Findings in a Comparative Perspective*, in "European Addiction Research", 1, 1-2, pp. 32-41.
- RHODES W. et al. (2000), *Illicit Drugs. Price Elasticity of Demand and Supply*, Abt Associates, Cambridge (MA).
- ROLLES S. et al. (2009), *After the War on Drugs. Blueprint for Regulation*, Transform Drug Policy Foundation, Bristol.
- SAFFER H., CHALOUKKA F. (1999), *The Demand for Illicit Drugs*, in "Economic Inquiry", 37, 3, pp. 401-11.
- SCHIAVELLO A. (1998), *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino.
- SERPELLONI G., MACCHIA T., GERRA G. (a cura di) (2006), *Cocaina. Manuale di aggiornamento tecnico scientifico*, La Grafica, Verona.
- TARADASH M. (1991), *Come riformare la politica sulla droga*, in L. Manconi (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Feltrinelli, Milano, pp. 1-209.
- TINCANI P. (2012), *Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale). Filosofia, diritto e libertà individuali*, Sironi, Milano.
- UNODC – UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2009), *World Drug Report 2009*, UNODC, Wien.
- ID. (2013), *World Drug Report 2013*, UNODC, Wien.
- ID. (2018), *World Drug Report 2018*, booklet 3: *Analysis of Drug Markets. Opiates, Cocaine, Cannabis, Synthetic Drugs*, UNODC, Wien.
- ID. (s.d.), *Cocaine*, in <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/4.Cocaine.pdf>.
- VANDEVEER D. (1986), *Paternalistic Intervention. The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton University Press, Princeton.
- WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION, UNICRI – UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE (1995), *Cocaine Project Briefing Kit*, WHO-UNICRI, Genève.

La libertà come limite alla libertà

di *Nicola Riva*

3.1

Liberalismo e paternalismo

In questo saggio sosterrò tre tesi. Innanzitutto, sosterrò che in alcuni casi chi detiene l'autorità politica possa limitare la libertà di persone adulte e capaci di intendere e di volere al fine di ridurre il rischio che esse rechino danno a "sé stesse"¹. Ciò equivale ad asserire che in alcuni casi sia giustificabile un esercizio paternalistico dell'autorità politica che si traduca in una limitazione della libertà delle persone. Sosterrò, poi, che quel tipo di esercizio dell'autorità politica sia compatibile con una concezione politica liberale. Questa seconda tesi è più controversa della prima. Non è difficile produrre argomenti non liberali a favore di limitazioni paternalistiche della libertà delle persone. Per contro, si ritiene generalmente che quel tipo di limitazioni non sia compatibile con il liberalismo. Sosterrò, infine, che alla base dell'idea che limitazioni paternalistiche della libertà delle persone non siano compatibili con il liberalismo ci sia una confusione tra paternalismo e perfezionismo². Non sono le limitazioni paternalistiche della libertà delle persone in quanto tali a essere incompatibili con il

1. Nessuno mette in discussione il fatto che chi detiene l'autorità politica possa talvolta limitare la libertà di persone non capaci di intendere e di volere al fine di ridurre il rischio che esse rechino danno a "sé stesse". La questione rilevante in quel caso non è se lo possa fare, ma in vista di quale interesse e in che modo.

2. Una posizione politica è perfezionistica se assume che tra i compiti di chi detiene l'autorità politica vi sia quello di spronare le persone soggette alla sua autorità verso una qualche forma di umana perfezione, distogliendole dal perseguimento di obiettivi che si ritiene siano dotati di valore intrinseco negativo e orientandole verso obiettivi che si ritiene siano dotati di valore intrinseco positivo, dove, a seconda della concezione del valore che si assume, si può ritenere che il valore intrinseco (negativo o positivo) di un obiettivo dipenda da parametri oggettivi (assoluti) o da parametri condivisi (relativi).

liberalismo, bensì certe limitazioni della libertà delle persone di tipo perfezionistico: le limitazioni paternalistiche della libertà delle persone non sono compatibili con il liberalismo se sono di tipo perfezionistico.

Il mio argomento è in estrema sintesi il seguente: chi detiene l'autorità politica può limitare la libertà delle persone al fine di ridurre il rischio che "esse" vengano a trovarsi in futuro nella condizione di non godere di una misura minima di libertà. Ciò vale *prima facie*, ossia al netto di ragioni più forti che in determinate circostanze possono pesare contro quel tipo di intervento. La misura minima di libertà la cui protezione può giustificare quel tipo di intervento è quella di cui gode chi (a) non è soggetto all'autorità *arbitraria* di altri soggetti, pubblici o privati³, (b) non è *permanentemente* soggetto ad alcuna autorità che non sia pubblica e il cui esercizio non sia vincolato al rispetto dei diritti fondamentali di libertà⁴, (c) possiede le abilità fisiche che sono "normali" (in senso statistico e relativo al contesto) per una persona della sua età e del suo sesso e (d) ha accesso ai mezzi necessari a soddisfare i propri bisogni primari e a conservare nei limiti del possibile le proprie abilità fisiche. Quella che difendo è una forma non perfezionistica di limitazione paternalistica della libertà delle persone, come tale compatibile con il liberalismo, poiché il suo obiettivo non è quello di orientare le persone verso specifici obiettivi che si ritiene siano dotati di valore intrinseco, ma quello di garantire a ogni persona una misura minima di libertà, il cui valore è strumentale al perseguimento degli obiettivi più disparati. La mia difesa di questa forma di paternalismo si basa su di una concezione dell'identità personale, secondo la quale nell'arco della vita di un unico essere umano si susseguono più persone.

3. Il requisito della non arbitrarietà dell'autorità comporta che il suo esercizio sia soggetto a un vincolo formale, che corrisponde al principio di giustizia che impone di trattare in maniera eguale casi eguali, e a un vincolo sostanziale, più esigente, che stabilisce che ogni esercizio dell'autorità debba poter essere giustificato, vale a dire – nella formulazione più debole possibile di questo requisito – sostenuto da argomenti che non è del tutto irragionevole pensare possano essere accettati da chi è soggetto all'autorità.

4. Diritti fondamentali di libertà che includono i diritti alla vita e all'integrità personale, intesi come diritti negativi a non essere uccisi, feriti o violati, il diritto alla privacy, l'*habeas corpus* e le altre garanzie contro gli abusi di potere, il diritto alla sovranità personale, inteso come diritto al controllo esclusivo del proprio corpo, il diritto alla proprietà personale, inteso come diritto ad acquisire il controllo esclusivo di risorse diverse dal proprio corpo, il diritto all'autonomia personale, inteso come diritto di disporre delle proprie risorse, e i diritti alle libertà di coscienza, di espressione, di associazione e di movimento.

Si noti che la mia tesi non è che una visione politica liberale *richiede* l'adesione alla forma di paternalismo che difendo o alla concezione dell'identità personale che la mia difesa presuppone. È mia convinzione che il liberalismo non richieda l'adesione ad alcuna particolare concezione metafisica, pur ammettendo la possibilità che esso non sia compatibile con alcune di quelle concezioni (cfr. Rawls, 1993). Il liberalismo è una "filosofia della giustizia costituzionale": i principi liberali, metafisicamente "agnostici", vincolano l'esercizio dell'autorità politica, ma possono tradursi in concrete misure legislative e governative solo combinati (tra le altre cose) con particolari concezioni metafisiche, producendo esiti differenti a seconda delle particolari concezioni metafisiche con cui di volta in volta li si combina. Ciò che sostengo è che il liberalismo sia *compatibile* con la forma di paternalismo che difendo e con la concezione dell'identità personale che la mia difesa presuppone.

Contesterò, dunque, la posizione liberale standard, che afferma che limitazioni paternalistiche della libertà delle persone e liberalismo non siano compatibili. I difensori di quella posizione si richiamano in genere a Mill (1859). Come è noto, Mill sostiene che chi detiene l'autorità politica *possa* limitare la libertà delle persone solo se vi è il rischio che esse rechino danno ad altre persone. A questa tesi ci si riferisce oggi come al "principio del danno ad altri" (o, più brevemente, "principio del danno"). Quel principio non stabilisce che ogni volta che la condotta di una persona può recare danno a un'altra persona quella condotta sia da vietare. Esso stabilisce che solo in quel caso è possibile discutere se vietarla o meno, una decisione che potrà essere presa soltanto alla luce di una valutazione che tenga conto dell'entità dei danni che potrebbero derivare da quella condotta e di quelli che potrebbero derivare dal vietarla, nonché delle probabilità che

5. Definendo il liberalismo come una filosofia della giustizia costituzionale non intendo suggerire l'idea che una costituzione ideale dovrebbe includere solamente norme derivanti dai principi liberali. Il liberalismo rappresenta il "cuore" del costituzionalismo, al punto che si potrebbe dire che una costituzione illiberale sarebbe una costituzione solamente sotto l'aspetto formale. Tuttavia, le costituzioni "storiche" sono il precipitato di tradizioni politiche differenti. Talvolta sono l'esito di un compromesso tra tradizioni differenti, più spesso sono l'esito dell'"innesto" su un "tronco" liberale di elementi riconducibili ad altre tradizioni. Così, per esempio, se il liberalismo di per sé non è democratico, ma, entro certi limiti, compatibile con la democrazia, la maggior parte delle costituzioni oggi in vigore sono costituzioni liberali e democratiche. Esse non sono il frutto di un compromesso tra la tradizione liberale e quella democratica, ma dell'introduzione di principi democratici in una cornice liberale: tant'è che le democrazie costituzionali sono democrazie limitate, limitate per l'appunto da vincoli liberali.

gli uni e gli altri si producano. Alcuni degli autori che hanno sviluppato le intuizioni di Mill hanno ristretto l'ambito di applicazione del principio del danno al solo diritto penale (cfr. Feinberg, 1984-90), ma è chiaro che Mill ritiene che esso si applichi a ogni tipo di esercizio dell'autorità politica che possa tradursi in una limitazione della libertà delle persone.

In linea generale, dunque, Mill esclude che chi detiene l'autorità politica possa limitare la libertà delle persone per ridurre il rischio che esse arrechino danno a sé stesse. Egli ammette che si possa temporaneamente limitare la libertà di una persona di compiere un'azione che comporta per lei un qualche rischio elevato, ma solo al fine di accertare che essa sia capace di intendere e di volere e consapevole del rischio che sta per correre; una volta accertato che lo è, la si dovrebbe lasciare libera di correre quel rischio. Tuttavia, Mill ammette un'eccezione a questa sua posizione: egli ritiene che si possa impedire alle persone di ridursi volontariamente in schiavitù. L'idea di Mill è che non si possa esercitare la propria libertà per privarsi della libertà. Ritengo si tratti di un'eccezione rilevante. Il mio intero argomento in questo saggio altro non è che un tentativo di giustificare e di sviluppare l'intuizione alla base di quell'eccezione.

Se assumessimo, come sostiene la posizione liberale standard, che limitazioni paternalistiche della libertà delle persone e liberalismo non siano compatibili, potremmo dover giungere alla conclusione di vivere in regimi gravemente illiberali. I nostri ordinamenti giuridici sono, infatti, pieni di norme paternalistiche che limitano la libertà delle persone: norme che vietano l'acquisto e l'utilizzo di alcune sostanze stupefacenti e, più generalmente, di prodotti, alimentari e non, che non soddisfano specifici requisiti di sicurezza (che variano da paese a paese a riprova di quanto il concetto di sicurezza sia relativo); norme che impongono l'uso di dispositivi di sicurezza (caschi, cinture, guanti ecc.) alle persone che svolgono particolari attività (automobilisti e motociclisti, specifiche categorie di lavoratori ecc.); norme che vietano di disporre del proprio corpo in modi che possono risultare in lesioni molto gravi e/o in una perdita di funzionalità; norme che impongono di assicurarsi contro l'infortunio, la malattia, l'invalidità, la perdita di autosufficienza e la disoccupazione, e molte altre. Alcune di quelle norme – forse tutte – possono essere giustificate *anche* con argomenti normativi di tipo non paternalistico. Si può, per esempio, sostenere che l'obbligo di contribuire a uno schema assicurativo contro la malattia dipenda da un dovere di prendersi cura della salute degli altri più che della propria e/o che l'obbligo di indossare specifici dispositivi di sicurezza quando si svolgono certe attività

sia giustificato, poiché, in presenza di schemi assicurativi ad adesione obbligatoria contro quei rischi, riduce la spesa pubblica per l'infortunio, l'invalidità e la perdita di autosufficienza, con l'esito paradossale per cui una limitazione della libertà viene giustificata in quanto utile a contenere i costi che derivano da un'altra limitazione della libertà. Se sia o meno possibile una giustificazione non paternalistica per norme che hanno una parvenza paternalistica, tuttavia, non importa, poiché spesso quella giustificazione appare una forzatura: l'esito di un tentativo di aggirare la tensione tra una certa rappresentazione del liberalismo – come non compatibile con limitazioni paternalistiche della libertà delle persone – e una serie di norme che ci appaiono meritevoli di essere conservate. Intendo sostenere che una tale tensione non sussista. In un certo senso il mio contributo è “conservatore”: esso mira a “riconciliarci” con la nostra realtà sociale (cfr. Rawls, 2001). Ciò non significa che io ritenga che tutte le norme paternalistiche attualmente vigenti possano essere giustificate da una prospettiva liberale. Il mio intento è quello di individuare un criterio in base al quale distinguere le limitazioni paternalistiche della libertà delle persone che sono giustificabili da quella prospettiva da quelle che non lo sono.

3.2

Due dimensioni della libertà

Una delle tesi centrali del liberalismo è che si possa limitare la libertà delle persone solo nel nome della libertà stessa. La posizione liberale standard sostiene che si possa limitare la libertà di persone capaci di intendere e di volere soltanto se essa entra in conflitto con la libertà di altre persone. Essa ammette la limitazione della libertà di una persona a tutela della sua stessa libertà solo con riferimento a persone che non sono ancora, non sono più o non saranno mai capaci di intendere e di volere. Prima di mettere in discussione la posizione liberale standard, devo chiarire che cosa intendo per libertà⁶.

Il termine “libertà” è notoriamente ambiguo: si presta a essere usato, e viene normalmente usato, per indicare cose diverse (Berlin, 1958; Bobbio,

6. Anche se la mia prospettiva rimane per certi aspetti diversa dalla loro, mi ha aiutato a chiarire la mia concezione della libertà la lettura di Facchi, Giolo (2020). Sono grato ad Alessandra Facchi per aver letto una prima versione di questo testo e per i suoi commenti.

1995 [1978]; Carter, 2019). Alcune definizioni del termine (o concezioni della libertà) possono apparire più appropriate di altre, perché meglio in grado di rendere conto di uno degli usi tipici di quel termine nel linguaggio ordinario. È anche possibile concepire definizioni del termine così “revisionistiche”, così lontane dagli usi tipici che se ne fanno, da risultare del tutto inappropriate, almeno per chi ritiene che l’analisi filosofica di un termine (e dei relativi concetti) debba intrattenere un qualche rapporto con gli usi che se ne fanno nel linguaggio ordinario. Tuttavia, se sono possibili definizioni sbagliate del termine “libertà”, non ne esiste alcuna più valida di tutte le altre. È bene, pertanto, che chiunque utilizzi il termine chiarisca il significato che gli attribuisce.

Il termine “libertà” è un termine descrittivo. Benché le persone tendano ad attribuire valore positivo alla libertà (soprattutto alla propria libertà) e valore negativo alla sua mancanza e a desiderare la libertà più ampia possibile (soprattutto per sé), il termine “libertà” si riferisce a una proprietà delle persone, che dipende da una pluralità di fattori e della quale esse possono godere in misura diversa. I fattori da cui dipende la libertà delle persone possono essere “interni”, ossia relativi alla loro mente e al loro corpo, o “esterni”, ossia relativi all’ambiente nel quale sono inserite e alle relazioni che intrattengono con gli altri elementi presenti in quell’ambiente, incluse le altre persone. Dati i miei fini in questo saggio, ritengo utile distinguere due dimensioni della libertà, che chiamerò rispettivamente la sua dimensione “pratica” e la sua dimensione “critica”⁷.

La libertà pratica delle persone dipende dalle opportunità effettive di fare – e, facendo, di ottenere e di divenire – di cui esse godono in un preciso momento nel tempo (dove il non fare è esso stesso un fare). Essa dipende da una pluralità di fattori, che includono – ma non sono necessariamente limitati a – le loro abilità fisiche (incluse le capacità del cervello come organo fisico), le conoscenze e le competenze praticamente utilizzabili che possiedono, le risorse a cui possono accedere, il potere che

7. C’è una certa somiglianza tra la distinzione che propongo tra la dimensione pratica e la dimensione critica della libertà – d’ora in poi, per brevità, “libertà pratica” e “libertà critica” – e la nota distinzione di Berlin (1958) tra libertà negativa e libertà positiva: la libertà pratica è una variante di quella che Berlin chiama “libertà negativa”, pur distinguendosi da essa per il fatto di includere tra le proprie condizioni anche fattori interni che egli probabilmente non considererebbe tra le condizioni della libertà, mentre la libertà critica è una variante di quella che Berlin chiama libertà positiva (un concetto sotto il quale Berlin raggruppa idee di libertà tra loro anche molto diverse).

detengono sulle altre persone con cui si trovano a dover interagire e il modo in cui quelle persone potrebbero reagire alla loro condotta.

La libertà pratica non consiste, pertanto, nel mero permesso di fare qualcosa (“libertà formale” o “licenza”), benché l’assenza della libertà formale di fare qualcosa, in cui si trova chi è soggetto al divieto di farla, possa ridurre la libertà pratica di una persona, nella misura in cui quel divieto è sostenuto da una minaccia di sanzione che sarebbe effettivamente erogata qualora il divieto fosse violato. Né la libertà pratica è riducibile a una condizione di non soggezione a un’ autorità arbitraria, secondo la concezione della libertà come assenza di dominazione (Pettit, 1997), che vede nella condizione dello schiavo o in quella del suddito di un regime dispotico i prototipi dell’ illibertà.

Se una persona può scegliere tra opportunità di condotta alternative, essa gode di un certo grado, pur minimo, di libertà pratica. Ciò è vero anche nel caso in cui una delle due opportunità alternative sia così contraria agli interessi di quella persona che non è immaginabile che la sua scelta possa cadere su di essa. Solo l’ impedimento fisico o la costrizione fisica possono privare del tutto una persona della sua libertà pratica. La minaccia di una sanzione non priva una persona della libertà pratica di compiere l’ azione che potrebbe attivare la sanzione, ma ne riduce la libertà pratica complessiva, rendendo una delle opportunità di cui gode più costosa in termini della “sua” libertà futura, che verrebbe ridotta dalla sanzione.

Se è difficile privare del tutto una persona di libertà pratica, le persone possono goderne, e in genere ne godono, in misura diversa. Le variazioni possono essere di tipo quantitativo – riferite al numero delle opportunità godute – o di tipo qualitativo – riferite alla qualità delle opportunità godute. Il fatto che le variazioni nella libertà pratica di cui le persone godono possano essere sia quantitative sia qualitative rende a volte difficile stabilire chi tra due persone sia quella che gode di maggior libertà pratica. Se è evidente che in presenza di due persone di cui una gode di tutte le opportunità di cui gode l’ altra e, in aggiunta, di altre opportunità non avremmo alcuna difficoltà a dire che la libertà pratica della prima persona è maggiore di quella della seconda, quando l’ insieme delle opportunità di cui gode una persona non è un mero sottoinsieme delle opportunità di cui gode un’ altra persona, non è detto che la persona che gode di una quantità maggiore di opportunità sia quella più libera (in termini di libertà pratica), perché la libertà pratica non dipende solo dal numero delle opportunità, ma anche dalla loro qualità, sia in senso

assoluto sia in senso relativo (vale a dire dalla loro varietà). Così, banalmente, una persona che può scegliere di bere del vino o della Coca-Cola è più libera di una persona che può scegliere solamente tra Coca-Cola, Pepsi-Cola e Cola Coop.

La libertà critica delle persone riguarda, invece, la loro capacità di compiere una scelta tra le opportunità alternative di cui godono. Essa riguarda, in primo luogo, la consapevolezza che esse hanno delle opportunità alternative di cui godono, che va dalla mera consapevolezza del fatto di avere quelle opportunità alla consapevolezza delle conseguenze che potrebbero derivare dal fatto di optare per l'una o per l'altra e delle probabilità che quelle conseguenze si producano. Una tale consapevolezza dipende dalle informazioni che le persone hanno e dalla loro capacità di elaborazione di quelle informazioni. In secondo luogo, la libertà critica delle persone riguarda la consapevolezza che esse hanno dei processi di formazione delle loro credenze e dei loro desideri, quelle credenze e quei desideri che ne orientano le scelte, e la loro capacità di distanziarsi da quelle credenze e da quei desideri per metterli in discussione: un processo che può portare alla loro convalida o alla loro revisione.

Come la libertà pratica, anche la libertà critica, in entrambi i suoi aspetti, può essere goduta dalle persone in misura diversa. Se la libertà pratica di cui gode una persona è difficile da "misurare", ciò vale a maggior ragione per la sua libertà critica. Eppure, siamo tutti in grado di cogliere come vi sia una differenza tra l'aderire in maniera acritica a una norma tradizionale di condotta senza essersi mai interrogati sulla sua validità e (tra le altre cose) sul modo in cui essa contribuisce alla nostra e/o all'altrui felicità e l'aderire a quella stessa norma dopo averla messa in discussione. Per chi ammette che la libertà abbia, accanto alla sua dimensione pratica, anche una dimensione critica, una tale differenza ha a che fare con la libertà delle persone.

3.3

Libertà e liberalismo

Per il liberalismo, come filosofia della giustizia costituzionale, la libertà pratica delle persone è il valore politico ultimo, quello che chi detiene l'autorità politica ha il compito di promuovere e di proteggere. Le singole persone che fanno parte di una comunità politica possono pensare che vi siano cose che hanno più valore della libertà pratica, cose dotate

di valore ultimo in assoluto, e che la libertà pratica abbia valore solo come mezzo utile a perseguire tali cose. Ciò non impedisce loro di concordare circa il fatto che ai fini dell'esercizio dell'autorità politica la libertà pratica vada considerata il valore ultimo. Alcune persone possono aderire a quella posizione perché si rendono conto che non è possibile pervenire ad alcun accordo su di una concezione di ciò che ha valore ultimo in assoluto; per molte altre persone, anche se un tale accordo fosse possibile, non spetterebbe a chi detiene l'autorità politica assicurare che le persone perseguano o conseguano obiettivi dotati di quel valore (Rawls, 1993).

Nella prospettiva liberale l'idea della libertà pratica come valore politico ultimo si combina con un principio di giustizia fondamentale che prescrive l'eguaglianza di trattamento di tutti i membri della comunità politica (Dworkin, 1985). È possibile sostenere che la scelta stessa della libertà pratica come valore politico ultimo dipenda dal principio di giustizia che prescrive l'eguaglianza di trattamento, perché, in assenza di un accordo su ciò che ha valore ultimo in assoluto, porre quale valore politico ultimo un altro valore significherebbe favorire il punto di vista di alcuni membri della comunità politica a dispetto di quello di altri, mancando di rispetto a questi ultimi.

Partendo dall'idea della libertà pratica come valore politico ultimo e dal principio che prescrive l'eguaglianza di trattamento è possibile argomentare a favore di un insieme di diritti fondamentali che include, tra gli altri, i diritti fondamentali di libertà (cfr. *supra*, nota 4) e il diritto al minimo vitale, vale a dire all'opportunità non competitiva, condizionata o non condizionata, di accedere alle risorse e ai servizi necessari a soddisfare i propri bisogni primari e a conservarsi in uno stato di buona salute.

Se garantiti, i diritti fondamentali di libertà e il diritto al minimo vitale assicurano a ogni persona il controllo sul proprio corpo e su risorse diverse dal proprio corpo, nonché la possibilità di stringere accordi con altre persone per ottenerne i servizi, che sono alcuni dei fattori da cui dipende la libertà pratica delle persone. Da un lato, infatti, ci sono cose che una persona può fare solo se ha il controllo sul proprio corpo e se quel corpo è funzionante: percepire, vincere una gara di corsa, provare piacere sessuale ecc. Da questo punto di vista, i corpi non sono fungibili: assegnare a ogni persona il controllo di *un* corpo non è equivalente ad assegnare a ogni persona il controllo del *proprio* corpo. Dall'altro lato, per fare quasi ogni cosa, le persone hanno bisogno di risorse diverse dal proprio corpo e spesso anche della collaborazione delle altre persone.

Tutti i maggiori teorici liberali, da Locke (1689) a Mill (1859), da Hayek (1960) a Rawls (1971), sono concordi nell'affermare che almeno i diritti fondamentali di libertà e il diritto al minimo vitale debbano essere garantiti a ogni membro della comunità politica. Essi concordano, inoltre, anche circa l'idea che la giustizia liberale richieda una qualche forma di eguaglianza giuridica, sociale ed economica, la quale investe altri fattori determinanti la libertà pratica delle persone. Tuttavia, essi hanno idee anche molto diverse su quale forma di eguaglianza giuridica, sociale ed economica sia richiesta. È mia convinzione che una tale diversità di idee derivi almeno in parte da un dissenso che non riguarda i principi del liberalismo, ma prospettive metafisiche, teorie scientifiche, fatti e attitudini e preferenze soggettive che combinandosi con quei principi conducono a risultati differenti. Se sia o meno possibile estendere il catalogo dei diritti su cui tutti i maggiori teorici liberali concordano oltre i diritti fondamentali di libertà e il diritto al minimo vitale è una questione che lascio aperta. La mia argomentazione in questo saggio investe unicamente quei diritti.

Come tutti i diritti fondamentali, i diritti fondamentali di libertà e il diritto al minimo vitale sono primariamente diritti nei confronti di chi detiene l'autorità politica, che ha il compito di esercitare quell'autorità al fine di garantire quei diritti. Nessuno di quei diritti è assoluto. Tutti ammettono delle limitazioni. Persino il diritto alla vita, inteso come diritto a non essere uccisi, è limitato. Vi sono circostanze in cui è ammesso che si possano uccidere delle persone: per autodifesa, durante operazioni di polizia, in guerra e, per alcuni autori liberali, anche come sanzione per certi reati, su richiesta del soggetto titolare (eutanasia volontaria) e come atto compassionevole (eutanasia non volontaria). In tutti quei casi il permesso d'uccidere è limitato, ma resta il fatto che a certe condizioni uccidere è permesso. Lo stesso vale, a maggior ragione, per tutti gli altri diritti fondamentali: ci sono vari limiti al modo in cui le persone possono servirsi e disporre del proprio corpo e delle altre risorse che controllano, e ci sono dei limiti a ciò che chi detiene l'autorità politica deve e può fare per garantire alle persone l'accesso alle risorse e ai servizi di cui necessitano per soddisfare i loro bisogni primari e conservarsi in uno stato di buona salute. Il fatto che certi diritti siano diritti fondamentali non significa che essi non ammettano limitazioni, ma che i limiti a cui sono soggetti devono potere essere giustificati sulla base degli stessi principi da cui essi sono giustificati o di altri principi egualmente importanti.

Accanto a un insieme di diritti fondamentali, il liberalismo include un insieme di principi che possono giustificare delle limitazioni di quei

diritti. Come i diritti, anche quei principi dipendono dal valore politico ultimo della libertà pratica e dal principio di giustizia che prescrive l'eguaglianza di trattamento.

Si consideri, per esempio, il principio del danno ad altri. Ritengo che l'interpretazione migliore di quel principio sia quella che definisce il "danno" in termini di perdita di libertà pratica. Così inteso, il principio del danno stabilisce che si possa considerare la possibilità di limitare la libertà delle persone di compiere certi atti, servendosi e disponendo del proprio corpo e delle altre risorse che controllano, se da quegli atti potrebbe derivare una perdita di libertà pratica per altre persone (una o più). Come detto sopra, il principio del danno ad altri non comporta che ogni volta che dall'azione di una persona possa derivare una perdita di libertà per altre persone quell'azione debba essere vietata. Esso comporta solo che si possa e forse si debba considerare l'opportunità di vietarla. Nel valutare una tale opportunità si dovrà considerare la perdita di libertà che potrebbe derivare dal vietare quell'azione in rapporto alla perdita di libertà che potrebbe derivare dal permetterla, e lo si dovrebbe fare in base al principio che prescrive l'eguaglianza di trattamento, ossia assegnando la stessa importanza alla libertà pratica di tutte le persone che potrebbero essere interessate.

Nel calcolare il "danno", ossia la perdita di libertà pratica che potrebbe derivare da un'azione o dal suo divieto, si dovrebbe tener conto non solo della libertà pratica di cui le persone già godono, ma anche di quella di cui esse potrebbero godere in futuro. Benché non vi sia un dovere di massimizzare la libertà pratica oltre una soglia minima, è indubbio, infatti, che tra i compiti di chi detiene l'autorità politica non vi sia solo la protezione della libertà, ma vi siano anche la sua promozione e la sua giusta "distribuzione" (cfr. Sen, 1999). Ciò non significa che vi sia una perfetta equivalenza tra la perdita di una libertà già ottenuta o che ci si aspetta di ottenere e la perdita di una libertà futura meramente possibile: affinché le persone possano godere della sicurezza relativa che permette loro di fare dei progetti per il futuro, la protezione della libertà già ottenuta o promessa, supponendo che sia stata giustamente ottenuta o promessa, deve godere di una certa priorità rispetto alla promozione della libertà.

Similmente, appellandosi al valore della libertà pratica e al principio dell'eguaglianza di trattamento, è possibile giustificare il principio anti-perfezionistico che esclude che si possa limitare la libertà di una persona capace di intendere e di volere di servirsi e di disporre del proprio corpo nel nome di valori diversi dalla libertà pratica stessa: impedendo loro di

usare il proprio corpo in modi ritenuti dotati di valore negativo o imponendo loro di usarlo in modi ritenuti dotati di valore positivo. Questo principio antiperfezionistico erige una “barriera” intorno alla libertà che le persone hanno di servirsi e di disporre del proprio corpo, che le protegge dai tentativi altrui di imporre loro valori che esse non riconoscono, assicurando loro la possibilità di servirsi e di disporre del proprio corpo per perseguire la propria felicità a modo proprio, anche rischiando di ritrovarsi infelici (Zanetti, 1998). Il principio antiperfezionistico così definito ha una portata limitata. Da un lato, esso non si applica all’uso che le persone possono fare di risorse diverse dal proprio corpo: per esempio, ammette la possibilità che chi detiene l’autorità politica possa impedire al proprietario di un’opera d’arte di distruggerla nel nome del valore dell’arte, o al proprietario di un bosco di disboscario nel nome del valore della natura, così come ammette la possibilità che alcune risorse possano essere dichiarate non appropriabili in virtù del valore loro riconosciuto. Dall’altro lato, il principio antiperfezionistico non esclude che chi detiene l’autorità politica possa usare le risorse di cui dispone per distogliere le persone dal perseguimento di certi valori e orientarle verso il perseguimento di altri valori, purché ciò non si traduca in una limitazione della loro libertà pratica di perseguire valori diversi da quelli che godono del sostegno del titolare dell’autorità politica. Se il principio dell’eguaglianza di trattamento richieda di estendere il principio antiperfezionistico in modo da escludere anche alcune delle possibilità appena considerate è una questione su cui tornerò brevemente in conclusione (cfr. *infra*, PAR. 3.5), ma di cui non mi occuperò in questo saggio.

3.4

Per un paternalismo liberale

Il liberalismo, dunque, ammette che si possa limitare la libertà pratica di una persona per proteggere o promuovere la libertà pratica di altre persone. In questo paragrafo sosterrò che le stesse considerazioni sul valore della libertà pratica che possono giustificare la limitazione della libertà di una persona nell’interesse della libertà di altre persone possono giustificare anche la limitazione della libertà di una persona nell’interesse della “sua” libertà futura. Sosterrò, dunque, che i principi liberali siano compatibili con misure paternalistiche a tutela della libertà delle persone, incluse misure che ne limitano la libertà pratica.

La mia difesa del paternalismo dipende dalla critica della concezione secondo la quale le persone sarebbero dotate di un'esistenza temporalmente estesa. Mi riferirò a quella concezione come alla concezione standard dell'identità personale. Secondo quella concezione, normalmente, a un certo punto del suo sviluppo, un individuo appartenente alla nostra specie sviluppa le proprietà che fanno di lui una "persona" e a partire da quel momento e finché conserva quelle proprietà rimane non solo *una* persona ma *la stessa* persona. Quali siano le proprietà che rendono un individuo "persona" è una questione dibattuta, ma, in ogni caso, il fondamento dell'identità di una persona, ciò che la rende unica e distinta da tutte le altre, non può risiedere in quelle proprietà, perché esse sono comuni a tutte le persone. Né il fondamento dell'identità di una persona può risiedere nel corpo, che pur per certi suoi caratteri distingue le persone l'una dall'altra, perché non è sufficiente avere un corpo, neppure un corpo umano, per essere una persona. Il fondamento dell'identità di una persona risiede, piuttosto, in un insieme di stati mentali, tra i quali spiccano per importanza credenze, desideri e quelle disposizioni caratteriali che portano una persona a maturare certe credenze e certi desideri e a provare certe emozioni. Il problema per la concezione standard dell'identità personale è che gli stati mentali che fondano l'identità di una persona, lungi dal rimanere costanti, cambiano nel corso del tempo, una cosa che, peraltro, vale anche per i corpi. In quanto assume l'esistenza temporalmente estesa delle persone, dunque, la concezione standard dell'identità personale è illusoria.

Contro quella concezione, sostengo che il rapporto che esiste tra una persona in un tempo T_1 e quella che è socialmente considerata la stessa persona in un tempo T_2 successivo non sia troppo diverso da quello che esiste tra due persone socialmente considerate come distinte, ed è tanto più simile a quel rapporto quanto più tempo separa T_1 da T_2 . Possiamo distinguere l'individuo, nello specifico l'individuo umano, identificato da un corpo che si forma, nasce, cresce, invecchia e muore, dalle persone che quell'individuo esprime nell'arco della vita.

Ovviamente il rapporto che esiste tra le persone che si avvicendano nell'arco della vita di un individuo non è in tutto e per tutto analogo a quello che esiste tra persone socialmente considerate distinte. Il corpo di ciascuna delle persone che si avvicendano nell'arco della vita di un individuo deriva dai corpi di quelle che l'hanno preceduta, e tutti quei corpi sono legati tra loro da un processo di costante trasformazione governato dallo stesso progetto genetico. In quanto socialmente considerate una

medesima persona, poi, le persone che si avvicendano nell'arco della vita di un individuo condividono la medesima identità socialmente ascritta, che porta con sé, tra le altre cose, una serie di status e di titoli e i diritti e gli obblighi a essi associati. Esse condividono, inoltre, parte della loro storia e, di conseguenza, alcuni dei loro ricordi (quelli non sbiaditi o alterati dal tempo) e possono anche condividere alcune credenze, alcuni desideri e alcune disposizioni caratteriali, benché ciò non sia più necessario di quanto sia necessario che persone socialmente considerate distinte condividano le stesse credenze, gli stessi desideri e le stesse disposizioni caratteriali: è solamente più probabile. Infine, avendo interiorizzato la concezione standard dell'identità personale, ogni persona tende a identificarsi con le persone che l'hanno preceduta, pur potendo anche riconoscersi come diversa da quelle persone, e con quelle che la seguiranno. Essa costruisce una storia a partire dalle esperienze delle persone che l'hanno preceduta delle quali conserva una traccia nella memoria e, identificandosi non con l'autore di quella storia ma con il suo protagonista, ritiene che quella storia sia la "propria" storia.

Benché la concezione che ho appena presentato contraddica il modo in cui siamo abituati a pensare alle persone e, innanzitutto, il modo in cui siamo abituati a pensare noi stessi come persone, sono convinto che essa corrisponda meglio alla realtà rispetto alla concezione standard dell'identità personale. Quella concezione presuppone l'esistenza di un *quid* che, mentre i corpi degli individui si trasformano e le loro credenze, i loro desideri e le loro disposizioni caratteriali cambiano, si manterrebbe costante, fondando l'identità delle persone nel tempo. Tuttavia, quel *quid* è un'ipotesi metafisica non meno misteriosa del fondamento della libertà del volere delle persone.

È facile spiegare il successo della concezione standard dell'identità personale. Si tratta, infatti, di una finzione molto utile, che nella misura in cui è utile merita di essere conservata e alimentata. Da un lato, con riferimento al passato, identificarsi con le persone che ci hanno preceduto rende più tollerabile per noi il fatto di dover sopportare le conseguenze delle scelte e delle azioni di quelle persone. Tuttavia, quanto più tempo è passato dalle scelte e dalle azioni le cui conseguenze stiamo sopportando e quanto più ci consideriamo diversi dalla persona che le ha compiute, tanto meno propensi siamo a portarne il fardello e possiamo addirittura ritenere ingiusto che ci si chieda di farlo (una considerazione che ha delle implicazioni interessanti per il diritto penale, con riferimento al tema della pena e in particolare a quello della sua giusta durata). Dall'altro

lato, con riferimento al futuro, il fatto che noi ci si identifichi con le persone che ci succederanno, che noi si pensi che saremo noi stessi a sperimentare ciò che in realtà esse solo sperimenteranno, ci spinge in genere a interessarci al benessere di quelle persone più di quanto noi non ci si interessi al benessere delle altre persone, cosa che comporta dei benefici in termini di chance di sopravvivenza e conferisce, dunque, un vantaggio evolutivo a individui in grado di coltivare la concezione standard dell'identità personale.

Pur riconoscendo i vantaggi che comporta la concezione standard dell'identità personale, la consapevolezza del suo carattere illusorio suggerisce di considerare le conseguenze normative di concezioni alternative e magari più rispondenti alla realtà, per valutare se esse siano inaccettabili al punto che resta preferibile, in funzione di una giusta promozione della felicità generale, continuare ad assumere la validità della concezione standard o, invece, siano accettabili o addirittura preferibili. Nello specifico, mi interessa qui esaminare le conseguenze normative che è possibile trarre dalla concezione non standard dell'identità personale che ho formulato. In sintesi, ritengo che chiunque assuma quella concezione debba ritenere che almeno alcuni dei principi di giustizia che si applicano alle relazioni *inter-individuali* si applicano anche alle relazioni *intra-individuali*.

Per esempio, ritengo che le ragioni che abbiamo di riconoscere a ogni persona la libertà di vivere la propria vita a modo proprio, decidendo che cosa fare e quali obiettivi perseguire sulla base delle proprie credenze e dei propri desideri, si applichino anche alle relazioni tra le persone che si susseguono nell'arco della vita di un individuo. Ciò esclude che una persona possa assumersi vincoli o stipulare contratti non rescindibili, che impegnerebbero le persone che le succederanno a obbedire ad autorità alle quali potrebbero non volere obbedire o a fare cose che potrebbero non volere fare. L'autonomia personale, esercitando la quale le persone si assumono dei vincoli e stipulano dei contratti a favore di altre persone, da cui ottengono in genere qualcosa in cambio, fornisce indubbiamente un contributo positivo alla libertà pratica delle persone, perché consente loro di fare cose che altrimenti non potrebbero fare (per esempio, cose che richiedono i servizi di altre persone), ma il suo esercizio da parte di una persona in un tempo T_1 comporta anche, inevitabilmente, una limitazione della libertà pratica della persona che a essa succederà e che in un tempo T_2 dovrà assolvere l'impegno assunto "per suo conto" in T_1 . Si tratta, dunque, di vincolare l'esercizio dell'autonomia personale, in modo che esso non possa comportare un sacrificio eccessivo di libertà

pratica. Ciò implica, tra le altre cose, (a) dei limiti molto stringenti al modo in cui le persone dovrebbero poter disporre dei loro diritti fondamentali di libertà, limiti che, se non comportano la piena indisponibilità di quei diritti, certamente ne comportano l'inalienabilità, e (b) che ogni vincolo assunto o contratto stipulato dovrebbe poter essere rescisso a un costo non eccessivo e in ogni caso non superiore a quello necessario a compensare la controparte per le perdite che la rescissione del vincolo o del contratto comporta.

Similmente, ritengo che le ragioni che abbiamo di riconoscere a ogni persona il controllo esclusivo sul proprio corpo e che possono giustificare il divieto delle azioni di altre persone che possono compromettere il suo funzionamento, si applichino anche alle relazioni tra le persone che si susseguono nell'arco della vita di un individuo. Si tratta di valide ragioni per escludere che una persona possa agire in modo tale da compromettere in maniera irreversibile il funzionamento del proprio corpo e per ritenere che, al contrario, ciascuno di noi abbia un dovere *prima facie* (cfr. *infra*, PAR. 3,5) di "consegnare" alle persone che gli succederanno nell'arco della vita un corpo integro e normalmente funzionante. Che cosa sia un corpo normalmente funzionante è una questione non semplice da stabilire, ma in linea di principio ogni condotta che presenta un rischio rilevante di perdita irreversibile di funzionalità del corpo e che non è necessaria a preservare il benessere psicofisico complessivo di un individuo dovrebbe essere vietata o quantomeno fortemente disincentivata. Ovviamente il dovere di consegnare alle persone che ci succederanno un corpo normalmente funzionante si applica a condizione che quelle persone esistano in futuro e non esclude condotte come il suicidio, assistito o meno, e l'eutanasia volontaria, che, cagionando la morte dell'individuo, prevengono l'esistenza di quelle persone: se possiamo avere dei doveri nei confronti di persone che non esistono ancora, certamente non ne abbiamo nei confronti di persone che non esisteranno mai.

Ci si potrebbe chiedere se le considerazioni appena svolte con riferimento al corpo non si applichino anche a risorse diverse dal corpo. Dopotutto, ho sostenuto che la libertà pratica di una persona dipende non solo dal controllo che essa ha sul proprio corpo e dal suo essere funzionante, ma anche dal controllo che ha su risorse diverse dal proprio corpo. Si dovrebbe concludere, dunque, che si possa limitare la libertà di una persona di servirsi e di disporre delle proprie risorse (diverse dal corpo) per assicurare che essa ne consegni in misura adeguata alle persone che le succederanno? Sì e no. Sì, nella misura in cui, al fine di

garantire a tutti il diritto al minimo vitale, si decide di istituire uno schema assicurativo al quale tutti coloro che sono in grado di contribuire sono tenuti a contribuire, cosa che inevitabilmente si traduce in una limitazione della libertà dei singoli di servirsi e di disporre delle proprie risorse e quindi della loro libertà pratica. No, nel senso che, diversamente da quanto accade per il corpo, non vi è alcuna necessità di ritenere che esista una responsabilità particolare di una persona nei confronti delle persone che le succederanno piuttosto che nei confronti di persone diverse da quelle. È, infatti, possibile ritenere che il dovere che noi abbiamo nei confronti delle persone che ci succederanno non sia diverso da quello che le altre persone hanno nei confronti di quelle persone e che noi abbiamo nei confronti delle altre persone e di quelle che succederanno loro: ciascuno di noi è, rispetto a quella persona, nella stessa posizione. Ciò si traduce in un obbligo generale di partecipare a schemi assicurativi che garantiscano a tutti, a noi stessi come agli altri, il diritto al minimo vitale e, dunque, un livello minimo di libertà pratica.

Se le considerazioni che ho svolto sono valide, alcune misure paternalistiche attraverso le quali chi detiene l'autorità politica limita la libertà pratica delle persone al fine di impedire che esse privino le persone che succederanno loro di una misura minima di libertà sono compatibili con il liberalismo. Esse sono, infatti, finalizzate a preservare la libertà pratica delle persone, ciò che per il liberalismo stesso costituisce il valore politico ultimo. Ritengo che alla base della posizione liberale standard, secondo la quale limitazioni paternalistiche della libertà delle persone non sarebbero compatibili con il liberalismo, ci sia una confusione tra paternalismo e perfezionismo. Limitazioni paternalistiche della libertà delle persone non sono compatibili con il liberalismo nella misura in cui sono perfezionistiche, ossia volte a dissuadere le persone dal perseguimento di obiettivi che si ritiene siano dotati di valore intrinseco negativo o a promuovere il perseguimento di obiettivi che si ritiene siano dotati di valore intrinseco positivo. Non è il paternalismo ma il perfezionismo, almeno quando si traduce in una limitazione della libertà pratica delle persone, a essere incompatibile con il liberalismo, perché non manifesta quell'eguale rispetto per tutte le persone che, insieme all'eguale riguardo, è una delle dimensioni dell'eguale trattamento loro dovuto (cfr. Dworkin, 1985). Indubbiamente alcune misure paternalistiche sono di tipo perfezionistico e, dunque, almeno quando si traducono in una limitazione della libertà pratica delle persone, incompatibili con il liberalismo, ma ciò non vale per ogni misura paternalistica.

Alcune questioni aperte

Una volta stabilito che, almeno per chi assuma la validità della concezione non standard dell'identità personale che ho proposto nell'ultimo paragrafo, alcune misure paternalistiche sono compatibili con il liberalismo anche se si traducono in una limitazione della libertà pratica delle persone, rimane ancora molto lavoro teorico da fare. Mi limito qui a indicare tre questioni che meritano un'indagine più accurata.

La prima questione riguarda i criteri per operare una scelta tra diverse misure paternalistiche. Vi sono, infatti, vari modi in cui chi detiene l'autorità politica può limitare la libertà pratica delle persone per tutelare la libertà pratica delle persone che a esse succederanno. Si va dalle misure più deboli, che stabiliscono che prima di impegnarsi in una condotta rischiosa una persona debba dimostrare di essere consapevole dei rischi che quella condotta comporta, alle misure più severe che puniscono le condotte rischiose con sanzioni di varia severità, passando per le misure che impongono a chi intende assumere condotte rischiose di pagare una tassa o di sottoscrivere un'assicurazione contro i rischi che sta per correre. In linea di massima si può affermare che, da una prospettiva liberale, una misura paternalistica è tanto più giustificabile quanto minore è il suo impatto sulla libertà pratica delle persone. Massimamente giustificabili da quella prospettiva sono quelle misure paternalistiche, come interventi educativi e formativi non coercitivi e campagne di informazione, che, senza limitare la libertà pratica delle persone, ne promuovono la libertà critica sotto il profilo della consapevolezza: informandole dei rischi connessi a certe condotte, fornendo loro gli strumenti per valutare quei rischi e/o suggerendo loro condotte (più) prudenti.

La seconda questione riguarda i limiti al paternalismo liberale. Ho sostenuto che misure paternalistiche che comportano una limitazione della libertà pratica delle persone sono compatibili con il liberalismo solo nella misura in cui sono volte a garantire a ogni persona una misura minima di libertà pratica. Tuttavia, anche le misure che soddisfano quel requisito sono giustificate solo *prima facie*, al netto di ragioni più forti che in determinate circostanze possono pesare contro quelle misure. Se la libertà pratica è il valore politico ultimo per il liberalismo, il liberalismo è in grado di riconoscere come essa non sia in genere il valore ultimo per le persone. È possibile, in particolare, che in determinate circostanze si dia un conflitto tra la conservazione di una misura minima di libertà pratica

e la possibilità di godere di una misura minima di benessere psicofisico. In quei casi si pone la questione di come debba essere operato, e da chi, un bilanciamento tra libertà pratica e benessere psicofisico.

La terza questione, infine, riguarda il rapporto tra perfezionismo e liberalismo. Ho sostenuto che tra i principi liberali vi è un principio antiperfezionistico, che stabilisce che non si possa limitare la libertà delle persone di servirsi del proprio corpo al fine di dissuaderle dal perseguimento di certi obiettivi o di indirizzarle verso il perseguimento di altri obiettivi. Per il liberalismo, la libertà pratica costituisce l'unico valore che può giustificare una limitazione della libertà delle persone di servirsi del proprio corpo. Senza dubbio alcuni teorici liberali giudicheranno la mia formulazione del principio antiperfezionistico troppo debole. In primo luogo, essa si riferisce solo a limitazioni che riguardano la libertà delle persone di servirsi del proprio corpo e non, per esempio, a limitazioni che riguardano gli usi che le persone possono fare di risorse diverse dal corpo. In secondo luogo, essa si riferisce solo a interventi che si traducono in una limitazione della libertà pratica delle persone, ma vi sono vari modi nei quali chi detiene l'autorità politica può avversare o sostenere attivamente particolari valori senza che ciò si traduca in una limitazione della libertà pratica delle persone; per esempio, attraverso campagne di comunicazione o interventi educativi e formativi non coercitivi. Rimane aperta la questione se interventi perfezionistici che non si traducono in una limitazione della libertà delle persone di servirsi del proprio corpo siano compatibili con il liberalismo. Per le varianti più radicali del liberalismo "neutralista" non lo sono⁸. Per le varianti del liberalismo che riconoscono una portata più limitata e/o derivata al principio della neutralità dell'esercizio dell'autorità politica, invece, una tale incompatibilità non sussiste e il liberalismo è compatibile con interventi volti a promuovere certi valori – per esempio, valori tradizionali o maggioritari, o, all'estremo opposto, la libertà critica delle persone che si traduce nell'attiva messa in discussione di quei valori –, purché quegli interventi non si traducano in una limitazione della libertà pratica delle persone di vivere secondo valori diversi da quelli che hanno il sostegno di chi detiene l'autorità politica (cfr. Dworkin, 2011; Mill, 1859; Okin, 1998). Si tratterà di stabilire se vi

8. Rawls (1993) è spesso considerato il testo di riferimento per il liberalismo neutralista radicale, benché Rawls (1997) sembri circoscrivere la portata del principio di neutralità a questioni di rilevanza costituzionale e non, dunque, alla legislazione e alle politiche del governo.

siano o meno ragioni stringenti a favore dell'una o dell'altra variante del liberalismo.

Bibliografia

- BERLIN I. (1958), *Two Concepts of Liberty*, Clarendon Press, Oxford.
- BOBBIO N. (1995 [1978]), *Libertà*, in Id., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, pp. 45-98.
- CARTER I. (2019), *Positive and Negative Liberty*, in E. N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition).
- DWORKIN R. (1985), *Liberalism*, in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (MA), pp. 181-204.
- ID. (2011), *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- FACCHI A., GIOLO O. (2020), *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, il Mulino, Bologna.
- FEINBERG J. (1984-90), *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 voll., Oxford University Press, Oxford-New York.
- HAYEK F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago.
- LOCKE J. (1689), *Two Treatises of Government*, Awnsham Churchill, London.
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London.
- OKIN S. M. (1998), *Feminism and Multiculturalism. Some Tensions*, in "Ethics", 108, 4, pp. 661-84.
- PETTIT P. (1997), *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- RAWLS J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- ID. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.
- ID. (1997), *The Idea of Public Reason Revisited*, in "The University of Chicago Law Review", 64, 3, pp. 765-807.
- ID. (2001), *Justice as Fairness. A Restatement*, ed. by E. Kelly, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- SEN A. (1999), *Development as Freedom*, Knopf, New York.
- ZANETTI G. (1998), *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Carocci, Roma.

Autonomia diacronica Rispetto del bambino e antipaternalismo sociale

di *Marina Lalatta Costerbosa*

Una cosa è voler educare all'adempimento del dovere attraverso l'ubbidienza, un'altra attraverso la promessa di premi o minacce di punizione.

Eppure anche se si tratta di due modelli in principio diversi, essi si incontrano: tanto l'uno quanto l'altro già in sé e per sé contraddicono lo scopo dell'educazione.

L'adempimento del dovere è possibile solo sulla base della comprensione propria del soggetto che agisce di ciò che è il suo dovere. Questo è il principio dell'*autonomia* morale.

Leonard Nelson, *Die Reformation der Gesinnung durch Erziehung zum Selbstvertrauen*, 1922

4.1

L'universalismo dell'autonomia

In questo saggio tenteremo di ricostruire la nozione di autonomia, di accompagnarla nelle sue variazioni concettuali e infine di giustificare la consistenza teorica e l'urgenza pratica di un'idea di autonomia universale, empirica, relazionale e diacronica.

Proveremo a motivare soprattutto la rilevanza di quest'ultimo carattere, quello temporale, diacronico, perché convinti che in modo diretto esso spinga l'autonomia oltre la mera dimensione individualistica, aprendola alla società, sia in senso critico, ovvero in contrapposizione a manifestazioni paternalistiche della società, sia in senso costruttivo, ossia in una prospettiva normativa che guardi alla società del futuro.

Riflettere sull'autonomia impone un confronto con il filosofo che più di ogni altro ha saputo definirla e declinarla in chiave universalistica. Ci stiamo riferendo ovviamente a Kant, per il quale dire "autonomia" significa disporsi su un piano normativo, ideale, e riconoscere che «gli enti razionali sono tutti sottoposti alla legge secondo cui ciascuno di

loro deve trattare sé stesso e tutti gli altri non mai soltanto come mezzo, ma sempre, al tempo stesso, come scopo in sé» (Kant, 1785, trad. it. p. 181)¹. Ciascuno deve essere trattato nel rispetto della sua dignità, la quale a sua volta corrisponde alla capacità di moralità, alla capacità di autonomia. Autonomia significa per Kant, dunque, autolegislazione in un senso trascendentale: «L'autonomia è il fondamento della dignità della natura umana e di ogni natura razionale» (ivi, p. 187). «Ciò che costituisce la condizione esclusiva a cui qualcosa può essere scopo in sé non ha solo un valore relativo, ovvero un prezzo, bensì un valore interno e intrinseco, ossia dignità» (*ibid.*). Il concetto filosofico di dignità umana ha adesso, a differenza che nelle epoche precedenti, un valore assoluto: l'essere umano non può essere più o meno degno di rispetto; la dignità in questo caso specifico non è un valore soggettivo o incrementale. La dignità è ricondotta all'autonomia, non intesa più, come in età premoderna, in rapporto al rango aristocratico o allo *status* cetuale; essa inerisce all'essere umano come tale. L'essere *moralfähig*, il suo essere, normativamente, autonomo e legislatore, pone l'uomo al di sopra di ogni "prezzo di mercato".

Su tale sfondo, si intende "libera" la scelta di un individuo che si presenti come "liberata" da ogni influenza esterna, proveniente da qualsivoglia autorità, come anche interna, cioè condizionata dalle varie espressioni concrete della soggettività. «Il principio dell'autonomia è dunque: non scegliere se non in modo che le massime della propria scelta siano insieme comprese nello stesso volere come legge universale» (ivi, p. 197), corrisponde alla capacità morale che pertiene agli esseri umani e si manifesta, fuori dal lessico kantiano, in indipendenza critica e piena capacità deliberativa volta all'azione.

Questo sguardo sulla nozione di autonomia si pone su un terreno regolativo e ideale; sarebbe un grossolano errore obiettare a Kant – come talvolta accade – che per la sua via si negherebbe autonomia a persone che non hanno, non hanno provvisoriamente o non hanno mai avuto capacità di intendere e di volere. Il senso evidente dell'argomentare kantiano inerisce alla condizione umana in sé, per ciò che essa razionalmente è pensabile che sia, non per le sue contingenti, empiriche e soggettive manifestazioni.

1. Per una storia della nozione di autonomia cfr. Schneewind (1998).

4.2

Autonomie “condizionate”. L’ombra lunga di Kant

Se questo richiamo a Kant non può non essere l’*incipit* di una riflessione sull’autonomia, è pur vero che tra la fine dell’Ottocento e i primi decenni del Novecento la fondazione metafisica della morale non rappresentò più la cultura filosofica dominante. Accanto all’utilitarismo, a rimanere possibili furono solo opzioni teorico-morali deboli, relativistiche, quando non addirittura nichilistiche².

Questo rimase il tono di fondo, il basso continuo per decenni, sino a quando le oscure violazioni degli esseri umani, il compiersi di atti e progetti di distruzione efferati oltre ogni immaginazione, persino impensabili, portarono alla creazione di un’inedita fattispecie giuridica, quella dei crimini contro l’umanità, e imposero al contempo, sul terreno non solo giuridico e giudiziario, un ripensamento profondo, radicale, del punto di vista morale. Si avviò una riflessione globale che giudicò istanze morali valide sino a quel momento superate, fallaci, inaffidabili. Si pervenne così a nuove prassi argomentative, che pur muovendo dal preliminare gesto di rinuncia a principi fondativi metafisici – anche se qui l’eccezione costituita dalla nuova etica della responsabilità, elaborata da Hans Jonas nel suo fondamentale *Prinzip Verantwortung*, è talmente significativa da non poter essere taciuta –, intendono assicurare all’umanità una nuova opportunità al discorso morale.

Si recupera la sfera della morale, la si colloca su un terreno postmetafisico, ci si affranca da un nichilismo che sino a quel momento si presentava come la seconda opzione di un’alternativa che non lasciava intravedere una terza possibilità.

La centralità dell’autonomia degli individui trova nuovo vigore teorico, ricompare come principio chiave della corrente filosofico-morale del nuovo universalismo. Il prezzo che viene pagato per questa riabilitazione è quello della certezza metafisica, sostituita dalla provvisoria e interminabile validità argomentativa. L’universalismo kantiano, per poter ancora in qualche modo sopravvivere, accetta la veste meno (o forse più) ambiziosa dell’universalizzabilità argomentativa. Il concetto di autonomia «paga la sua radicalità con un incorporeo *status* della libera volontà nel “regno dei fini” svincolato dal mondo» (Habermas, 2011, trad. it. p. 21). Proprio

2. Per un quadro d’insieme dello scenario nichilistico novecentesco cfr. MacIntyre (1981).

questa “incorporeità”, questo basico trovarsi “svincolato dal mondo” è ciò che risulta ora irricevibile.

La sfida diventa quella della giustificazione di un’ autonomia situata, empirica, storica, ma, ciononostante, capace di proporsi come istanza regolativa, come principio morale fondamentale.

4.3

Autonomia come libera scelta dell’ individuo in società

Su questo sfondo si comprende la fortuna novecentesca del gesto teorico di John Stuart Mill (in verità prima di lui già di Wilhelm von Humboldt), ovvero quel suo dislocarsi su un piano tutto fenomenico e contingente; una mossa debole per il cognitivista, ma in realtà forte proprio in virtù della sua leggerezza.

Da questa angolatura, preliminarmente si prende a sostenere che autonomia voglia dire capacità di dare inizio a un’ azione, di dare inizio a qualcosa di nuovo; definizione questa che risuona in modo ricorrente in molti scritti arendtiani. Il principio di autonomia implica il primato soggettivo e la corrispondente tolleranza nelle scelte etiche e di valore. Il giudizio che un individuo esprime sulla propria vita e sul senso di viverla è, sulla scorta del principio di autonomia, un giudizio che spetta all’ individuo che quella vita conduce o è costretto a condurre, suo è, sotto questo profilo, il primato e ciò deve poter valere per tutti e ciascuno in un clima di tolleranza non superficiale.

Se parlare di autonomia in un contesto normativo è indizio in prima battuta del disporsi nello stato d’ animo appena descritto, ovvero quello della disponibilità al riconoscimento di un primato del punto di vista del soggetto coinvolto nella azione e situazione, si rende necessaria una specificazione del significato del termine, poiché nella storia, e oggi in particolare, a esso vengono attribuite accezioni differenti.

Autonomia è *prima facie* libera scelta tra una molteplicità di opzioni disponibili sul piano astratto e generale, ma anche capacità morale; è indipendenza nella scelta del proprio progetto di vita, ma anche indipendenza sostenuta dall’ insieme delle condizioni di possibilità per il suo concretizzarsi (cfr. Christman, 2004, p. 156). Significa capacità critica, ma anche dignità come rispetto di sé e fiducia nel riconoscimento dell’ altro.

Come è evidente, queste definizioni sono tra loro diverse, persino distanti, e tale molteplicità si ripercuote anche sulle loro conseguenze

applicative; è pertanto indispensabile ridelineare una sfera dell'autonomia che, più adeguata, riesca a dare conto della complessità. Con questa ambizione tenteremo di costruire una tipologia delle forme dell'autonomia essenziale e sintetica, cominciando dalla definizione che maggiormente si avvicina a quella di senso comune e che, quindi, presenta il vantaggio dell'intuitività: autonomia come libera scelta.

Intendere l'autonomia come libera scelta significa richiamarsi alla definizione di Hume secondo la quale autonomia è la determinazione della volontà nel dare corso a un'azione, e la volontà non è «niente altro che *quella impressione interna che noi avvertiamo e di cui diveniamo consapevoli*» (Hume, 1739-40, trad. it. p. 419). Si tratta di una definizione minimalista che troverà in autori come Humboldt e Mill uno sviluppo decisivo. Alla libertà di scelta essi legano essenzialmente la richiesta della sua possibilità sociale, avviando una lotta teorica e politica nei confronti di ogni forma di oppressione che possa rendere la libertà di scelta libera solo in apparenza.

La libertà di scelta si stringe, in questa accezione più ampia di autonomia, alla ricchezza e alla pluralità del contesto d'azione. Nel saggio *On Liberty*, Mill scrive:

Vi è una sfera di azione nella quale la società, in quanto distinta dall'individuo, ha soltanto un interesse indiretto, se mai ne ha alcuno. [...] Essa comprende, innanzitutto, la sfera interiore della coscienza, ed esige la libertà di coscienza nel senso più ampio [...]. La libertà di esprimere e rendere pubbliche le proprie opinioni può sembrare dipendere da un altro principio, giacché appartiene a quella parte del comportamento dell'individuo che riguarda gli altri; ma essendo quasi altrettanto importante della libertà di pensiero stessa, e fondandosi in gran parte sulle stesse ragioni, è praticamente inseparabile da essa. Secondariamente, questo principio richiede la libertà di seguire i propri gusti e le proprie inclinazioni, ovvero di programmare la nostra vita in conformità al nostro carattere (Mill, 1859, trad. it. pp. 35-6).

In sintesi, per Mill l'autonomia è la libertà di «perseguire il proprio bene a proprio modo, fino a che non cerchiamo di privare gli altri della loro o di ostacolare i loro sforzi per ottenerla» (*ibid.*).

Definire in questi termini il concetto di autonomia significa gettare uno sguardo concreto sulla situazione nella quale l'individuo si trova ad agire, e riconoscergli, da un lato, il diritto alla massima libertà possibile di scelta compatibilmente con quella altrui, ovvero con il limite del danno (*harm*) arrecabile agli altri; dall'altro lato, il diritto alla massima molteplicità possibile delle circostanze. Riprendendo le posizioni humboldtiane, Mill lega strettamente autonomia individuale e pluralismo

sociale e morale: la libera scelta è tale solo se la sfera d'azione la rende sensata (presentando una molteplicità di alternative) e praticabile.

In questa linea interpretativa, la volontà di difendere la libertà di autodeterminazione degli individui, e di giudicare costitutiva la dimensione collettiva della loro esistenza, può diventare teoria ripensando il carattere sociale dell'uomo e attribuendo il giusto valore ai rapporti intersoggettivi per la formazione e il rispetto dell'identità personale. La valorizzazione del bene comune si accompagna a quella dell'individuo, l'autonomia «ha valore intrinseco indipendente da una visione completa della ragione pratica», perché «l'autonomia è uno degli elementi del benessere» (Buss, Westlund, 2018, trad. mia).

4.4

Autonomia come integrità progettuale

Giunti a questo sviluppo dell'idea di autonomia sotto il segno della crescente esposizione alla concretezza, il concetto più promettente di autonomia non ha valenza trascendentale, ma ugualmente non la riduce al mero esercizio della volontà di una persona non ostacolata da interferenze esterne³. L'idea di autonomia "ricca" a cui ci riferiamo è stata elaborata in particolare da Ronald Dworkin, per il quale l'autonomia non si limita alla capacità di prendere decisioni con riflessività e indipendenza di pensiero (cfr. Schneewind, 2012, p. 160). Essa incarna, in un crescendo di ambizione e complessità, il controllo e la sovranità sulla propria vita nel suo insieme, nel suo stile, nella sua identità.

Quello di autonomia non è un concetto rassicurante, ma è un concetto forte che sembra voler interpretare le istanze kantiane collocandosi a metà strada tra le pretese di Kant e quelle di Mill. L'autonomia di Dworkin non è solo scelta libera, ma anche scelta che si immagina coerente rispetto a un generale progetto di vita. È un'autonomia *principled*: «L'autonomia *principled* è più ambiziosa dell'autonomia individuale» (O'Neill, 2002, p. 85, trad. mia)⁴. In *Life's Dominion*, Dworkin (1993, trad. it. p. 279)

3. Prossimi a questa declinazione minimale o sottile del concetto sono Dworkin (1988, p. 20) e Nagel (1986, trad. it. pp. 140 ss.). A evidenziare il tratto angusto e la distanza da Kant di concezioni dell'autonomia come mera libertà di scegliere senza ingerenze esterne è, tra gli altri, O'Neill (2002, pp. 73-95).

4. A offrire un'interessante tipologia delle principali concezioni contemporanee dell'autonomia è Hill (2012).

sostiene che anche «le persone le cui vite non sembrano seguire un progetto [sono] nondimeno guidate spesso da un senso generale dello stile di vita che considerano appropriato, del genere di scelte che percepiscono non meramente come buone in certe occasioni, ma conformi al loro carattere generale». Si tratta di qualcosa di più che libertà rispetto a opzioni possibili, qualcosa di meno dell'autonomia trascendentale.

È il concetto di autonomia come integrità. L'autonomia e il suo rispetto consentono di realizzare e tutelare l'integrità della persona, l'autocreazione di un progetto di vita personale. La capacità di coerenza e la responsabilità rispetto a tale piano di vita sono indissolubilmente connessi all'autonomia in questa accezione, che pensa alla vita del soggetto nella sua unità, non alla sua mera condizione presente.

Lo sfondo di riferimento è quello che guarda alla sfera interiore e intima del soggetto. Per Dworkin, "autonomia" non significa semplicemente libertà di scegliere; bensì consapevolezza del valore intrinseco di una vita che è sempre immediatamente anche *una, la* propria unica biografia sulla quale siamo sovrani: in questa rintracciamo la nostra integrità. Essere autonomi vuol dire «essere responsabili di dar forma alla propria vita secondo la propria coerente o incoerente, ma comunque peculiare, personalità» (ivi, p. 309).

La concezione dell'autonomia basata sull'integrità non assume che persone capaci di intendere e di volere abbiano valori coerenti o facciano sempre scelte coerenti, o che conducano sempre vite strutturate e riflessive. Essa riconosce che le persone fanno spesso scelte che riflettono debolezza, indecisione, capriccio o evidente irrazionalità [...]. Ogni convincente teoria dell'autonomia basata sull'integrità deve distinguere tra il fine generale o il valore dell'autonomia e le sue conseguenze per una persona particolare in un momento particolare. L'autonomia incoraggia e protegge la capacità generale delle persone di condurre la propria vita in accordo con il senso distintivo del loro carattere, il senso di ciò che è importante secondo loro e per loro (*ibid.*)⁵.

4.5

Autonomia come integrità progettuale relazionale

Il femminismo contemporaneo, nato per scollamento e distinzione dal femminismo classico di matrice democratica universalista, presenta una

5. Cfr. anche Korsgaard (1996a; 1996b).

compagine assai variegata, pur esibendo momenti d'intersezione tra le diverse correnti, in particolare tra quella incentrata sulla cura e quella incline a focalizzare la propria attenzione polemica sulle dinamiche del potere (cfr. Dodds, 2000, trad. it. p. 39; Tong, 2018, pp. 51 ss.). In questo panorama ci paiono interessanti soprattutto quelle interpretazioni delle istanze femministe che muovono dall'elaborazione del concetto di autonomia come libera scelta appena tratteggiato e pervengono a una sua nozione relazionale. In questa prospettiva, tra i contributi provenienti dalla costellazione delle pensatrici femministe merita attenzione Sarah Lucia Hoagland, la quale, alla fine degli anni Ottanta, giunge a parlare di autonomia come «autocoinonia» (*autokoenoeny*) (Hoagland, 1989, p. 12, trad. mia)⁶, come «sé in comunità» (*self in community*) (*ibid.*, trad. mia).

«Il sé in comunità coinvolge ciascuno di noi nelle scelte; coinvolge ciascuno di noi nell'averne un senso di autocoscienza di noi stessi in quanto agenti morali in una comunità di altri agenti morali autocoscienti» (ivi, p. 145, trad. mia). Come evidenzia sin dalle pagine iniziali del suo libro *Lesbian Ethics*, la studiosa americana immagina una condizione esistenziale di comunanza originaria, ovvero «un sé che è al tempo stesso separato e in relazione, un sé che non è né autonomo né isolato: un sé in comunità, uno tra molti» (ivi, p. 12, trad. mia)⁷. Il termine discende dal composto *autós* più *koinonía* per indicare un'idea alternativa a quella dell'autonomia in senso tradizionale, l'idea cioè che ogni individuo sia completamente separabile dall'altro. Il concetto di autocoinonia esprime l'inestricabile relazione con altri, l'essere “in relazione” per costituzione, ontologicamente. In questa prospettiva, la relazione conferisce una qualità connaturata ben diversa da quella suggerita dall'idea d'intersoggettività, che individua il legame tra due soggetti la cui costituzione è irriducibilmente definita dalla singolarità. Il soggetto è sempre già sociale, l'autonomia, per potersi dare, è già immediatamente plurale. “Autonomia relazionale” non vuol dire, dunque, come altri hanno poi sostenuto, pensare l'autonomia di soggetti inclini a entrare tra loro in rapporto. Vi è distanza – ed è questa radicalità che rende la tesi di Hoagland di grande interesse – dalla posizione di coloro che affermano che «“autonomia relazionale” è

6. Spesso si incontra il termine *autokoenoeny* riferito al neologismo di Hoagland, ma si tratta di un errore diffuso da Rosemarie Tong. Per un approfondimento della costellazione delle teorie femministe impegnate nella critica e, in alcuni casi, nella ridefinizione dell'idea di autonomia cfr. Nyrövaara (2011); Mackenzie, Stoljar (2000); Snow (1996); Tong (2018).

7. In questa prospettiva si pone anche Castoriadis (1988, trad. it. p. 162).

il nome dato a una concezione alternativa di ciò che significa essere un soggetto agente libero, indipendente, anche socialmente strutturato e tale da definire possibilmente i propri vincoli valoriali fondamentali in termini di relazioni interpersonali e di mutue interdipendenze» (Christman, 2004, p. 143, trad. mia). Come anche vi è distanza da quella di coloro che immaginano la relazione come interazione esterna tra soggetti che altrimenti sarebbero in una condizione di isolamento reciproco (cfr. Nedelsky, 1989, p. 12)⁸. In questo senso, dalla prospettiva femminista considerata – lontana da quella *à la* MacKinnon che nega e demonizza l'idea di autonomia – si può sostenere che questo tipo di approccio pone in discussione dalle fondamenta non solo il concetto di individuo astratto e isolato, ma anche, e non secondariamente, la relazione tra individui.

Sempre nel panorama femminista, di rilievo è pure la posizione della bioeticista Hilde Lindemann Nelson (1995). Con un primo gesto ricostruttivo, Lindemann Nelson, accogliendo l'analisi foucaultiana e facendola interagire con il principio di autonomia, afferma che l'«illusione di un agente libero e autonomo [...] nasconde il potere coercitivo delle tecnologie [...]». In tal modo, la persona che sceglie di Kant è il sé normalizzato e tecnologicamente costruito di Foucault. I due concetti si completano a vicenda: diametralmente opposti, ognuno è necessario all'altro» (ivi, trad. it. pp. 120-1). Questo modello, per la femminista, va superato al fine di ottenere un «concetto di sé in dialogo con gli altri» (ivi, p. 123), per «passare da una concezione individualistica dominante dell'autonomia a una prospettiva relazionale» (Donchin, 2005, p. 100). In queste posizioni teoriche, volte *prima facie* a sottrarre legittimità all'autonomia come principio morale e politico-sociale, ci pare dunque di intravedere anche una sollecitazione a ripensare l'idea classica di autonomia, problematizzarne la condizionatezza, evitare di ricadere nel suo semplicistico rigetto.

Il tratto decisivo di questo genere di letture è rappresentato per noi dallo spostamento del terreno del discorso. Parlare di autonomia individuale e di relazione tra individui diventa improprio, la stessa idea di “intersoggettività” risulta non radicale a sufficienza. La dimensione relazionale dell'esistenza è connaturata, inerisce alla condizione umana come tale. L'autonomia di un soggetto, per essere compresa nella sua natura e nel suo ruolo morale fondamentale, ha bisogno di essere detrascendentalizzata, colta su un terreno fenomenico e qui compresa grazie

8. In questa linea interpretativa, a mio giudizio di insufficiente radicalità, cfr. anche Christman (2004) e Oshana (1998).

alla valorizzazione, concettuale, della presenza dell'altro, grazie a uno sguardo che nel dire autonomia riconosce immediatamente di pensare più che l'autonomia, *le autonomie*.

Con Jürgen Habermas il concetto di autonomia relazionale si rafforza. Autonomia, per il filosofo tedesco, vuol dire quanto sostenuto in chiave anti-individualistica anche da Ronald Dworkin (1993), ma – in sintonia con le pensatrici femministe ora nominate – significa anche assumere come essenziale e definitorio il dato dell'essere autonomi *con gli altri*. Alla base di questa concezione dell'autonomia vi è la tesi secondo la quale l'autonomia individuale dell'uno è essenzialmente legata all'autonomia individuale di ogni altro, a dispetto di ogni sguardo meramente soggettivo dell'autonomia; non è possibile scindere o isolare l'autonomia pubblica dall'autonomia privata (Habermas, 1992, trad. it. p. 147). Abbandonato il paradigma del soggetto, Habermas approda a quello dell'intersoggettività secondo il quale la comunicazione viene svolta in base a regole liberamente accettate dai partecipanti ed è animata dalla disponibilità a un'intesa reciproca. La conseguenza di tale mutamento è la possibilità di un vivere sociale democratico in senso pieno, perché la ragione comunicativa agisce anche sui presupposti, cioè si situa a livello dei fondamenti ed è il criterio operativo per la loro definizione (cfr. *ivi*, pp. 11, 13). E tutto questo si riflette e in realtà presuppone un'idea di autonomia relazionale. «L'idea di autolegislazione dei cittadini non dev'essere dunque ricondotta all'autolegislazione *morale* di persone *singole*» (*ivi*, p. 147).

La posizione habermasiana sull'autonomia muove da una critica della concezione kantiana rispetto alla quale opera un duplice cambiamento di fondo: conferma l'annullamento già incontrato in Humboldt, Mill e Dworkin della sua valenza trascendentale e al tempo stesso le associa una dimensione intersoggettiva, affiancandosi in questo alla prospettiva femminista prima incontrata.

Entrambi i contributi del riesame di Habermas sono preziosi; autonomia significa a questo punto integrità in relazione: integrità di soggetti che vivono in un tessuto relazionale costitutivo.

4.6

Autonomia come integrità progettuale relazionale verticale

L'approdo al quale siamo arrivati ci appare tuttavia provvisorio, ancora lacunoso. A mancare è un passaggio teorico che ponga il concetto di

autonomia sotto una lente di osservazione temporale, non in senso storico-sociale, bensì biografico-individuale.

Proveremo così a motivare la valenza essenziale di questo momento, al fine di approssimarci a una nozione di autonomia sempre più precisa.

Sin qui abbiamo definito l'autonomia come capacità di creatività originaria di un soggetto visto non nella sua singolarità irrelata, ma nella sua soggettività condizionata dalla diversità culturale, dal genere e dalla comunicazione sociale. L'autonomia di una persona riflette la sua responsabilità rispetto alla propria vita in senso progettuale e richiede immediatamente, co-originariamente, un posto nella trama delle relazioni sociali, ha bisogno cioè di un contesto plurale, aperto e comunicativo per potersi esprimere. Il contesto condiziona, ma al tempo stesso consente riconoscimento, e il riconoscimento della personalità di fronte all'altro è parte integrante dell'autonomia.

Che cosa manca ancora però a tale concetto perché possa esibire la propria credibilità e la propria plausibilità?

A entrare in scena sono quel peculiare riconoscimento e quell'esclusivo profilo relazionale che si devono dare nel tempo, evolversi con il tempo, a partire dalla primissima infanzia, persino (o almeno) dalla nascita, e poi svilupparsi in assenza di violenza e di oppressione, in armonia con i passaggi e i bisogni dell'evoluzione di ogni soggettività in formazione. La tesi che sosterremo afferma che per dire autonomia occorre dire integrità, relazione, assenza di violenza rispetto alla personalità individuale. Ed evidenzia come questo debba poter valer in una dimensione orizzontale, sincronica, presente – quella considerata sino a qui –, ma anche *in una dimensione diacronica*, che chiami a raccolta l'intera storia di vita di una persona, in modo enfatico la storia della sua relazione con il materno (soprattutto e il più delle volte con la madre, in altri casi con chi ne incarna il ruolo), con quell'insieme di valori, di legami, di gesti di cura, di disposizioni intra e interspico-logiche che la coinvolgono sin dal primo istante di vita⁹.

L'anima antipaternalistica dell'idea di autonomia reclama l'indispensabile *antipaternalismo nella relazione con il bambino*. E ciò in modo tanto più urgente quanto più si riconoscerà la natura esiziale delle conseguenze della sua negazione sull'esistenza di ogni persona, una negazione per di

9. Interessanti le trattazioni del concetto di autonomia in relazione alle varie fasi di sviluppo nella vita di un individuo proposte da Adams (2008) e Feinberg (1980).

più sin troppo agevole e incontrastata a fronte della radicale e massima vulnerabilità del bambino.

La dignità rinvia alla soggettività autonoma, ma la condizione necessaria, non sufficiente, la condizione di possibilità, dell'autonomia di ogni individuo nella sua soggettività rinvia innanzitutto alla sua formazione (psicologica ed emozionale, non razionale o cognitiva), alla *Bildung* come processo di crescita della personalità, con le sue molteplici relazioni di cura, educative e di socializzazione. La tensione verso la piena espressione del carattere personale, sempre individuale e unico, non può non intrecciarsi con una formazione che quasi si presenta come il contrario dell'erudizione, che, sotto il profilo della capacità di autonomia, persino talvolta è peggiore dell'assenza di istruzione (cfr. Mitscherlich, 1973, pp. 25, 27).

Azione e formazione (in questo senso dilatato e svincolato dal riferimento all'istruzione) diventano i due volti costitutivi della dignità dell'uomo (Humboldt, 1904 [1797], trad. it. pp. 178-9): il carattere astratto ed empirico, spirituale e fenomenico che l'idea della soggettività detrascendentalizzata porta con sé, l'unità di mente e corpo, di intenzionalità della volontà e condizionatezza empirica, di indipendenza e socialità, di giudizio ed emozioni. La sinergia concreta, olistica, di questi due momenti definisce l'individualità nella sua specifica concreta manifestazione soggettiva e intersoggettiva. E l'opportunità effettiva che tale sviluppo sia felice e sbocci nella migliore progettualità possibile, in autonomia, risiede nelle mani del processo di formazione che il singolo compie a partire dalla sua infanzia.

A rafforzare questa tesi non sono solo le linee di pensiero filosofiche, in parte qui recuperate; ma anche l'analisi empirica della psicologia dell'età evolutiva, paradigmaticamente rappresentata da Jean Piaget. Tra i suoi numerosi studi e saggi, Piaget ha pubblicato, in prima edizione nel 1932, *Le jugement moral chez l'enfant*. È un libro sull'autonomia e sulla sua formazione, una formazione che anche solo per essere tentata necessita, come condizione stessa di possibilità, di un adeguato sviluppo psicologico nell'infanzia. Come è noto, alcuni degli approdi scientifici più recenti, in particolare le ultime acquisizioni neuropsicologiche e neuroscientifiche, hanno indotto i ricercatori a una parziale revisione degli approdi di Piaget (e nella stessa direzione di quelli di Lawrence Kohlberg¹⁰). Ciononostante, se assumiamo come tesi cruciale del suo

10. Per quanto concerne la teoria di Kohlberg, ci limitiamo a segnalare il capitolo

libro l'idea che la relazione genitoriale della primissima infanzia rappresenti il momento fondamentale nella formazione morale del bambino e nella sua possibilità di divenire un individuo autonomo; se consideriamo che per Piaget il giudizio morale del bambino muta con la sua crescita psicologica, rivelando intuizioni morali in evoluzione; se pure non trascuriamo che per lui una relazione mancata o un rapporto autoritario tra bambino e genitori può compromettere, o comunque rendere ardua, la progressiva conquista dell'autonomia. Se ci atteniamo a questi elementi dell'analisi, allora, la lettura di Piaget pare ancora assai preziosa per la messa a fuoco di ciò che può costituire un ostacolo serio e grave allo sviluppo progressivo delle condizioni di possibilità concrete dell'autonomia di ogni persona.

A confermare questo nostro convincimento sono alcune posizioni attuali della psichiatria e della psicoanalisi incentrate proprio sul primato del materno, come relazione e plesso valoriale, nella formazione del carattere, in particolare nel costituirsi di una personalità capace di autonomia. Lo psichiatra e psicoanalista tedesco Hans-Joachim Maaz lo sostiene in un testo del 2017, dedicato al tratto normopatico delle nostre società, nel quale afferma che «responsabile per l'esperienza di libertà interiore e autonomia del bambino è l'atteggiamento della madre verso il suo bambino: Diventa chi tu sei e vuoi essere!» (Maaz, 2019a, p. 31, trad. mia; ma anche ivi, p. 228). L'universo materno in cui il bambino si trova può essere linfa vitale per la libertà degli individui e per il costituirsi di una società democratica, ed «è per la mancanza di valori materni nella società che la giustizia sociale e il progresso democratico sono a rischio» (ivi, p. 171, trad. mia); inoltre, l'eventuale generarsi di conseguenze patologiche, autodistruttive, antisociali, in generale violente, difficilmente non è accompagnata da una simile originaria carenza¹¹.

La centralità della relazione con l'altro orizzontale e paritaria si affianca adesso a quella *verticale e transgenerazionale*: solo la loro combinazione può definire in modo pieno l'idea di autonomia. Anche sotto il profilo dell'età il soggetto va situato; fattosi empirico, va osservato nella sua concretezza riconducibile alla poliedricità dei suoi tratti identitari: la costituzione

dal titolo assai eloquente *The Young Child as a Philosopher*, e in particolare il paragrafo *The Child as a Moral Philosopher*, in Kohlberg (1987, pp. 21-3).

11. In questa prospettiva si muovevano Alice Miller (1980; 2004) e Katharina Rutschky (1977; 1992, pp. 121, 124), ma in fondo forse già Pierre Janet (2016); più di recente, a ribadirla è sempre Maaz (2019b, pp. 13, 66, 69) in *Der Lilith-Komplex* o Maurizio Orbecchi (2015) in *Biologia dell'anima*.

relazionale, l'appartenenza di genere, la diversità dei caratteri, ma anche e preliminarmente la differenza d'età. Piaget questo non solo lo aveva intuito, ma aveva anche cercato conferme empiriche della validità di questa ipotesi, per giungere alla legittimazione di un'educazione senza autorità, in frontale ed esplicita contrapposizione con la posizione paternalistica e persino autoritaria assunta da Émile Durkheim (1922) in *Éducation et sociologie* (cfr. Piaget, 1932, trad. it. pp. 289 ss., ma anche ivi, p. 82).

Consapevole che si tratti di un ideale al quale si può solo tentare, sperare, di avvicinarsi (ivi, pp. 75, 289, 305), Piaget, come già Leonard Nelson (1922) nei primi anni Venti del Novecento, pensa agli individui autonomi come a «coscienze che s'impongono perché obbediscono da sole a una legge interiore» (Piaget, 1932, trad. it. p. 72) ed entrano in un gioco di cooperazione. La cooperazione è «la fonte della personalità» (ivi, p. 74), corrisponde al rispetto reciproco e consente il passaggio dall'eteronomia delle regole all'autonomia.

Autonomia vuol dire libertà «di creare, ma a condizione di sottomettersi alle norme della reciprocità» (ivi, p. 78). «Il rispetto reciproco ci appare quindi come la condizione necessaria dell'autonomia, sotto il suo duplice aspetto intellettuale e morale» (ivi, p. 84). «Vi è autonomia morale quando la coscienza considera come necessario un ideale indipendente da ogni pressione esteriore» (ivi, p. 160).

Senza un rapporto con altri, non vi è necessità morale: l'individuo in quanto tale conosce solo l'anomia e non l'autonomia. Inversamente, ogni rapporto con altri in cui interviene il rispetto unilaterale porta all'eteronomia. L'autonomia appare così solo con la reciprocità, quando il rispetto reciproco è abbastanza forte perché l'individuo provi dal di dentro il bisogno di trattare gli altri così come vorrebbe essere trattato (*ibid.*).

Ma il momento d'interesse ancora maggiore presente nelle conseguenze che Piaget trae dal suo studio consiste nella ricostruzione del processo di formazione di questo reciproco rispetto sullo sfondo di regole interiorizzate, ovvero nel processo che conduce allo sviluppo dell'autonomia. Essa infatti va compresa non solo in astratto immaginando l'adulto tra pari, ma considerando come l'adulto possa razionalmente essere immaginato come un soggetto autonomo. Perché l'autonomia sia razionalmente possibile occorre che si diano le tappe dello sviluppo psicologico e sociale del bambino, per cui indispensabile diventa chiedersi: «Come arriverà il bambino all'autonomia propriamente detta?» (ivi, p. 159).

Per Piaget, decisivo per la formazione del sentimento morale è il superamento della fase del realismo morale della prima infanzia, ove per realismo morale egli intende «la tendenza del bambino a considerare i doveri e i valori che vi si riferiscono come sussistenti in sé, indipendentemente dalla coscienza e come realtà che si impongono obbligatoriamente, qualunque siano le circostanze in cui l'individuo si viene a trovare» (ivi, p. 87). Generalizzando, nel percorso di sviluppo dell'autonomia e di progressiva affermazione della responsabilità soggettiva (ivi, p. 106), è indispensabile emanciparsi innanzitutto da quella prospettiva morale caratterizzata da un'acritica obbedienza «eteronoma» (ivi, p. 88), alla quale si aggiunge un'attenzione esclusiva per «la lettera e non lo spirito della regola» (*ibid.*) e un'idea oggettiva della responsabilità, ovvero totalmente sganciata dalla variabile dell'intenzionalità, per cui di un danno si sarebbe moralmente responsabili in base alla sua entità indipendentemente dal suo essere intenzionale (*ibid.*). Da oltrepassare poi è la fase della costrizione eteronoma, quella cioè dell'autorità genitoriale nella direzione della sempre maggiore indipendenza nel riconoscimento delle regole alle quali conformarsi nelle condotte d'azione. Tale passaggio è possibile solo con l'esperienza della cooperazione tra bambini che genera il consolidamento graduale «dell'eguaglianza sull'autorità» (ivi, p. 258). «L'autonomia – infatti – è un potere che non si conquista che dall'interno, e non si esercita che nella cooperazione» (ivi, p. 305). «La critica – detto altrimenti in una chiara anticipazione delle posteriori argomentazioni habermasiane – nasce dalla discussione e la discussione è possibile solo fra eguali» (ivi, p. 331). È per questa convinzione che egli può affermare che

il sentimento di giustizia, pur potendo naturalmente venire rinforzato dai precetti e dall'esempio pratico dell'adulto, in buona parte è indipendente da queste influenze e non richiede, per svilupparsi, che il rispetto reciproco e la solidarietà fra bambini. Spesso, – questo il passaggio decisivo – è proprio nonostante, e non già a causa dell'adulto, che le nozioni del giusto e dell'ingiusto si impongono alla coscienza infantile (ivi, p. 161).

Da queste considerazioni appare evidente il nesso inscindibile tra moralità (libertà) e formazione, tra autonomia ed educazione.

Presupposto di questa prospettiva educativa è il vedere nel minore non *quasi* una persona adulta, ma una persona intesa in forma *diversa* da quella adulta e da quella propria dell'anziano; egli è una persona

in forma di bambino. Un punto di vista che Wilhelm von Humboldt aveva colto e che trova conferma nelle ricerche di Piaget, per il quale pure «[t]utto l'adulto è già nel bambino, tutto il bambino è ancora nell'adulto» (ivi, p. 65). E non si tratta di un'affermazione metaforica o di vaga retorica,

la differenza di natura è in questo: vi sono nel bambino degli atteggiamenti e delle credenze che lo sviluppo intellettuale eliminerà nella misura del possibile; ve ne sono altri che acquisteranno sempre di più importanza; e, fra i primi e i secondi, non vi è semplice filiazione, ma antagonismo parziale. I due gruppi di fenomeni si ritrovano nel bambino e nell'adulto, ma gli uni predominano nell'uno, gli altri nell'altro; è una questione di dosaggio, intendendo che ogni differenza di dosaggio è nello stesso tempo una differenza di qualità globale, perché lo spirito è uno (*ibid.*).

«È questione di sfumature e di dosaggio il fatto di stabilire con esattezza le parti del sincronico e del diacronico» (ivi, p. 318). «È quindi arbitraria ogni divisione della realtà psicologica in livelli» (ivi, p. 65). Dell'intreccio unitario occorre avere cura per soddisfare la basica (non esclusiva), necessaria, ma non sufficiente, condizione di possibilità dell'autonomia.

Si tratta della messa a fuoco della vita in momenti diversi, sotto luci diverse. L'immagine dell'uomo è sempre integrale, ma in ogni età il primo piano scelto dall'obiettivo che ce la restituisce si sposta. «In ogni età esiste l'uomo nella sua interezza» (Humboldt, 1904 [1797], trad. it. pp. 178-9). Non vi è alcuna gerarchia, nessun primato, nessuna incompletezza. Sempre un piano che cambia, l'inquadratura che migra, qualcosa che passa sullo sfondo, qualcos'altro che compare sulla scena. Ciò vale per il bambino, ma anche per l'adulto, perché anche nella vita adulta qualcosa scivola dietro le quinte; e vale per la vecchiaia. In ogni età di una persona «brilla solo una scintilla del suo essere, lucente e luminosa; nelle altre è fievole apparenza, ora luce ormai quasi spenta, ora luce solo prossima ad accendersi» (*ibid.*).

Questa attenzione per il bambino, per i suoi bisogni, per la sua peculiare manifestazione dello spirito dell'umanità spiega la ferma – all'epoca rarissima – convinzione antipaternalistica secondo la quale *ogni* violenza, la violenza in ogni sua forma, deve essere bandita dallo scenario educativo (Humboldt, 1903b [1809]). I bambini non devono essere trattati come soggetti autonomi, né come cose o animali. Essi «abbisognano di una cura positiva, nel senso più stretto, per il loro bene fisico e morale, mentre non può bastare la mera conservazione della sicurezza» (Humboldt,

1903a [1792], trad. it. p. 172). Ai bambini non si deve riservare né abbandono né accanimento, ma cura, in quanto esseri capaci di autonomia, persone destinate all'autonomia.

La formazione del singolo deve essere rispettosa della sua umanità, per l'umanità, sotto tutti i profili della sua manifestazione concreta, della sua vita vissuta, della sua storia.

Autonomia vuol dire, in conclusione, riconoscimento delle differenze tra gli individui in società; essa impone una tutela nei confronti delle molteplici forme di paternalismo e persino di tirannia politica, economica e sociale che in comunità possono determinarsi ai danni di singoli e di gruppi in ordine alla loro identità.

Autonomia vuol dire valorizzazione degli investimenti personali in una vita, nella convinzione che

riconoscere gli interessi critici di una persona come distinti dalla promozione di quegli stessi interessi fornisce un'utile interpretazione del principio kantiano secondo cui le persone devono essere trattate come fini e mai solo come mezzi. Questo principio, così inteso, non esige che le persone non vengano mai sfavorite per il bene di altre, ma piuttosto che non siano mai trattate in modo da negare l'importanza peculiare della loro vita,

esige cioè che si tenga ferma la distinzione tra «lo svantaggio e l'umiliazione» (Dworkin, 1993, trad. it. pp. 325-6).

L'autonomia poi consegna questa progettualità soggettivamente «coerente» (ivi, p. 279), questa ricerca del proprio «stile di vita» (*ibid.*), a un tessuto relazionale strutturantesi secondo una prassi comunicativa che conferma e promuove la realizzazione per approssimazione dell'autonomia personale che è sempre anche pubblica. Per dirla ancora una volta con Piaget (1932, trad. it. p. 48), «la democrazia succede alla teocrazia e alla gerontocrazia».

Infine, ma vorremmo dire in principio, autonomia è riconoscimento del basico bisogno esistenziale di un'educazione fondata sul rispetto dell'identità del bambino in quanto bambino (Dagerman, 1983 [1949], trad. it. pp. 50-7), poiché in essa a trovarsi in gioco è di nuovo e in generale l'autonomia nella sua condizionata, possibile, realtà. Ingerire in questo processo, esercitando violenza – quella “nera” delle percosse, delle sevizie, dell'abbandono, della mortificazione, dell'umiliazione, o quella “bianca” della colpevolizzazione, del moralismo, della repressione delle pulsioni e della vitalità (cfr. Chamberlain, 2001, p. 247; Miller, 1980, trad. it. pp. 5 ss., 80 ss.) –, provoca un'alterazione del normale processo di crescita

della capacità di autonomia. Interferire con forza e pressioni comporta la persistenza del conformismo sociale (Piaget, 1932, trad. it. pp. 80, 289, 295), nel quale si rischia di rimanere irretiti, nonché l'alterazione del giudizio morale, del rapporto tra regole, ubbidienza e autorità. Si è parlato a ragione in questo caso di pedagogia *nera*, proprio a sottolineare il tasso di devastante violenza esercitata su bambini che per la loro stessa condizione esistenziale si trovano in balia, nell'assoluta esposizione alla responsabilità totale dell'adulto e del tutto privi – tratto questo esiziale per il recupero del benessere psichico – della capacità di riconoscere la colpa del genitore¹².

Non ci troviamo al cospetto di una forma di determinismo, quasi a dire che un'educazione nel rispetto della fragilità e della creatività spontanea del bambino, senza violenza brutta o moralistica che sia, garantisca il costituirsi di un soggetto adulto capace di autonomia. Si tratta piuttosto di riconoscere a questo modello di relazione verticale e intergenerazionale un ruolo costitutivo in quanto una delle condizioni di possibilità indispensabili perché abbia luogo il processo di formazione dell'autonomia.

Bibliografia

- ADAMS H. (2008), *Justice for Children. Autonomy Development and the State*, SUNY Press, Albany.
- BUSS S., WESTLUND A. (2018), *Personal Autonomy*, in E. N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition).
- CASTORIADIS C. (1988), *Individu, société, rationalité, historie*, in "Esprit", 135, 29, pp. 89-113 (trad. it. *Individuo, società, azionalità, storia*, in Id., *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, a cura di F. Ciaramelli, Dedalo, Bari 1998, pp. 133-64).
- CHAMBERLAIN S. (2001), *Zur frühen Sozialisation in Deutschland zwischen 1934 und 1945*, in "Jahrbuch für Psychohistorische Forschung", 2, pp. 235-48.
- CHRISTMAN J. (2004), *Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves*, in "Philosophical Studies", 117, 1, pp. 143-64.
- DAGERMAN S. (1983 [1949]), *Föräldräbesvär*, in Id., *Samlade skrifter*, vol. X: *Dikter, noveller, prosafragment*, Norstedts, Stockholm (trad. it. *Difficoltà di genitori*, in Id., *Perché i bambini devono ubbidire?*, Iperborea, Milano 2013, pp. 50-7).

12. Insistono su questa incapacità e sul suo ruolo nefasto, in vista di un possibile percorso terapeutico e di cura, Miller (1980; 2004), ma anche Schatzman (1973).

- DODDS S. (2000), *Choice and Control in Feminist Bioethics*, in Mackenzie, Stoljar (2000), pp. 213-35 (trad. it. *Scelta e controllo nella bioetica femminista*, in *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, a cura di C. Faralli, C. Cortesi, Diabasis, Reggio Emilia 2005, pp. 31-66).
- DONCHIN A. (2005), *Prospettive che convergono. Le critiche femministe alla riproduzione assistita*, in C. Faralli, C. Cortesi (a cura di), *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, Diabasis, Reggio Emilia 2005, pp. 69-108.
- DURKHEIM É. (1922), *Éducation et sociologie*, Alcan, Paris (trad. it. *La sociologia e l'educazione*, Newton Compton, Roma 1971).
- DWORKIN G. (1988), *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- DWORKIN R. (1993), *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Knopf, New York (trad. it. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, a cura di S. Maffettone, Edizioni di Comunità, Milano 1994).
- FEINBERG J. (1980), *The Child's Right to an Open Future*, in W. Aiken, H. LaFollette (eds.) (1980), *Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power*, Rowman & Littlefield, Totowa, pp. 124-53.
- HABERMAS J. (1992), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1996).
- ID. (2011), *Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte*, in Id., *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin (trad. it. *Il concetto di dignità umana e l'utopia realistica dei diritti dell'uomo*, in Id., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 3-31).
- HILL T. E. (2012), *Kantian Autonomy and Contemporary Ideas of Autonomy*, in O. Sensen (ed.), *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York, pp. 15-31.
- HOAGLAND S. L. (1989), *Lesbian Ethics. Toward New Values*, Institute of Lesbian Studies, Palo Alto.
- HUMBOLDT W. VON. (1903a [1792]), *Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, in Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Wilhelm von Humboldts Gesammelte Schriften*, vol. I: *Wilhelm von Humboldts Werke I: 1785-1795*, hrsg. von A. Leitzmann, Behr's, Berlin, pp. 97-254 (trad. it. *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, in Id., *Scritti giuridici e politici*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, pp. 41-200).
- ID. (1903b [1809]), *Bericht der Sektion des Kultus und Unterrichts*, in Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Wilhelm von Humboldts Gesammelte Schriften*, vol. X: *Politische Denkschriften I: 1802-1810*, hrsg. von B. Gebhard, Behr's, Berlin, pp. 199-224.
- ID. (1904 [1797]), *Über der Geist der Menschheit*, in Königlich Preussischen

- Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Wilhelm von Humboldts Gesammelte Schriften*, vol. II: *Wilhelm von Humboldts Werke II: 1796-1799*, hrsg. von A. Leitzmann, Behr's, Berlin, pp. 324-34 (trad. it. *Sullo spirito dell'umanità*, in M. Lalatta Costerbosa, *Il bambino come nemico. L'eccezione humboldtiana*, DeriveApprodi, Roma 2019, pp. 171-80).
- HUME D. (1739-40), *A Treatise of Human Nature*, Noon, London (trad. it. *Trattato sulla natura umana*, in Id., *Opere filosofiche*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 1999, 5^a ed.).
- JANET P. (2016), *Trauma, coscienza e personalità. Scritti clinici*, a cura di F. Ortu, G. Craparo, Cortina, Milano.
- KANT I. (1785), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hartknoch, Riga (trad. it. *La fondazione della metafisica dei costumi*, a cura di A. M. Marietti, Rizzoli, Milano 1995).
- KOHLBERG L. (1987), *Child Psychology and Childhood Education. A Cognitive-Developmental View*, Longman, New York.
- KORSGAARD C. (1996a), *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (1996b), *The Sources of Normativity*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- LINDEMANN NELSON H. (1995), *Dethroning Choices. Analogy, Personhood, and the New Reproductive Technologies*, in "Journal of Law, Medicine & Ethics", 23, 2, pp. 129-35 (trad. it. *Smitizzare la scelta. Analogia, persona e nuove tecnologie riproduttive*, in *Nuove maternità. Riflessioni bioetiche al femminile*, a cura di C. Faralli, C. Cortesi, Diabasis, Reggio Emilia 2005, pp. 109-27).
- MAAZ H.-J. (2019a), *Das falsche Leben. Ursachen und Folgen unserer normopathischen Gesellschaft*, Beck, München (5^a ed.).
- ID. (2019b), *Der Lilith-Komplex. Die dunklen Seiten der Mütterlichkeit*, dtv, München (13^a ed.).
- MACINTYRE A. (1981), *After Virtue. A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame.
- MACKENZIE C., STOLJAR N. (eds.) (2000), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London (trad. it. *Sulla libertà*, SugarCo, Milano 1990).
- MILLER A. (1980), *Am Anfang war Erziehung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *La persecuzione del bambino. Le radici della violenza*, Bollati Borinighieri, Torino 2003).
- ID. (2004), *Die Revolte des Körpers*, Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *La rivolta del corpo. I danni di un'educazione violenta*, Cortina, Milano 2005).
- MITSCHERLICH A. (1973), *Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft. Ideen zur Sozialpsychologie*, Piper, München (nuova ed.).
- NAGEL T. (1986), *The View from Nowhere*, Oxford University Press, Oxford-New

- York (trad. it. *Uno sguardo da nessun luogo*, a cura di S. Veca, il Saggiatore, Milano 1988).
- NEDELSKY J. (1989), *Reconceiving Autonomy. Sources, Thoughts and Possibilities*, in "Yale Journal of Law and Feminism", 1, 1, pp. 7-36.
- NELSON L. (1922), *Die Reformation der Gesinnung durch Erziehung zum Selbstertrauen*, Verlag der neue Geist-Dr. Peter Reinhold, Leipzig.
- NYRÖVAARA E. (2011), *The Feminist Transformation of Bioethics. An Analysis of Theoretical Perspectives and Practical Applications in Feminist Bioethics* (Dissertation), Faculty of Theology, University of Helsinki, Helsinki.
- O'NEILL O. (2002), *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ORBECCHI M. (2015), *Biologia dell'anima. Teoria dell'evoluzione e psicoterapia*, Bollati Boringhieri, Torino.
- OSHANA M. A. L. (1998), *Personal Autonomy and Society*, in "Journal of Social Philosophy", 29, 1, pp. 81-102.
- PIAGET J. (1932), *Le jugement moral chez l'enfant*, Alcan, Paris (trad. it. *Il giudizio morale nel fanciullo*, a cura di G. Petter, Giunti-Barbera, Firenze 1972).
- RUTSCHKY K. (Hrsg.) (1977), *Schwarze Pädagogik. Quellen zur Naturgeschichte der bürgerlichen Erziehung*, Ullstein, Frankfurt am Main (trad. it. *Pedagogia nera. Fonti storiche dell'educazione civile*, Mimesis, Milano-Udine 2015).
- ID. (1992), *Wozu braucht unsere Gesellschaft Kinder?*, in N. Schröder (Hrsg.), *Kindheit – ein Begriff wird mündig. Miteinander wachsen statt erziehen*, Drachen, Wolfratshausen, pp. 110-24.
- SCHATZMAN M. (1973), *Soul Murder. Persecution in the Family*, Random House, New York (trad. it. *La famiglia che uccide*, Feltrinelli, Milano 1976).
- SCHNEEWIND J. B. (1998), *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (2012), *Autonomy after Kant*, in O. Sensen (ed.), *Kant on Moral Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York, pp. 146-68.
- SNOW N. E. (ed.) (1996), *In the Company of Others. Perspectives on Community, Family, and Culture*, Rowman & Littlefield, Lanham (MD).
- TONG R. P. (2018 [1997]), *Feminist Approaches to Bioethics. Theoretical Reflections and Practical Applications*, Routledge, London-New York.

Il principio del “miglior interesse” nelle questioni di fine vita

di *Beatrice Magni*

5.1

Introduzione

Nella nostra vita sociale – in famiglia, con gli amici, in ambito pubblico – e in quella professionale – con studenti e colleghi – spesso prendiamo decisioni nel miglior interesse di altri, e spesso altri, con le migliori intenzioni, fanno lo stesso con noi, o nel miglior interesse di qualcun altro. In questo saggio vorrei prendere in considerazione questa tendenza ad assumere il controllo dei piani di vita degli altri, limitando la mia analisi ai dilemmi di fine vita: più precisamente, mi interessa capire quando, a quali condizioni e se tale controllo sia possibile, ed eventualmente chi sia il candidato ideale per prendere decisioni “al posto di”.

Il saggio procederà nel seguente ordine: nella prima parte esaminerò due diverse concezioni di *best interest* / “migliore interesse” (d’ora in poi BI), il BI considerato come principio utile a orientare le scelte dei singoli, e il BI inteso come principio normativo e criterio operativo in tutti quei casi in cui si renda necessario un argomento che giustifichi la limitazione di azioni autonome di certi soggetti, in particolare quelli considerati più “vulnerabili”, come per esempio i minori, gli anziani, le persone malate o con disabilità. Nella seconda parte prenderò invece in considerazione gli aspetti più problematici del criterio del BI e cercherò di capire se possa funzionare come standard valutativo – cioè come criterio in grado di orientare la valutazione e le scelte degli individui in contesti di fine vita – e/o come principio prescrittivo, vale a dire come una linea guida utile a indicare alle istituzioni che cosa fare e che cosa non fare delle nostre vite, in alcune particolari circostanze.

Nella terza e ultima parte del saggio evidenzierò gli eventuali meriti e i limiti del BI a partire dall’analisi di due casi, Alfie Evans e Adam Henry. Il caso Evans è un esempio reale, recente, di dilemma bioetico e

conflitto pratico, cioè un conflitto che avviene «quando accade che il diritto esiga un certo comportamento, o neghi una certa opportunità, ma questo appaia immorale, ingiusto, inaccettabile ai suoi destinatari perché in conflitto con le ragioni ultime che giustificano le loro azioni» (Canale, 2017, p. 37). Il caso Henry (McEwan, 2014) è invece un caso di fine vita ideale, fittizio, letterario, in cui è tuttavia sempre presente un conflitto tra ciò che un individuo ritiene di dover fare, e ciò che una norma giuridica (o, in questo caso, un giudice) gli vieta di fare, sulla base di una presunzione di BI. Sono convinta che il confronto tra un caso ideale e un caso non ideale possa aggiungere qualche spunto utile al giudizio sul mio principale oggetto di ricerca.

5.2

Le diverse concezioni di *best interest*

La possibilità di ritardare la morte rappresenta un indiscutibile progresso della medicina. L'evoluzione della scienza ha portato con sé la capacità di prolungare la vita in situazioni che naturalmente non sarebbero sostenibili, in condizioni cliniche estreme e talvolta disperate. Questo rinnovato quadro fattuale suscita nuove domande di tipo etico-filosofico: fino a dove prolungare la vita di un malato terminale? Quali cure rivolgergli? Quando un trattamento può definirsi futile e costituire un accanimento terapeutico? Quali principi possono orientare una decisione, in contesti di fine vita? Di chi è la titolarità della decisione ultima?

Il criterio del BI si presta a molteplici interpretazioni, ma due sono a mio parere le più interessanti, anche perché risultano spesso antitetiche: possiamo considerare il BI come principio teorico generale, utile a orientare le decisioni cliniche e/o giuridiche, e dunque a stabilire quale, tra tutte le diverse opzioni terapeutiche, realizzi il benessere del paziente, e possiamo ritenere il BI un criterio legittimo per gli stessi pazienti – quando adulti e capaci – che vogliano far valere il loro diritto all'autodeterminazione e fondare le scelte terapeutiche su una personale percezione di vita degna. In altre parole, nel primo caso il BI è un criterio di analisi e valutazione “esterno”, che nella realtà viene impiegato sempre più spesso come standard per giustificare criteri più operativi, per esempio, nel caso di controversie giudiziarie (nella maggior parte dei paesi occidentali) tra medici e familiari circa la legittimità o meno dell'interruzione di trattamenti salvavita, laddove nel secondo caso il BI è un criterio di

orientamento e di scelta “interno” al soggetto stesso, cioè uno standard che accredita i due presupposti fondamentali della libertà personale e del principio di autodeterminazione dei soggetti agenti. Partirò dall’analisi di questo secondo caso.

5.2.1. BEST INTEREST E AUTONOMIA

Le questioni bioetiche in generale, e quelle riguardanti il fine vita in particolare, rappresentano uno degli ambiti nel quale la contrapposizione tra posizioni *paternalistiche* e *antipaternalistiche* diventa sempre più interessante. Nella letteratura recente (O’Neill, 2002; Beauchamp, Childress, 2009) l’affermazione del principio di autonomia – inteso in senso classico come libertà dell’individuo dalla volontà altrui (Berlin, 1969; Dworkin, 1988) – ha assunto un ruolo evidente e in certi casi dirimente nella risoluzione di controversie e disaccordi: l’implementazione, dalla fine degli anni Ottanta, dello strumento del consenso informato, per esempio, è stata l’elemento chiave della valorizzazione della libertà del paziente, della centralità della sua volontà nelle scelte di cura e nel giudizio sul proprio BI, e infine del cambio di paradigma a fondamento dell’attività medica, per cui si è passati da un approccio clinico-paternalistico al cosiddetto modello dell’“alleanza terapeutica” tra medico e paziente, alla cui base vi è proprio il tentativo di superare il rischio di decisioni paternalistiche, cioè non autonome. Se prima, infatti, era il medico, in virtù della sua expertise, a essere investito della duplice facoltà di stabilire che cosa fosse nell’interesse del paziente e di prendere tutte le decisioni relative ai trattamenti sanitari, relegando il singolo a mero destinatario della relazione di cura, negli ultimi decenni, al contrario, si è assistito a un cambio di scenario, che ha comportato una maggiore attenzione ai diritti del malato, tra cui quello di autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, dopo essere stato adeguatamente informato e dopo aver espresso il proprio consenso alle cure (Borsellino, 2018). È in questo contesto, dunque, che il criterio del BI ha trovato la sua prima e forse più ovvia applicazione, diventando un criterio di orientamento indispensabile, richiamato dal paziente adulto e capace al fine di far valere il proprio diritto a una forma di “autodeterminazione terapeutica”¹. Il paziente, così, diventerebbe il principale soggetto

1. In merito ad alleanza e autodeterminazione terapeutiche, è sempre Borsellino (2018) a osservare come debba essere in ogni caso il paziente ad avere l’ultima parola rispetto ai trattamenti che riguardano la sua vita e la sua morte, ma anche che la rela-

autorizzato a esprimersi su quale sia il suo BI e, pertanto, il solo a poter decidere quale trattamento sia conforme al suo ideale di vita buona, con un conseguente spostamento di attenzione da elementi esclusivamente clinico-oggettivi a elementi che chiamano in causa la soggettività del paziente, nonché concetti quali quelli di *dignità* e *qualità della vita* (sui quali, per vincoli di spazio, non mi soffermerò). In questo primo caso, dunque, sulla scorta anche di studi recenti (Diekema, 2011), il BI assume la forma di un criterio di orientamento generale che il singolo può far valere per giustificare un «atto di volontà sulla propria vita o sulla propria morte» (Vimercati, 2019, p. 213), un principio paradossalmente non lontano dalla teoria milliana dell'autonomia del soggetto e della sua sovranità pressoché assoluta sulla sfera *self-regarding* (Mill, 1859): dal punto di vista epistemico, infatti, è possibile sostenere che l'argomento su cui Mill fonda la sua idea di soggettività e l'argomento del BI come criterio di autonomia valido per soggetti adulti e capaci seguano la stessa logica, fondandosi entrambi sulla considerazione che l'individuo abbia la miglior conoscenza – o, comunque, migliore in rapporto alla conoscenza altrui – di quello che è il suo “bene”.

Se, in ambito bioetico, l'autonomia esprime il diritto del paziente di decidere dei trattamenti sanitari che lo riguardano, bisogna tuttavia riconoscere che la nozione di autonomia è tutt'altro che univoca. Nel suo senso più generale, il concetto di autonomia deriva dal possesso delle capacità razionali e del libero arbitrio di un individuo, dunque dalla sua libertà². In quanto determina sé stesso, ogni soggetto è libero e quindi autonomo (*ibid.*). La capacità di agire in modo autonomo (di intendere e di volere) può evidentemente avere gradi diversi negli esseri umani. Di conseguenza, l'autonomia come autodeterminazione può essere intesa in senso minimale, vale a dire come quel livello minimo di esercizio delle capacità razionali per cui si può dire che l'individuo agisce liberamente ed è responsabile delle proprie azioni (autonomia come *proprietà di sé*),

zione debba avvenire nel contesto di un rapporto di fiducia tra operatore sanitario e paziente, nel quadro delle cure che sono legalmente ammesse e in un contesto ovviamente ospedaliero con un personale specializzato. Per poter parlare di un reale diritto all'*autodeterminazione* terapeutica, infatti, è necessario che il medico coinvolga il paziente nel processo decisionale e che quest'ultimo acquisisca informazioni adeguate per poter esprimere in maniera consapevole il proprio consenso o il proprio rifiuto agli eventuali trattamenti sanitari.

2. Questa definizione non esclude la possibilità di essere autonomi anche in condizioni di assenza di libertà (Dworkin, 2015).

oppure in senso ideale, come un fine cui tendere, vale a dire come il massimo dispiegamento possibile delle proprie capacità razionali, per cui la persona agisce senza lasciarsi influenzare da condizionamenti esterni, in piena libertà. In relazione alle scelte in ambito bioetico, il problema teorico fondamentale legato all'autonomia come capacità di autodeterminazione dell'individuo è di stabilire quanto tale autonomia sia estesa, sia rispetto alle reali capacità e competenze dei singoli (per esempio in rapporto all'età, alle capacità intellettuali, alla salute psichica ecc.) e dunque alla loro capacità di contrastare i condizionamenti esterni o interni, sia rispetto ai loro doveri morali e giuridici. Se il principio di autonomia così definito – in termini di autodeterminazione, proprietà di sé, indipendenza – si impone come un requisito necessario delle vite dei singoli, dato che nessuna condotta può riguardare i soggetti contro la loro volontà (fatte salve per legge alcune eccezioni), è plausibile sostenere che esso non sia però un requisito sufficiente, poiché in alcuni contesti di scelta tragica (Tincani, 2007) l'autonomia non è il principale concetto giuridico e morale al quale rivolgersi per decidere, appunto, della vita o della morte. Vediamo in quali.

5.2.2. BEST INTEREST ED ETERODETERMINAZIONE

Storicamente, il concetto di BI nasce in reazione a un costume fortemente paternalistico presente nel diritto consuetudinario inglese della fine del XIX secolo, nel quale si evidenziava un'assoluta “regola di preferenza” – in caso, per esempio, di divorzio – tesa a privilegiare la posizione dei soggetti di sesso maschile (Elster, 1987)³: il BI ha iniziato a essere quindi comunemente utilizzato nel diritto di famiglia⁴ per indicare un criterio utile a risolvere dispute e questioni relative al benessere dei figli, incluse le decisioni in merito all'adozione, all'affido e alla custodia

3. In conseguenza di tale *preference rule*, le corti non avevano la possibilità di trasferire alla moglie, per esempio, i diritti legali della custodia dei figli: si rese così necessario individuare un istituto “terzo” cui affidare la tutela del minore, separandola dalla disputa legale in atto.

4. La tradizione prevalente di riferimento è quella anglosassone, e l'istituto in questione – la cosiddetta *parens patriae jurisdiction* – nato inizialmente nel XIII secolo come strumento di protezione dei soggetti incapaci adulti, nel corso dei secoli ha accolto nel suo raggio di azione anche i minori orfani incapaci di tutelarsi. Successivamente, i giudici inglesi compiono un ulteriore passo assumendo l'incarico di *decision-makers* anche nei confronti di minori non orfani, ma i cui genitori non siano nelle condizioni di esprimere una scelta confacente con il *welfare* del minore stesso (Vimercati, 2019).

in caso di divorzio (Diekema, 2011). Secondo questo orientamento, i giudici diventano per legge i delegati (*ab origine* lo erano dal Sovrano) a esercitare l'attività giurisdizionale a beneficio di coloro che non sono nelle condizioni di prendersi cura di sé (i minori, nel caso specifico). L'ordinamento inglese prevede cioè che la miglior decisione, in tali casi, sia quella derivante da un soggetto terzo, indipendente e obiettivo, non sottoposto all'influenza di credenze soggettive né di altri fattori che potrebbero condizionarne le valutazioni⁵. Più di recente, ma nello stesso orizzonte di analisi, Allen Buchanan e Dan Brock (1990) definiscono il BI come uno standard normativo che consente di agire in modo tale da promuovere il massimo bene (*welfare*) dell'"individuo non più capace", mentre Beauchamp e Childress (2009) individuano nel BI lo strumento utilizzato da un decisore *sostituto* per «stabilire la scelta che, tra tutte quelle possibili, produrrà il massimo beneficio, attribuendo diverse misure di grandezza al benessere del paziente in ciascuna scelta, e facendo la tara sottraendo i rischi o i costi connessi» (ivi, p. 228, trad. mia).

Se, dunque, nel (primo) caso di soggetti adulti, informati e consapevoli, la scelta individuale di porre in essere un corso d'azione che sia nel BI del soggetto stesso corrisponde a sottolineare la capacità dell'agire intenzionale e razionale dell'agente autonomo – la sua *agency* –, ci si potrebbe domandare se, in particolari circostanze di vulnerabilità, sia ammissibile o meno che l'obbligo *prima facie* di rispettare l'autonomia dei soggetti possa essere bypassato da un dovere di tipo diverso e concorrente. Se infatti risulta relativamente semplice far valere il criterio del BI nei casi in cui siano gli stessi pazienti a richiamarlo quale espressione del principio di autodeterminazione e libertà personale, soprattutto nelle questioni di fine vita, riconoscendo loro il diritto di decidere sulla propria vita e sulla propria morte, non è altrettanto semplice impiegare questo criterio nei casi in cui si debbano prendere decisioni per pazienti incapaci, qualora questi non abbiano nominato un fiduciario o redatto delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT)⁶. In questa seconda circostanza il rapporto tra BI e autonomia si trasforma in un *trade-off*⁷,

5. Per completezza aggiungo che sempre Vimercati (2009) sottolinea che tale oggettività e indipendenza sono supportate da un altro soggetto che viene affiancato al minore, il *guardian*, la cui figura contribuisce a separare e autonomizzare la posizione giuridica del minore rispetto al suo contesto familiare.

6. Sul tema delle DAT cfr. Borsellino (2018, in particolare cap. 11).

7. Attribuisco in questo caso all'espressione *trade-off* la classica definizione: un trade-off rappresenta una scelta che è necessario operare quando si devono raggiungere

ed emergono molteplici questioni normative problematiche, che possono essere così sintetizzate:

- a. se gli individui non possono sempre essere agenti razionali e autonomi come vorrebbero, chi ha l'autorità di compiere le scelte che gli stessi individui avrebbero compiuto, se fossero stati agenti razionali e autonomi?
- b. Quali criteri alternativi impiegare per scegliere?
- c. Chi può essere indicato come miglior decisore sostituto?
- d. È possibile mantenere un aspetto normativo (cioè utile in circostanze di scelta pratica) del criterio di BI, focalizzandosi nello stesso tempo sulle complesse circostanze e casistiche della sua applicazione?

Benché l'autonomia del soggetto e la libertà personale siano divenuti due concetti centrali attorno ai quali ruotano le questioni che tipicamente emergono in tutti i dibattiti di carattere bioetico, questi non vanno comunque concepiti come espressione di una libertà assoluta. La facoltà per il paziente di autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, nell'accezione di un diritto a decidere che cosa sia nel suo BI, deve essere inquadrata all'interno di quella che precedentemente si è definita come *alleanza terapeutica*. Se facciamo valere la distinzione tra agenti morali – i soggetti titolari dell'obbligo e della responsabilità morale e dotati di autoconsapevolezza e riflessione – e pazienti morali – i soggetti destinatari dell'obbligo e della responsabilità, privi di autoconsapevolezza e capacità riflessiva (Fonnesu, 1998; Magni, 2011), potremmo sostenere che il criterio del BI sarà considerato valido solo in quanto criterio teorico orientativo invocato da un agente morale (il paziente adulto), al fine di legittimare le proprie decisioni rispetto al fine vita, mentre rivelerà notevoli criticità se impiegato per giustificare un intervento dello Stato nella risoluzione di controversie che riguardano pazienti morali (pazienti adulti in stato vegetativo, pazienti minorenni), cioè soggetti che non hanno mai sviluppato, o non possono più far valere, un'effettiva capacità di discernimento (come vedremo in seguito quando concentreremo l'attenzione sui due casi scelti). In queste situazioni, il criterio del BI utilizzato, per esempio, dai giudici quale strumento per giustificare il proprio orientamento e le misure adottate per dirimere casi controversi e disaccordi radicali potrebbe sollevare perplessità significative⁸.

due obiettivi tra loro contrastanti o, in altri termini, è quella situazione che implica la perdita o il guadagno di qualcosa per ottenere in cambio qualcos'altro.

8. Perplessità relative, per esempio, anche al grado di *indeterminatezza* che sembra

Decidere per altri: i limiti del *best interest*

Che cosa accade, allora, nel momento in cui l'autodeterminazione deve cedere il passo all'eterodeterminazione e qualcuno deve necessariamente decidere per altri? Il BI è ancora un criterio adeguato a risolvere i dilemmi morali che riguardano le questioni di fine vita?

Considerare il concetto di BI in circostanze di non-autonomia dei soggetti può suscitare almeno due diversi tipi di interrogativi:

1. ci si può chiedere se esista una base *oggettiva* di riferimento per il BI, a partire dalla quale si possa applicare il criterio di BI, estendendolo anche a casi di soggetti non autonomi;
2. ci si può chiedere se invece non si tratti di una nozione irriducibilmente *soggettiva*, cioè di un criterio corrispondente alle credenze individuali del soggetto in merito al miglior corso d'azione possibile, e basate quindi sui *suoi* valori e sui *suoi* piani di vita, per definizione non universalizzabili.

Se, in contesti di fine vita, il BI fosse una nozione del tutto oggettiva, sarebbe forse possibile trovare un accordo – perlomeno sul piano terapeutico –, una volta definiti il quadro diagnostico e la prognosi. Il punto problematico, tuttavia, sembra essere dato dalla constatazione che, benché una conoscenza delle evidenze fattuali sia senza dubbio necessaria per formulare giudizi sul BI di un individuo, il BI non si limita a essere un mero concetto descrittivo: il BI è un concetto carico di valore, ed è questa la ragione principale delle divergenze che spesso sopravvengono, per esempio, tra medici, o tra medici e pazienti, o anche tra singoli individui. Se anche concordassimo su tutte le evidenze fattuali in un contesto di fine vita, noi potremmo nondimeno *valutare* i diversi esiti o risultati, e le diverse possibilità, in modo differente. Un paziente, per esempio, potrà valutare la morte come un male minore rispetto a una terapia dolorosa o debilitante e in grado di condizionare la sua qualità di vita, laddove invece un medico potrebbe considerare una procedura simile come perseguibile, se non addirittura desiderabile. Al di là dei limiti giuridici positivi che alcuni ordinamenti decidono di frapporre all'estensione del diritto di

caratterizzare il criterio di BI (Elster, 1987). Ricordo che, per Elster, in ogni ambito decisionale esistono quattro requisiti di determinatezza: tutte le opzioni in campo devono essere note; tutti i possibili esiti di ogni opzione devono essere noti; le probabilità associate a ogni esito devono essere conosciute; il valore associato a ogni esito deve essere conosciuto.

autodeterminazione (Vimercati, 2019), talvolta è tuttavia la stessa realtà a far subentrare alcuni ostacoli alla libera scelta del singolo. E questo avviene laddove tali scelte interessino soggetti *ab origine* impossibilitati a formare e/o a esercitare alcuna forma di autodeterminazione. È nell’impatto con questo limite di realtà irriducibile che l’autodeterminazione deve lasciare il passo a scelte eterodeterminate. Ed è in questo passaggio che il riferimento al criterio del BI assume l’aspetto più problematico e interessante. Nel caso di pazienti morali (cioè quando il soggetto che sceglie non è lo stesso che subisce le conseguenze della scelta), ci troviamo di fronte almeno a due problemi distinti: definire chi è il decisore ultimo e stabilire il criterio di scelta e la sua appropriatezza. L’esame dei due casi proposti potrebbe aiutare a risolvere i due problemi, o perlomeno a ridurre il disaccordo che persiste intorno a essi.

5.4

Il *Children Act* (1)⁹: il caso Alfie Evans

Caso Alfie Evans n. 2. [...] Siamo in presenza di un caso disperatamente triste. Triste principalmente, come è naturale che sia, per i genitori di Alfie, che amano il loro piccolo profondamente, e vogliono fare tutto quanto in loro potere per tenerlo in vita. Ma triste anche per coloro che hanno tenuto in vita Alfie così a lungo, i dottori e il personale sanitario che lo hanno in cura all’Alder Hey Hospital. Coloro che, tra noi, devono affrontare questo caso spassionatamente come una questione di diritto, possono sentire il loro dramma [...]. Ma loro, e noi insieme a loro, dobbiamo affrontare i fatti [...] non sussiste speranza di un suo miglioramento. Si tratta di fatti riscontrati in seguito a un attento esame dell’evidenza da parte del giudice. La Corte Suprema non è un tribunale: qui noi diamo udienza soltanto a casi che comportano un discutibile punto di diritto di rilevanza generale e pubblica. Nessuno potrebbe negare che questo sia un caso importante. Ma c’è, in questo caso, un punto di diritto che sia discutibile? (Corte Suprema del Regno Unito, Londra, 20 aprile 2018, trad. mia)¹⁰.

Anche nel caso in cui si dovesse sottoscrivere la linea argomentativa dell’autonomia dei soggetti in contesti dilemmatici di fine vita, che

9. Il *Children Act* è una norma del diritto britannico che dal 1891 (con successive modifiche) definisce e statuisce le funzioni attribuite a enti locali, agenzie governative, tribunali e genitori allo scopo di garantire e promuovere il benessere dei minori.

10. Per il testo della sentenza cfr. <https://www.supremecourt.uk/docs/in-the-matter-of-alfie-evans-court-order.pdf>.

cosa fare quando ci troviamo in una situazione in cui la volontà di una persona è inesprimibile e la sua libertà conseguentemente compromessa? In questo paragrafo mi propongo il solo scopo di illustrare le ragioni in campo – oltre che l'evidenza fattuale – del conflitto che si instaura qualora una scelta personale e di estrema tragicità, come quella di porre fine alla propria vita, impegni altre persone oltre al soggetto principale (in questo caso specifico, perlopiù, ha impegnato tutti *salvo* il soggetto principale), chiamate a svolgere un ruolo attivo nel processo decisionale.

Alfie Evans nasce a Liverpool il 9 maggio 2016. Nel dicembre dello stesso anno viene ricoverato nel reparto di terapia intensiva neonatale dell'Alder Hey Children's Hospital di Liverpool, centro di eccellenza per l'assistenza neonatale, perché affetto da una patologia neurodegenerativa, gravissima, molto rara e di origine sconosciuta (corrispondente a un difetto genetico dovuto alla carenza di enzimi che dovrebbero provvedere all'eliminazione di alcuni metaboliti tossici). Nel gennaio 2018, considerate le condizioni cliniche di incompetenza strutturale e funzionale irreversibile di organi e apparati indispensabili per la vita, i neonatologi dell'ospedale propongono ai genitori di sospendere le cure intensive per passare a quelle palliative. In particolare viene proposto di sospendere la ventilazione meccanica. Questa e altre procedure assistenziali vengono ritenute dolorose e inutili, e non più nel BI del bambino. I genitori si oppongono, portando a sostegno della propria posizione quanto loro prospettato da altre strutture specializzate – tra le quali l'ospedale pediatrico Bambino Gesù di Roma, che proponeva una tracheotomia, finalizzata alla predisposizione dell'alimentazione per via artificiale e la prosecuzione della ventilazione –, e il caso viene portato davanti ai giudici dell'Alta Corte di Londra. I giudici condividono la posizione dei medici di Liverpool (si passa in tre diversi gradi di giudizio) e dichiarano che la sospensione del trattamento intensivo e della ventilazione meccanica sono appropriati e adeguati. Il 28 aprile 2018 Alfie Evans muore, mentre è sottoposto a cure confortevoli.

Nel caso Evans la volontà del paziente non è solo difficilmente acceratabile in via di diritto, ma impossibile, in via di fatto, a causa dell'età e delle condizioni in cui versa, e l'opzione di eterodeterminazione diventa un'imposizione di realtà. Si potrebbe pensare che per comprendere nella sua interezza la decisione dei giudici inglesi sia necessario contestualizzarla nell'ambito delle scelte dell'ordinamento giuridico inglese e della tradizione di *common law* (Vimercati, 2019): tuttavia non sarà necessario inoltrarsi nella comparazione tra diversi sistemi giuridici per sottolineare

a qual punto questo dilemmatico caso ravvivi le tensioni che esistono tra il criterio del BI e l'esercizio dell'autonomia e della libertà personale. Il problema del BI, alla prova di casi concreti, è che può condurre a esiti opposti a seconda della prospettiva da cui si muove per cercare soluzioni: l'implementazione della formula del *best interest test*, come si è visto in precedenza, nel Regno Unito risale agli anni Ottanta del secolo scorso e si sviluppa poi anche in relazione a fattispecie di eutanasia infantile. In linea generale, si tratta di un *legal standard* che permette di stabilire – *in primis* da parte del medico curante e in secondo luogo da parte degli organi giurisdizionali – se sia possibile autorizzare o sospendere un determinato trattamento medico: la terapia viene eseguita solo quando considerata conforme al cosiddetto e presunto “migliore interesse” del paziente. La *ratio* a fondamento di tale criterio si fonda sul duplice assunto che, per un verso, il minore, similmente all'incapace naturale, non è considerato in grado di provvedere a sé stesso e, per un altro verso, non è certo che nemmeno i suoi rappresentanti legali – innanzitutto i genitori – perseguano sempre il suo benessere. Per questa ragione, le corti inglesi avevano ravvisato la necessità di un test grazie al quale fosse riconosciuto a soggetti terzi (*guardians*), investiti di un ruolo di protezione, il potere di individuare “la scelta migliore” per il minore (in questo caso, in materia sanitaria). Come avviene per il concetto di dignità umana, tuttavia, quanto più vi è concordanza sul fatto che il BI rappresenti un elemento centrale per la soluzione di un dilemma etico (e politico), tanto più però aumenta il dissenso rispetto al contenuto che, inevitabilmente, ne influenzerà l'impiego concreto e che porterà ad avere una sorta di “vuoto concettuale” (il problema dell'indeterminatezza sollevato da Elster) proprio lì dove sarebbe più forte l'esigenza di un “pieno” (*ibid.*).

Questo vuoto concettuale è stato infine, nel caso Evans, riempito dagli organi giurisdizionali con una ponderata, drammatica, ma risoluta valutazione sul senso del limite e in termini di male minore, come si intuisce dall'estratto della sentenza della Corte riportata in inizio di paragrafo e dal seguente passaggio ulteriore:

4. In occasione della prima istanza, questa Corte ha sostenuto che il BI di Alfie rappresentava lo standard di riferimento per ogni decisione in merito alla sua sorte. Dopo attento esame delle evidenze, fu deciso che non era nel suo BI adottare trattamenti salvavita, né acconsentire a un trasporto in eliambulanza in una struttura straniera, con il fine di proseguire la vita del minore. La Corte rifiutò poi la richiesta di appello, e la Corte europea dei diritti umani considerò la richiesta dei genitori [richiesta di considerare il caso come lesivo dei diritti

umani, *N.d.A.*] come inammissibile [...] 8. Tutto ciò rese evidente che i diritti parentali non sono diritti assoluti. Il *Children Act* del 1891 è stato aggiornato dalla sezione 1 del *Guardianship of Infants Act* del 1925 – ora sostituito dalla sezione 1 del *Children Act* del 1989 –, ed entrambi chiariscono che, ogni qualvolta una questione di educazione [*upbringing*] di un minore viene portata davanti a una corte, il benessere del minore diventa il criterio fondamentale. Come già argomentato nella prima sentenza in merito a questo caso, i BI del minore sono lo standard di riferimento, la “pietra di paragone”, adottato non solo dal nostro sistema giuridico, ma anche presente nei criteri internazionali che questo paese rispetta. 9. È quindi un chiaro vincolo di legge quello secondo il quale i genitori non hanno il diritto di usare l’atto di *habeas corpus* per acquisire la custodia del loro bambino, se ciò non corrisponde ai suoi BI (Corte Suprema del Regno Unito, Londra, 20 aprile 2018, trad. mia).

Alla luce di un quadro clinico per cui la prosecuzione di ogni trattamento si sarebbe rivelata nella sua *futility*, la Corte Suprema ha rintracciato il limite in quella forma gravosa di accanimento terapeutico, che, per un verso, rappresenta il confine per eccellenza dell’attività medica e, per un altro verso, si pone come soglia per l’idea stessa di autodeterminazione. Nel caso Evans, il BI non sembra dunque essere una mera risorsa procedurale adottabile in sede processuale, ma un aspetto, anzi un’evoluzione dell’applicazione del principio di beneficenza (Beauchamp, Childress, 2009; Birchley, 2016; Bester, 2018): la sentenza finale della Corte Suprema giunge in sostanza a una riformulazione del principio di beneficenza *attraverso* l’utilizzo del criterio di BI, sottraendolo a quella lettura paternalistica in cui rischia costantemente di ricadere, ed evitando così di intendere lo stesso principio in termini puramente consequenzialistici. Il bene del paziente è stato infatti considerato dalla Corte come un bene relazionale, la cui promozione riconosce il carattere imperfetto dell’obbligazione ad agire per il bene altrui, ma anche la dimensione intersoggettiva della vita morale nella quale si realizza l’autonomia di ognuno di noi. Nella ponderazione dell’accanimento terapeutico (il “male” che la Corte ha inteso evitare), si potrebbe temere che la risoluzione del caso Evans rischi di stabilire una pericolosa consequenzialità tra *futility* delle cure e *futility* della vita. In realtà la deliberazione adottata dalla Corte Suprema, e l’utilizzo di un criterio di BI nel caso specifico, si pone il solo obiettivo di garantire che la decisione finale – nell’ambito della sua limitata giurisdizione e di un’incompleta e fallibile informazione – sia la decisione più ragionevole, con l’importante *caveat* – ammesso con coraggio dalla stessa Corte – che potrebbe rivelarsi sbagliata (per esempio, in quanto moralmente offensiva, o inapplicabile nel futuro).

La sentenza della Corte Suprema si rivela ragionevole e appropriata sotto almeno tre punti di vista:

1. perché ha sottolineato la necessità di dover effettuare delle scelte anche in contesti tragici e in presenza di dilemmi *propri* (Tincani, 2007);
2. perché ha proposto il BI come un criterio di scelta alternativo al più classico principio del *danno*;
3. perché non si è sottratta a interrogarsi in merito all’appropriatezza/inappropriatezza di criteri etici, extraclinici, nell’ambito di contesti di cura.

In contesti tragici – come è il caso Evans – quando il sistema normativo adottato impone, di fronte a una situazione concreta, almeno due corsi di azione contraddittori, cioè due soluzioni che non possono essere realizzate contestualmente, siamo in presenza – come sostiene Tincani – di un *dilemma proprio*: in una situazione di questo tipo non esiste un criterio unico e trasversalmente valido per dirimere il dilemma, e l’intero carico della decisione è lasciato alla scelta del decisore. Il caso dilemmatico quindi costituisce un caso in cui anche i sistemi normativi entrano in crisi e incontrano l’impossibilità completa di fornire una risposta *giusta* alle parti coinvolte: se la scelta è dilemmatica, qualsiasi decisione sarà, di per sé, ingiusta. Il caso Evans è un tipico dilemma *proprio*: riguarda una fattispecie che richiede di compiere una scelta che coinvolge due o più dei valori considerati fondamentali dallo stesso sistema morale normativo (nel caso Evans, abbiamo *habeas corpus vs welfare*), e, inoltre, è un caso che non ha soluzioni o, meglio, preso nella sua concretezza, non offre possibilità di soluzione che non sia quella di affidarsi, nel giudizio, a considerazioni di valore esterne alle parti (*ibid.*).

Per un verso, quindi, è difficile confutare l’evidenza che la decisione sia dipesa, nel caso Evans, dalla scelta di valore di chi ha formulato il giudizio (la Corte Suprema e la priorità del criterio di BI come criterio dirimente per la scelta finale); per un altro verso, appare però evidente che la soluzione proposta dalla Corte Suprema si adegua a un modello di diritto non diverso dalla versione “non ideale” cui si richiama Dworkin (1986), secondo il quale il diritto deve porsi sia come un processo di interpretazione, sia – soprattutto – come una pratica sociale e pubblica.

Scegliendo il criterio di BI come standard di giudizio, dunque, la Corte Suprema non si è limitata a seguire una procedura, né a riconoscere l’esistenza di un disaccordo o dilemma, ma ha fatto qualcosa in più: ha *incorporato* il disaccordo radicale tra le diverse parti coinvolte – con un esplicito riconoscimento della fallibilità del suo giudizio – nel pro-

cesso che ha portato alla sentenza finale. Prima di trarre le conclusioni in merito alla sentenza stessa, e soprattutto in merito all'utilizzo del BI da parte dei giudici inglesi nel caso Evans e, per estensione, in casi simili, proviamo a trarre ulteriori spunti di valutazione, osservando da vicino un altro caso.

5.5

Il *Children Act* (2): il caso Adam Henry¹¹

[Giudice F. Maye:] In questo tribunale si applica la legge, non la morale (McEwan, 2014).

Un bravo giudice – sostiene Nussbaum (1995) – non dovrebbe semplicemente applicare regole, ma prima di tutto comprenderle sviluppando la capacità di “riconoscere corrispondenze” attraverso l'esercizio continuo e costante dell'immaginazione letteraria. Per queste ragioni ho ritenuto opportuno esaminare un secondo caso di BI, un caso, appunto, letterario.

In *The Children Act* (McEwan, 2014), Fiona Maye, intelligente, coscienziosa e rispettata giudice dell'Alta Corte di Londra, specializzata in diritto familiare e tutela dei minori, divide la propria vita fra il tribunale, i colleghi e la crisi coniugale con il marito Jack. Il caso di Adam Henry, diciassettenne testimone di Geova che rifiuta la trasfusione di sangue che gli salverebbe la vita ma che la sua religione proibisce, la pone di fronte a un dilemma etico profondo: intervenire in nome della salvaguardia disinteressata di una vita umana o lasciare ad Adam la libertà di morire? Andando contro la sua personale deontologia professionale (e forse anche destabilizzata dalla dolorosa situazione coniugale), Fiona decide di visitare personalmente Adam all'ospedale. L'incontro è disarmante: il giovane, benché estremamente debole, travolge Fiona con la sua vitalità, la sua competenza e la determinazione delle sue credenze. Adam è pronto a morire. Come dovrebbe dunque comportarsi il giudice Maye? Da un lato, c'è la sacralità della vita; dall'altro, l'autonomia personale, il diritto di prendere le proprie decisioni sulle cure mediche. Ma la scelta di Fiona è il logico corollario della sua indefettibile vocazione: «Rendere

11. Ringrazio Corrado Del Bò per avermi suggerito la lettura del romanzo di Ian McEwan.

ragionevoli le situazioni senza speranza», come scrive McEwan (ivi, trad. it. p. 12). La legge a volte richiede rigore più che pragmatismo, il tempo stringe e una decisione deve essere presa. Fiona è in cerca di tracce, prove che possano farle individuare la capacità decisionale del ragazzo, la sua lucidità, le origini di questa decisione, la sua autentica volontà. Non si tratta solo di uno scontro tra legislazione e religione, è anche una battaglia tra vita e morte, tra attività e passività, razionalità e istinto, tra coinvolgimento personale e lucido distacco. La giudice ascolta i testimoni: l'ospedale, l'assistente sociale di Adam (il suo *guardian*), i genitori, i loro avvocati. La sua ricerca della *fairness* è caparbia quanto la necessità di far trionfare la razionalità. Rientrata in tribunale, la giudice Maye è pronta per emettere il suo giudizio che – come afferma – si fonda alla fine su un criterio di *welfare* – o BI –, più che sulla capacità/incapacità del giovane di comprendere le conseguenze del suo rifiuto di accettare le cure:

Ho dato il giusto peso all'età di Adam, ho dato il giusto peso al rispetto nei confronti della fede e alla dignità di un individuo insita nel diritto di rifiutare le cure. Nel mio giudizio, la sua vita è più preziosa della sua dignità. Di conseguenza, ho deciso di respingere [*overrule*] le richieste di Adam e dei suoi genitori (ivi, p. 120).

Adam sarà così sottoposto a un regime di trasfusioni. Ma né Adam né Fiona hanno fatto i conti con il *dopo*. Di lì a breve Adam compie diciotto anni, l'età per poter decidere da sé, secondo la legge britannica. Non è più un minore, ma un libero agente morale, e come tale deciderà – rovesciando letteralmente il giudizio della giudice – di privilegiare il suo diritto di morire con dignità rispetto alla sua stessa vita. E si suiciderà.

Si può osservare come siano perlomeno due i piani narrativi del romanzo di McEwan: c'è un livello narrativo che riguarda la legge, la funzione del diritto e in particolare del diritto di famiglia, e un secondo livello narrativo che ha a che fare più strettamente con il giudice Maye (e il suo matrimonio). Fiona è abituata a prendere decisioni per altri, decisioni scomode che in un modo o nell'altro cambieranno la vita di chi entra nella sua aula. Ma fin dove ci si può spingere nel condurre un'indagine? Dove sta il limite tra sfera privata e sfera professionale, e, soprattutto, fino a che punto la giustizia può interferire con le scelte personali, specialmente in campo sanitario? La giudice Maye ha saputo gestire con competenza e umanità ogni dettaglio del caso Henry: la tensione tra fede e scienza medica, la tensione tra il benessere fisico di Adam e il suo

benessere spirituale, la sua reale capacità di comprendere la situazione in cui si trovava, le istanze delle parti in causa. Nella sua architettura delle scelte, Fiona ha considerato ogni aspetto della questione, tranne ciò che più conta: le legittime e indiscutibili pretese morali di un individuo, la sua singolarità. Adam ha diciassette anni, ma ha anche un carattere, un passato, dei progetti e desideri categorici con cui si identifica (Williams, 1981). La legge e il BI invocato dalla giudice rappresentano il suo tentativo costante di raggiungere un ordine perfetto. Ma l'ordine perfetto non si raggiunge mai, è il messaggio di McEwan: e il prezzo di questo sforzo di perfezionismo può a volte tradursi nella distruzione della capacità di alcuni di scegliere in modo libero¹².

Nel caso Henry, il contesto è caratterizzato dalla presenza di un imperativo morale che impone due scelte, due corsi di azione doverosi, che incontrano l'assoluta impossibilità pratica di essere entrambi realizzati: come scrive McEwan, bisogna scegliere la vita, oppure la dignità di una persona. La giudice Maye sceglie la prima opzione e giustifica la sua decisione avvalendosi del criterio del BI: nel confronto con la giudice, Adam dimostra di essere competente e consapevole, ma – precisa lo scrittore – è ancora molto giovane, e l'ordine delle sue preferenze, benché informate, potrebbe essere limitato dall'esperienza¹³. La giudice, di conseguenza e sulla base di questo assunto, ha riconosciuto nel BI di Adam un limite alla sua autonomia, arrivando a prendere una decisione benevolente nei suoi confronti, decisione contraria al volere del giovane e che si rivelerà, a posteriori, in tutta la sua funesta criticità.

12. «La possibilità di conflitto con le effettive pretese morali degli altri permane e non riguarda solo il risultato finale. Il conflitto con le richieste morali può riguardare anche il modo in cui si è arrivati a quel risultato [...] per la moralità imparziale, qualora emerga un conflitto reale, occorre esigerne il superamento; e chiedere all'agente una cosa simile non è necessariamente ragionevole. Ci sono momenti in cui per un uomo sarebbe del tutto irragionevole rinunciare, in nome del buon ordinamento imparziale del mondo degli agenti morali, a qualcosa che rappresenta una condizione perché egli continui ad avere un qualche interesse a stare in questo mondo» (Williams, 1981, trad. it. p. 10).

13. Secondo Elster (1987), in alcune circostanze è un errore assumere che avere preferenze complete – ovvero sia essere in grado di comparare e ordinare ogni esito possibile in un contesto di scelta – significhi essere razionali. In particolare (come in questo caso), poiché la capacità di avere preferenze ordinate e complete aumenta con l'esperienza e con l'esposizione a una vasta serie di alternative, si presume che un minore, data la breve esperienza "di vita", abbia conseguenti lacune nel suo (non ancora sufficientemente esteso) ordine di preferenze.

5.6

Conclusioni. *Best interest* e vulnerabilità

Uno degli scopi principali di questo saggio era verificare se il BI fosse qualcosa di più di un *umbrella principle* (Kopelman, 2007), ma esaminando la questione più da vicino le cose si sono complicate. Esistono infatti dilemmi, come i casi Evans e Henry dimostrano, che si collocano per così dire nell'area del *pregiuridico*, del *prefilosofico*, e che si intersecano con il diritto e la filosofia, sfidando le categorie interpretative di entrambi. Che cosa ci insegnano allora i due casi presi in esame in merito al BI? Entrambi rendono evidente, in primo luogo, che, ogni volta che affrontiamo un dilemma di fine vita, noi *non* ci troviamo dentro a uno schema di giustizia. Il fine vita non è (quasi mai) una questione di giustizia. La qualità della vita non può essere sempre stabilita dall'esterno ed esclusivamente in termini clinico-oggettivi, ma contiene un ineliminabile elemento di soggettività, che una riflessione sul BI – sul suo potere di attrazione e sulle problematiche che suscita – aiuta a far emergere e con il quale bisogna fare i conti. Perché il BI conta così tanto per noi? Perché ci chiama in causa così tanto? Esaminare da vicino casi concreti di applicazione di questo principio ha aiutato a portare l'attenzione sul fatto che non deve essere la constatazione della “dannosità” o “utilità” del BI la prima o la principale fonte della nostra approvazione o disapprovazione del criterio: non si deve cioè valutare il BI *in conseguenza* della sua utilità/disutilità, ma per il fatto che nella riflessione sul BI – come dimostrano i due casi esaminati – sia sempre implicato un tentativo di discernere l'appropriatezza di una scelta, un'appropriatezza che non può essere ridotta a mere considerazioni di utilità. In altre parole, il BI (e il suo utilizzo, giustificato o discutibile che sia) ci porta a considerare sempre le circostanze e le motivazioni di tutti i soggetti coinvolti (giurie e giudici compresi) e gli specifici effetti di ogni risoluzione adottata sugli individui in quanto individui *particolari*: prendere in considerazione il BI, in contesti di scelte tragiche, significa, dunque, comprendere che in tali contesti non devono essere considerati e valutati semplicemente gli effetti di un'azione, ma anche le circostanze in cui essa è avvenuta, e l'esame delle ragioni che l'hanno motivata.

Proviamo ora a confrontare le sentenze dei due casi presi in esame¹⁴.

14. I due casi sono naturalmente molto diversi in relazione alla persona coinvolta (un neonato affetto da patologia incurabile, un minore capace di intendere e di volere).

Nel caso Evans la Corte Suprema ha in certo senso ridotto il “peso” paternalistico del BI giustificando le sue scelte in termini di “male minore”, in un’ottica fallibilista (riflessa nel ragionevole disaccordo cui ha poi effettivamente dato luogo la sentenza) e proiettando esplicitamente la sua attenzione sulle particolari circostanze e sulle conseguenze future e pratiche di un eventuale proseguimento delle cure salvavita. Qui l’elemento normativo (in senso filosofico, cioè come guida per l’azione) del BI è dato dal fatto che l’uso del criterio è giustificato dal perseguimento di un bene comune (che in questo caso coincide con un *male minore* comune) e non da un qualsivoglia interesse personale.

Anche la giudice Maye, nel caso Henry, si propone lo scopo di risolvere disaccordi in merito a impegni di principio su visioni del mondo e stili di vita incompatibili (testimoni di Geova *vs* versione laica della cura), ma l’elemento perfezionista, decisamente più marcato in questo secondo caso ideale¹⁵ (e sottolineato dall’autore in più passaggi), fa perdere di vista alla giudice la lungimiranza e la responsabilità per le conseguenze di una decisione che, se per un verso tutela un soggetto vulnerabile, per un altro verso lo priva anche di quella capacità di *agency* che non soltanto lo stesso soggetto rivendica, ma che ha anche dimostrato di possedere. Il caso Adam Henry dimostra piuttosto chiaramente che i soggetti vulnerabili non sono, in quanto tali, soggetti privi di competenze in termini di *agency*, né, dunque, inevitabilmente destinati ad accettare misure di paternalismo, fossero queste anche giustificate dalle migliori intenzioni.

Bibliografia

- BEAUCHAMP T, CHILDRESS J. (2009), *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford-New York (6th ed.).
- BERLIN I. (1969), *Two Concepts of Liberty*, in Id., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 118-72.
- BESTER J. C. (2018), *The Harm Principle Cannot Replace the Best Interest Standard. Problems with Using the Harm Principle for Medical Decision Making for Children*, in “The American Journal of Bioethics”, 18, 8, pp. 9-19.

Quello che qui interessa è comparare l’uso del criterio di BI per giustificare scelte eterodeterminate differenti (interruzione dei trattamenti salvavita nel caso Evans, prosecuzione degli stessi nel caso Henry) e le loro conseguenze.

15. Il pensiero etico astratto serve, peraltro, proprio a questo: a definire una cornice di ragionamento che possa fissare criteri utili a guidare le scelte nei casi concreti e a sottoporre a scrutinio critico tali criteri (Del Bò, 2020).

- BIRCHLEY G. (2016), *Harm Is All You Need? Best Interests and Disputes about Parental Decision Making*, in “Journal of Medical Ethics”, 42, 2, pp. 111-5.
- BORSELLINO P. (2018), *Bioetica tra morali e diritto*, Cortina, Milano (nuova ed.).
- BUCHANAN A. E., BROCK D. W. (1990), *Deciding for Others. The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- CANALE D. (2017), *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, Roma-Bari.
- DEL BÒ C. (2020), *L'accesso ai posti letto in terapia intensiva*, in “La rivista il Mulino” (online), 11 maggio.
- DIEKEMA D. S. (2011), *Revisiting the Best Interest Standard. Uses and Abuses*, in “Journal of Clinical Ethics”, 22, 2, pp. 128-33.
- DWORKIN G. (1988), *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (2015), *The Nature of Autonomy*, in “Nordic Journal of Studies in Educational Policy”, 2, pp. 7-14.
- DWORKIN R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- ELSTER J. (1987), *Solomonic Judgements. Against the Best Interest of the Child*, in “The University of Chicago Law Review”, 54, 1, pp. 1-45.
- FONNESU L. (1998), *Dovere*, La Nuova Italia, Firenze.
- KOPELMAN L. M. (2007), *The Best Interest Standard for Incompetent or Incapacitated Persons of All Ages*, in “The Journal of Law, Medicine and Ethics”, 35, 1, pp. 187-96.
- MAGNI S. F. (2011), *Bioetica*, Carocci, Roma.
- MCEWAN I. (2014), *The Children Act*, Jonathan Cape, London (trad. it. *La ballata di Adam Henry*, Einaudi, Torino 2014).
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London.
- NUSSBAUM M. C. (1995), *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston.
- O'NEILL O. (2002), *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- TINCANI P. (2007), *I dilemmi morali e le scelte tragiche*, in P. Ronfani (a cura di), *Non è giusto! Dilemmi morali e senso della giustizia nelle rappresentazioni degli adolescenti*, Donzelli, Roma, pp. 43-59.
- VIMERCATI B. (2019), *Oltre l'autodeterminazione. I confini del diritto nei casi Gard ed Evans*, in “Giurisprudenza Penale Web”, 1-bis, pp. 1-40.
- WILLIAMS B. (1981), *Persons, Character and Morality*, in Id., *Moral Luck*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York, pp. 1-19 (trad. it. *Persone, carattere, moralità*, in *Sorte morale*, il Saggiatore, Milano 1987, pp. 9-31).

Libertà e sorveglianza

Il caso della pandemia da Covid-19

di Roberta Sala e Virginia Sanchini

6.1

Introduzione

Scopo del presente contributo è riflettere sul rapporto tra sorveglianza e diritti durante la pandemia da Covid-19 (*Coronavirus Disease 2019*). Ci si chiede se e quanto le varie forme di controllo sociale e istituzionale siano legittime, costituendo un'intrusione nelle vite private nonché la restrizione di diritti fondamentali, primo tra gli altri il diritto di libertà di movimento e di associazione. Nello specifico, ci riferiamo alle strategie di contenimento adottate in vari paesi, tra cui l'Italia. Si è trattato di misure restrittive varie, che ciascun governo ha adottato in base anche all'opinione di esperti e, non di rado, imposte a cittadini alla fine acquiescenti.

L'idea che sottende il presente lavoro non è originale: forme di "paternalismo debole" – così saranno definiti alcuni provvedimenti coattivi adottati dai governi in situazione di emergenza e incertezza – sono giustificate quando manchino efficaci alternative al fine di proteggere la salute di tutti, in specie quella degli individui più vulnerabili. Si cercherà, tuttavia, di difendere questa tesi alla luce delle considerazioni che si sono articolate nei mesi del *lockdown* – il periodo tra febbraio e maggio 2020, di chiusura di tutte le attività, a eccezione di quelle cosiddette "essenziali", e di sospensione delle libertà di movimento dei singoli – e di una breve analisi delle politiche adottate che ne valuti la giustificabilità teorica e la realizzabilità pratica ai fini del contenimento della pandemia.

Il presente contributo è strutturato come segue: nel paragrafo 6.2 si richiameranno brevemente i diversi significati di paternalismo; nel paragrafo 6.3 si presenteranno i principali quesiti etici sollevati dalla pandemia, specie quanto al rapporto tra libertà individuali e misure di sorveglianza e controllo; nel paragrafo 6.4 saranno descritte le principali misure di contenimento dell'epidemia in Italia, così da inquadrarle come

più o meno paternalistiche. Si sosterrà la loro legittimità, come forme di paternalismo debole, anche se a specifiche condizioni; nel paragrafo 6,5 si trarranno alcune conclusioni.

6.2

Paternalismo: origine, definizioni e tipologie

Il tema del paternalismo è centrale nella riflessione di etica in sanità. Il paternalismo medico o ipocratico indica la prerogativa del medico di prendere decisioni “per il bene del paziente” (Thomasma, Pellegrino, 1988). Paternalistica è la relazione tra medico e paziente, di cui l’uno decide al posto dell’altro in base al primo principio dell’etica medica tradizionale, quello di beneficenza (Beauchamp, Childress, 2019). Giustificazione di un’azione paternalistica è il dovere di procurare il maggior beneficio possibile al paziente, o almeno di non recargli alcun danno, anche nei casi controversi in cui questi non ne fosse consapevole (“paternalismo debole”) o, addirittura, contro il suo volere (“paternalismo forte”). La distinzione appena accennata richiama quella tradizionale anticipata da John Stuart Mill (1859) e ripresa, tra gli altri, da Gerald Dworkin (1988). In estrema sintesi, Mill difende un’idea di libertà in funzione della realizzazione di sé e della società che impone prima di tutto la tutela delle scelte individuali da qualsiasi interferenza ingiustificata, che non sia volta, cioè, a tutelare altri e anche sé stessi da possibili danni dovuti a tali scelte. Il dibattito attuale sul paternalismo ruota attorno al medesimo interrogativo: quale interferenza è lecita e quale no, con quale legittimità l’autorità può fissare limiti alle scelte individuali, sulla base del fatto che alcune di queste scelte interessano anche altri oltre a colui che le compie. Mill presenta, quale esempio, il caso di colui che sta per attraversare un ponte che non sa essere pericolante. Interferire con la scelta di costui è legittimo, onde assicurargli in futuro la libertà di farne altre. La tutela – come in questo caso – dell’inconsapevole rimanda a un paternalismo *soft*; se viceversa si trattasse di una persona consapevole si verificherebbe un caso di paternalismo *hard*. Il paternalismo *weak* corrisponde invece all’interferenza nell’azione di chi agisce usando mezzi sbagliati per un fine che intende perseguire. Ne è esempio l’imposizione di allacciare le cinture di sicurezza se colui che guida l’auto ha a cuore la propria incolumità. Se invece costui preferisse una guida spericolata, allora l’imposizione delle cinture di sicurezza esprimerebbe una forma di paternalismo forte (Dworkin, 2020).

Basti il richiamo a queste distinzioni, sufficienti a discutere del caso delle decisioni dell'autorità (o delle autorità) nel campo della salute dei singoli e della collettività. Nel caso del *lockdown*, si sono visti sulla scena vari attori, portatori ciascuno di vari interessi, di rispettivi doveri e diritti: autorità politica; esperti; cittadini come singoli e come gruppi. Le autorità politiche sono state accusate di paternalismo per aver compromesso la libertà di movimento, pur con qualche eccezione. L'accusa rimanda all'idea che il paternalismo sia ingiustificato, e siano illegittime le restrizioni alla libertà degli individui (un paternalismo considerato forte). Per chi invece ha appoggiato le misure come giustificate paternalistiche (in modo dunque *soft*) ha ritenuto che la "politica" avesse il dovere di sostituirsi ai singoli in quanto inconsapevoli dei rischi di contagio che una libertà non ristretta avrebbe comportato. Inteso invece come *weak*, il paternalismo di tale misure è stato giustificato in base al dovere dell'autorità di rimediare tanto all'ignoranza degli individui quanto ai mezzi per difendersi dal contagio, obiettivo, quest'ultimo, considerato desiderabile da tutti. Per i soggetti disponibili a considerare le politiche restrittive come legittime, ancorché paternalistiche (che siano tali in modo *soft* o *weak*), in gioco c'è un valore superiore alla libertà di movimento, almeno nelle circostanze del Covid-19, cioè la salute se non la vita, per sé e per gli altri, nel presente e in futuro.

Detto questo, va precisato che una netta separazione tra favorevoli e contrari alle restrizioni non è realistica né utile alla comprensione di una situazione complessa, come si mostrerà nel paragrafo seguente relativamente al caso italiano. Prima dell'analisi di questo caso, verranno esposti i principali argomenti sollevati durante il *lockdown*, alcuni dei quali ribadiscono determinati principi, mentre altri tentano di applicarli direttamente al caso che vedremo. Si constaterà quanto siano complesse le decisioni collettive e quanto siano controverse le ragioni in gioco.

6.3

Libertà, diritti, salute, sicurezza: un bilanciamento complesso e difficile

Veniamo ora alle principali ragioni contro e in favore delle politiche di restrizione adottate nel periodo del cosiddetto *lockdown*. Le ragioni contrarie alle restrizioni sono sostenute da coloro che le hanno ritenute intollerabili e illegittime, una vera minaccia per la democrazia. Coloro che

invece si sono detti a favore delle restrizioni, o che le hanno trovate almeno tollerabili, hanno ritenuto che dovessero comunque soddisfare determinate condizioni. In altre parole, le restrizioni possono essere tollerate in certi casi e sulla base di precisi requisiti. La polarizzazione delle opinioni pro e contro non ha permesso di trovare una soluzione efficace al disaccordo, peraltro necessaria per fronteggiare uniti il contagio. L'acceso contrasto tra le opinioni contrarie – acuito dall'uso del web – si spiega se si considerano anche la paura e l'incertezza dilaganti nella popolazione, ma anche tra i politici e persino tra gli esperti, coinvolti a vario titolo nel processo decisionale.

6.3.1. ARGOMENTI CONTRO LE RESTRIZIONI ADOTTATE DURANTE LA PANDEMIA DA COVID-19

Argomento 1. Dallo “stato di emergenza” allo “stato di eccezione”

Partiamo dalle posizioni critiche. In generale, come si diceva, è stata contestata la legittimità delle restrizioni alle libertà, imposte con provvedimenti considerati una violazione dei diritti individuali. Comprimerne libertà fondamentali come quella di movimento o di associazione, nel senso più elementare di aggregazione con altri scelti come partner di qualsivoglia attività, ha rappresentato per i critici un attacco alla Costituzione democratica. Questa critica si è iscritta in quella più generale contro le democrazie contemporanee, supportata dall'idea che i governi democratici abbiano imboccato da tempo una deriva autoritaria, precipitando la politica in uno stato di eccezione o in qualcosa che gli assomiglia.

Per “stato di eccezione” si intende qualunque stato in cui l'autorità politica agisca al di fuori del recinto della Costituzione, sospendendo le leggi che regolano le relazioni tra i cittadini; tali regole hanno lo scopo di uniformare le condotte individuali, in modo che queste ultime rispondano a uno schema di aspettative mutue e stabili nel tempo, cornice fondamentale per la garanzia dei diritti. Chi ha visto nelle direttive anti-Covid la prova di un incombente stato di eccezione accusa il governo democratico di abuso di potere, per il fatto di imporre, tramite decreti, restrizioni alle libertà. L'accusa mossa al governo italiano è di aver agito nella penombra normativa, senza interpellare il Parlamento di fatto esautorato delle sue funzioni. Le decisioni sono state prese per decreto dal presidente del Consiglio dei ministri, senza passare il vaglio delle due Camere. In un tale contesto si è invocato lo “stato di emergenza” per trasformarlo, appunto, in uno “stato di eccezione”, calpestando la Costituzione onde instaurare un potere autocratico (Manzotti, 2020).

Argomento 2. L'uso strumentale della paura contro il dissenso politico

Sulla paura del contagio il governo avrebbe fatto leva per instaurare lo stato di eccezione: così affermano le voci critiche. Giocando sulla paura è stato imposto l'isolamento, è stato vietato l'accesso agli spazi pubblici, alimentando un clima da coprifuoco come in tempo di guerra, quella di tutti contro il virus, ma anche quella degli uni contro gli altri, poiché nessuno è degno di fiducia. La retorica bellica – si è detto ancora – è servita a governare l'emergenza al di fuori della cornice democratica. Il linguaggio bellico e il continuo richiamo alla coesione sociale onde arginare l'avanzata del nemico avrebbero generato l'effetto voluto da un regime quasi dittatoriale di reprimere il dissenso. Ancora – continua l'accusa – il dibattito pubblico non poteva essere svolto correttamente in assenza degli spazi necessari, data la chiusura dei luoghi di discussione e confronto politico. I cittadini sono stati ridotti a spettatori di decisioni prese da "uomini soli" al comando, in un'ottica di "nuovo Leviatano", in cui, per paura, si rinuncia alla politica, si fa della collettività un aggregato di individui separati tra loro, sospinti nel privato, incapaci di reagire responsabilmente alle direttive di un'autorità interessata solo al potere (Moroni, 2020).

Argomento 3. Le tecnologie di sorveglianza

Altro fronte critico è quello di coloro che nutrono forti perplessità nei confronti dell'uso della tecnologia per tracciare gli spostamenti delle persone: vi si vede il pericolo di abusi, di un controllo pervasivo dei comportamenti e delle scelte individuali a garanzia del rispetto delle regole imposte. Oltre al controllo casereccio degli altri passanti, timorosi e guardinghi, come nei primi giorni del *lockdown*, ben più controverso è il controllo mediante l'uso di droni, subito sospeso perché eccessivamente intrusivi nelle vite dei singoli. Di altro tipo ma tuttora controverso è il controllo che si può ottenere mediante l'uso di apposite app da scaricare sul proprio cellulare, utili al tracciamento dei contatti (*contact tracing*). Benché siano state messe a disposizione dei cittadini su base volontaria, queste app sono oggetto di discussione per il rischio che i dati raccolti vengano utilizzati in modo improprio, oltre gli scopi sanitari e oltre il periodo dell'emergenza; ciò implicherebbe effetti negativi sul diritto individuale alla riservatezza laddove prevarrebbe su di esso un presunto diritto collettivo alla sorveglianza. È alta la preoccupazione che si abusi dei dati sensibili raccolti, violando in nome del bene della collettività i

diritti di privacy dei singoli, di cui vengono tracciati *direttamente* i contatti e di cui, *indirettamente*, vengono raccolte informazioni su abitudini e frequentazioni, per ragioni diverse dalla tutela della loro salute e di quella degli altri. Dall'accumulo di questi big data all'abuso che se ne può fare il passo è *breve*: con le informazioni ottenute le autorità potrebbero imporre paternalisticamente stili di vita a detrimento della libertà di ciascuno (Palano, 2020). Il pericolo è la degenerazione di un modello di paternalismo *soft* o *weak* in una qualche imposizione di una morale come superiore alle altre.

Ora, pur non volendo arrivare a un potere che controlla e moralizza la popolazione, i “furti” di dati sono una realtà: quella che è concepita come un'attività di controllo epidemiologico rischia di diventare, se non correttamente applicata con garanzia dell'anonimato, un vero e proprio strumento di controllo di massa (Epifani, 2020). È ciò che già accade nel caso delle piattaforme commerciali che sulla disponibilità dei dati basano il proprio modello di vendita. Citando Zuboff (2019), siamo entrati nell'epoca del “capitalismo di sorveglianza”, in cui il potere delle piattaforme è costruito sulla conoscenza delle preferenze dei privati e, sulla base di questa, sulla capacità di condizionarne le scelte, senza che essi possano sospettare una tale manipolazione.

In riferimento ai rischi di abuso delle tecnologie di tracciamento, critici più moderati hanno parlato di “stato di eccezione debole” (Castellani, 2020) per descrivere il potere politico nell'era della pandemia: i governi hanno finito per assumere su di sé maggiori poteri rispetto a quelli loro conferiti dalla Costituzione, senza che ciò corrispondesse a un intento dichiaratamente autoritario bensì rispondesse al dovere dell'autorità di proteggere la vita dei cittadini ed eventualmente di disporre, pur con mille cautele, delle loro libertà. Il rischio principale di tale stato di eccezione, per quanto debole, è che i poteri di emergenza finiscano per essere meno temporanei del consentito e diventino la norma.

6.3.2. ARGOMENTI IN FAVORE DELLE RESTRIZIONI ADOTTATE DURANTE LA PANDEMIA DA COVID-19

Passiamo ora agli argomenti favorevoli, o almeno tolleranti, delle misure restrittive. Anche in questo caso si parte dall'eccezionalità della situazione: l'idea – che peraltro sottoscriviamo – è che non ci sia stato intento di dichiarare lo “stato di eccezione”, bensì solo un tentativo del governo di rispondere al dovere di decidere in contesto di emergenza, prendendo

decisioni eccezionali ma non incostituzionali. L'urgenza ha spinto ad assumere decisioni eccezionali senza garantire una più ampia deliberazione, pur nel rispetto delle procedure democratiche. Dire questo significa, però, impegnarsi a capire con quale legittimità democratica quelle decisioni sono state prese, capendo cioè che cosa la Costituzione permetta di fare e che cosa, al contrario, rappresenterebbe una violazione dei principi su cui essa si fonda; capendo dunque quali ragioni giustifichino le restrizioni delle libertà senza che esse si configurino come violazioni. Nello specifico, significa anche dare una valutazione delle tecnologie di tracciamento, anche se il rispetto della privacy e i rischi di un possibile abuso paiono scongiurati¹. Procediamo per gradi.

*Argomento 1. L'eccezionalità della situazione in atto
non è "stato di eccezione"*

La Costituzione italiana non prevede lo stato di eccezione. In ogni situazione, anche in quelle di crisi, i principi fondamentali su cui si regge la Repubblica – i diritti e le varie libertà – continuano a valere, cosa che non accadrebbe se fosse prevista l'eccezionalità. Marta Cartabia, presidente della Corte costituzionale, sugli organi di stampa nell'aprile 2020 sosteneva che affermare la validità dei principi costituzionali in ogni circostanza non significa negare la necessità di tenere in dovuto conto le circostanze stesse della loro "applicazione"². I principi possono essere declinati in base al contesto ed è la Costituzione stessa a dire a quali condizioni restrizioni dei diritti possono essere tollerate: occorre che si diano circostanze di necessità, che si rispettino i criteri di proporzionalità, di ragionevolezza, di bilanciamento e di temporaneità. La Carta costituzionale prevede tali circostanze come "qualificanti" la validità dei principi fondamentali, con ciò escludendo qualsiasi stato di eccezione. In breve: non esiste alcun sovrano esterno che decida sullo stato di emergenza,

1. Queste considerazioni saranno riprese nella prossima sezione, in cui si valuteranno le misure adottate.

2. Si veda l'intervista di Giovanni Bianconi a Marta Cartabia pubblicata dal "Corriere della Sera" il 29 aprile 2020: https://www.corriere.it/esteri/20_aprile_29/coronavirus-intervista-marta-cartabia-nella-costituzione-vie-uscire-crisi-c1893622-8982-11ea-8073-abb9eae2ec6_preview.shtml?reason=unauthenticated&cat=1&cid=90WYAQqD&pids=FR&credits=1&origin=https%3A%2F%2Fwww.corriere.it%2Festeri%2F20_aprile_29%2Fcoronavirus-intervista-marta-cartabia-nella-costituzione-vie-uscire-crisi-c1893622-8982-11ea-8073-abb9eae2ec6.shtml.

né alcun potere politico che possa avocare a sé decisioni al di fuori del perimetro costituzionale.

Argomento 2. Primarietà della protezione del diritto alla salute

Da quanto detto segue che le misure restrittive implementate non hanno violato la Costituzione ma, semmai, hanno risposto alle circostanze eccezionali in cui doveva essere garantita la sua applicazione. In gioco c'era la protezione di vari diritti oltre a quelli di libertà, quale quello, pur riconosciuto dalla Costituzione all'art. 32, alla salute concepita come diritto individuale e interesse della collettività. Quanto all'eccezionalità, essa è da descriversi come la circostanza in cui si è trattato di rispondere nell'immediatezza alla diffusione rapida di un virus potenzialmente letale, specie presso individui vulnerabili. Tale risposta non è stata intesa come *permanente*: sono state intraprese azioni tenendo conto della velocità e della dinamica del contagio nonché della coordinazione necessaria per rallentarlo, essendo quest'ultimo l'obiettivo fondamentale (Pellegrino, 2020a). Dunque, le circostanze eccezionali, l'urgenza come fattore di accelerazione delle decisioni e l'incertezza sulle prospettive future, così come quella relativa alle soluzioni disponibili, hanno indotto a optare per alcuni diritti come prioritari rispetto ad altri, pur rilevanti³.

Nelle circostanze dell'urgenza si è optato per la difesa della salute a temporaneo discapito delle libertà. Peraltro, la *temporaneità* del provvedimento restrittivo va sottolineata come rilevante per valutare il grado di accettabilità o meno di tale provvedimento. Si tratta di tollerare un danno (compromissione di alcune libertà considerate prioritarie) in quanto male minore rispetto a un danno maggiore se non irrimediabile, quale è la diminuzione della propria salute conseguente al contagio. Tollerare il male minore sembra così giustificabile. In breve, e un po' grossolanamente, nel confronto "libertà *versus* vita" la prima cede – temporaneamente – il posto alla seconda che si conferma bene prevalente in date condizioni presenza di soggetti specificamente vulnerabili, quindi maggiormente esposti di altri alla pandemia; assenza di terapie efficaci, per cui il peri-

3. Si è trattato di scegliere a quale diritto dare la priorità: la scelta tra diritti può essere tragica, ma può anche essere sostenuta da ragioni, quale quella che motiva la sospensione di alcuni diritti a favore di altri con lo scopo di ristabilire un'eguaglianza nel godimento di quelli fondamentali o, quanto meno, allo scopo di garantire a tutti le condizioni di possibilità per l'esercizio del fondamentale diritto alla vita, o, meglio, del diritto alla sua massima tutela possibile.

colo per la (propria e altrui) vita è reale; scarsità delle risorse necessarie per far adeguatamente fronte all'emergenza sanitaria, per alcuni causata, per altri acuita, dall'assenza di *preparedness* nei confronti di situazioni emergenziali quali quella qui considerata (CNB, 2020)⁴. Sono queste condizioni che sembrano legittimare la considerazione secondo la quale le restrizioni della libertà personale (di movimento, di aggregazione ecc.) non si configurerebbero quali violazioni della stessa. Secondo il ragionamento che viene qui svolto, si sarebbe disposti a tollerare le condizioni di limitazione della libertà personale di cui sopra, se ciò risponde alla necessità, primaria, di tentare di tutelare il diritto alla salute (e, in questo contesto, spesso anche alla vita) di tutti e di ciascuno, specie i più vulnerabili, nonché di proteggere, in secondo luogo, le stesse libertà in capo ad altri, nel presente ma anche in prospettiva futura (Parker *et al.*, 2020). Quel che l'autorità ha cercato di fare è stato allora rafforzare il godimento di certi diritti fondamentali limitandone altri, pur fondamentali, con il fine di garantire a tutti e a ciascuno le stesse condizioni per la maggiore fruizione nell'immediato e nel futuro di diversi beni fondamentali, tra i quali la libertà stessa (Savulescu, Persson, Wilkinson, 2020)⁵.

Argomento 3. Il tema dell'incertezza

Un altro fattore importante riguarda la questione dell'incertezza. L'incertezza non è solo frutto di negligenze del passato o anche del presente, espressione di incompetenza dei decisori; l'incertezza deve essere intesa

4. Questa conclusione è peraltro controversa, non tanto sulla base di una difesa di principio della libertà come bene prioritario rispetto ad altri, inclusa la vita, quanto perché si ritiene mal posta questa stessa alternativa tra libertà degli uni e vita degli altri, alla quale non si arriverebbe se soltanto si curassero altri mali, altri disservizi e iniquità sociali. Tale replica sposta il problema morale della scelta a un problema di cattiva gestione della sanità, per cui l'onere della scelta dovrebbe ricadere su colui o su coloro che hanno permesso di arrivare a quell'alternativa. Il problema è molto complesso, e la sua analisi eccede i limiti del presente contributo.

5. Quanto l'autorità sia riuscita in questo intento è ciò su cui ci si dovrà ancora a lungo interrogare. Si tratterà di verificare se ci sia stata *proporzionalità* tra i costi imposti, i benefici attesi e quelli ottenuti. Tale proporzionalità, come si mostrerà nel prossimo paragrafo, si configura infatti, per chi scrive, come una delle condizioni di legittimità del paternalismo debole in tale contesto. Si tratta sin da ora di vagliare le ragioni che i politici hanno addotto a giustificazione del proprio operato, dal momento che stabilire alcuni diritti come prevalenti su altri è comunque una scelta di cui rendere conto, come si conviene a un'etica della responsabilità, una decisione che deve essere compatibile con i principi fondamentali di una democrazia liberale e con i suoi valori (Sala, 2020).

come elemento ineliminabile alla scienza stessa. Prenderne atto può favorire scelte più efficaci.

Nel periodo iniziale della pandemia non c'era certezza di che cosa sarebbe accaduto nel periodo immediatamente successivo. Si è vissuto in una sorta di penombra, acuita dalle parole degli esperti che, specie sui media, non hanno temuto di dichiarare il reciproco disaccordo rinforzando, così, incertezza e paura (cfr. Sanchini, 2015). Il disaccordo, tuttavia, è intrinseco alla scienza; anzi, è proprio della comunità scientifica come luogo di confronto costante, in cui vige il diritto di parola e il rifiuto di qualsiasi principio di autorità (Jasanoff, 2009). Meglio allora sarebbe stato sottolineare la natura rivedibile di ogni dato scientifico, per evitare il diffondersi di certezze ingiustificate e, al contempo, impegnarsi per favorire un clima di fiducia nelle metodologie della scienza e nelle sue pratiche, smontando quella sorta di fideismo in dati diffusi ma non incontrovertibili (Pollo, 2020; cfr. anche Tallacchini, 2019). È sulla base di una fiducia consapevole nel metodo scientifico che si potrà coinvolgere il pubblico nelle decisioni collettive. A fronte dell'incertezza è prima di tutto sull'informazione e formazione dei cittadini che si deve agire, per renderli sufficientemente esperti a comprendere il senso delle regole e magari anche contribuire alla loro definizione. L'auspicio – forse utopico – è che la pandemia sia occasione per un ripensamento della cittadinanza attiva: si tratta di «ripensare il significato dell'autonomia individuale come capacità di agire in modo relazionale, abbandonando l'idea che gli individui abbiano solo collegamenti accidentali con chi li circonda, e che la salute implica responsabilità condivise» (Tallacchini, 2020, p. 2).

In conclusione, per contrastare l'incertezza non si dovrebbe lasciare la politica nelle mani degli esperti con il rischio di una tecnocrazia: occorre arginarlo promuovendo una “società democratica della conoscenza” (Liberatore, Funtowicz, 2003) in cui vigano le garanzie di trasparenza, di accessibilità e di validazione delle informazioni rilevanti per le decisioni pubbliche. Occorre che questa società si basi su un rinnovato patto di fiducia tra cittadini e istituzioni: senza la fiducia e la motivazione a condividere una sorte comune, le restrizioni alla libertà possono fare poco, se non esacerbare la sfiducia e indebolire qualsiasi moto di spontanea solidarietà (Shachar, Rubinstein Reiss, 2020).

Argomento 4. Ragioni di solidarietà

Appare a questo punto evidente come qualsiasi coercizione che possa essere messa in atto non basti a favorire comportamenti desiderabili,

quali quelli che considerano il proprio sacrificio come sopportabile per il beneficio di altri. Occorre il senso di appartenenza e di solidarietà che soli possono assicurare esiti di giustizia. Se la coordinazione sociale senza solidarietà è resa possibile – almeno in prima istanza – dai vincoli normativi, dal sistema di regole che i governi mettono in atto per garantire il buon funzionamento delle istituzioni, senza il convincimento delle persone nessuna legge funziona nel tempo. La solidarietà può, in questo contesto, rappresentare il movente necessario perché gli uni possano compiere sacrifici in favore degli altri e possano farlo potendovi riconoscere un'istanza di giustizia. Diversamente, le imposizioni risultano insostenibili dai singoli e la loro efficacia collettiva viene compromessa (cfr. Gostin, Friedman, Wetter, 2020).

Molto brevemente, l'idea di un legame tra giustizia e solidarietà rimanda a una prospettiva comunitaria in cui vige l'amicizia civica tra i suoi membri. Il senso di appartenenza a una realtà politica condivisa dovrebbe favorire legami tra soggetti che condividono un'esperienza e un interesse comune per il buon funzionamento della comunità nel suo insieme (cfr. Shachar, Rubinstein Reiss, 2020). La solidarietà diverrebbe così l'elemento di giustificazione di azioni politiche considerate doverose in situazioni di emergenza, peraltro dando voce a quanto la stessa Costituzione afferma. È proprio in questa emergenza pandemica che è emersa con forza l'idea, che la Costituzione enuncia all'art. 2, di una relazione tra i diritti e i doveri delle persone, ossia della responsabilità che ciascuno ha nei confronti della collettività (Reichlin, 2020). La situazione di emergenza ha reso evidente che solo in un sistema che fa della salute di tutti un interesse della collettività è possibile garantire il diritto di ciascuno a ricevere cure sanitarie adeguate.

Ragioni di solidarietà così intesa, intrecciata cioè a un argomento di giustizia nei confronti dei più vulnerabili, sono avanzate a sostegno dell'impiego della tecnologia di cui si sono già ricordati i rischi. Posto che il tracciamento funzioni, cosa che diversi contestano (Sharon, 2020), e che sia ragionevolmente garantito l'anonimato delle informazioni raccolte nonché la loro distruzione superata la pandemia, la domanda è che cosa si possa o si debba fare una volta effettuato il tracciamento, se si debbano imporre restrizioni a tutti o solo ad alcuni. Si deve decidere se imporre limitazioni alla libertà di chi è "tracciato" – magari un individuo positivo ma senza sintomi – benché non sia in alcun senso colpevole di un qualche reato (Pellegrino, 2020b), per un qualche dovere di solidarietà (che risponde

così a un'istanza di giustizia); o, viceversa, se imporre tali limitazioni solo ai soggetti più vulnerabili, nel loro stesso interesse (Parker *et al.*, 2020).

A conclusione di questa rassegna, in quanto segue si discuteranno in dettaglio le misure restrittive messe in atto dal governo italiano, per sostenere, infine, la legittimità, nelle specifiche condizioni che saranno discusse, di un paternalismo debole.

6.4

Il paternalismo debole in contesti emergenziali è giustificabile? Il caso italiano

6.4.1. BREVE MAPPATURA DELLE MISURE DI CONTENIMENTO

L'Italia è stato il primo paese in Europa ad affrontare l'epidemia Covid-19⁶. Sebbene siano state immediatamente intraprese diverse azioni per isolare l'epicentro dell'epidemia, ci sono volute alcune settimane perché le autorità sanitarie nazionali si rendessero conto che il virus circolava da più tempo di quanto si fosse all'inizio ipotizzato. Successivamente, con la diffusione dell'epidemia, soprattutto nel Nord Italia e in particolare in Lombardia, il governo ha attuato misure di contenimento molto restrittive su tutto il territorio nazionale, generalmente in accordo con le autorità regionali.

Entrando nel dettaglio, dal 23 febbraio 2020, il governo ha vietato l'entrata e l'uscita dai comuni dove erano presenti focolai, iniziando a limitare quella libertà di movimento e circolazione più volte richiamata. Tali limitazioni sono state ulteriormente prorogate ed espanse, finendo per riguardare l'intero territorio nazionale, a partire dal 22 marzo 2020. Da questa data è stato stabilito il divieto per tutti di trasferirsi o spostarsi dal comune in cui si trovassero, se non per motivi legati a esigenze di lavoro,

6. La breve mappatura sulla situazione italiana che viene qui fornita è aggiornata al 31 luglio 2020, questo non solo per ragioni editoriali, ma anche perché ciò che ci interessa qui è fotografare la fase emergenziale della pandemia. Per questa ragione, lo spazio temporale preferenziale per l'analisi va da fine febbraio 2020 al 18 maggio 2020, pur riportando, come detto, anche le misure adottate nello spazio temporale subito successivo. Per una ricostruzione sempre aggiornata dei provvedimenti attualmente e precedentemente vigenti relativi alla gestione della pandemia da Covid-19 in Italia, si veda la pagina web della presidenza del Consiglio dei ministri al seguente link: <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>.

per urgenze documentabili o per ragioni di salute⁷. Sono state sospese le attività produttive non essenziali o giudicate non strategiche: sono infatti rimasti aperti i negozi di alimentari e di generi di prima necessità, le farmacie, i servizi essenziali⁸. Questa fase, poi rinominata “fase uno”, è stata anche la più contestata, in particolare all’interno delle regioni più colpite, dove l’approvazione di ulteriori misure, più radicali e costrittive di quelle nazionali, hanno richiesto grande impegno e pazienza da parte della cittadinanza. Ben noto, in questo frangente, è il caso della Lombardia, nel cui territorio, fino al 13 aprile 2020, è stato sancito il divieto di spostamento oltre i 200 metri da casa, se non per le esigenze – di salute o lavorative – di cui s’è detto sopra. Oltre alle contestazioni relative alla sospensione del diritto alla libertà fondamentale di movimento, si è aggiunta la critica secondo la quale la violazione di tale diritto non è sempre corrisposto, peraltro, all’universale salvaguardia del diritto alla salute, qui considerato prioritario. Le notizie relativamente alla necessità, da parte degli operatori sanitari, di fare delle scelte rispetto a chi curare hanno sollevato importanti preoccupazioni. In particolare, si sono ipotizzati criteri di esclusione aprioristici, quale l’età dei pazienti (SIAARTI, 2020), con l’esito di poter anche precludere a un’intera categoria di pazienti – gli anziani – l’accesso alle cure, specie nelle circostanze più critiche. È sorto il sospetto che la scelta tra il diritto alla libertà di movimento e il diritto alla salute non fosse una scelta tale per cui la salvaguardia del diritto alla salute implicasse necessariamente la restrizione del diritto alla libertà di movimento o viceversa. Al contrario, scelte quali quelle allocative sopra menzionate hanno mostrato come, in alcune circostanze, il rispetto del secondo (libertà di movimento) non era in alcun modo garanzia della tutela del primo (diritto alla salute), ragione per cui il rispetto dei vincoli imposti è risultato ancor più difficile da ottenere. Caratterizzante la “fase uno” è stata anche la sospensione delle celebrazioni religiose, dall’eucarestia ai matrimoni, fino ai funerali – misura che da alcuni è stata interpretata come restrizione ben più radicale

7. Sempre indossando mascherina, la cui obbligatorietà è stata poi diversamente normata, regione per regione.

8. Fortemente contestata da alcuni, in questo contesto, è stata la sospensione delle attività formative in aula, su tutti i suoi livelli (dalle scuole dell’infanzia alle università), che, seppur motivata da ragioni di sicurezza – il famoso diritto alla salute sopra menzionato che per noi, lo ripetiamo, risulta prioritario –, ha nondimeno avuto una ricaduta negativa, tanto in termini di apprendimento, quanto in termini di interazione sociale, per quei soggetti più vulnerabili per i quali la didattica tradizionale risulta un’occasione fondamentale di crescita su più fronti.

della messa in questione della libertà di culto, avendo essa anche impedito a famiglie già colpite da situazioni di gravi perdite di vivere un momento molto significativo, anche a livello simbolico, quale il rito del funerale⁹.

Il 26 aprile 2020 il governo ha dichiarato l'inizio della "fase due", che ha comportato, a partire dal 4 maggio 2020, l'allentamento di alcune misure, in specie relative agli spostamenti entro la propria regione ma anche tra le regioni, sempre a certe condizioni¹⁰. Si è concessa la possibilità di celebrare i funerali, precedentemente negata, sia pure in presenza di un massimo di quindici persone; è stato ripristinato l'accesso ai parchi pubblici e alle aree di gioco per i bambini, ma nel rispetto del distanziamento fisico, peraltro definito "sociale". Le attività di ristorazione hanno avuto il permesso di riaprire pur a specifiche condizioni. Dal 18 maggio 2020 è stato poi consentito spostarsi in regione senza alcuna autocertificazione¹¹.

Dal 3 giugno 2020 si è verificato un cambiamento importante, in quanto sono stati consentiti gli spostamenti interregionali senza necessità di autocertificazione. Si è reso anche possibile, per turisti provenienti dall'area Schengen, entrare o rientrare in Italia senza sottoporsi al periodo di quarantena¹². In data 14 luglio 2020 il presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, ha firmato un decreto che ha prorogato al 31 luglio 2020 le misure del precedente D.P.C.M. 11 giugno 2020.

Un discorso complementare riguarda, poi, i mezzi tecnologici impiegati in fase di pandemia. Una prima tecnologia utilizzata per rispondere all'emergenza, ma immediatamente abbandonata, è stata il drone:

9. La sospensione è stata indetta in data 8 marzo 2020 e si è prorogata fino al 7 maggio 2020, data nella quale è stato siglato a Palazzo Chigi il Protocollo tra la Conferenza episcopale italiana e il governo italiano che ha permesso, a determinate condizioni, la ripresa delle celebrazioni in presenza.

10. La presenza di motivi di lavoro, di salute, di urgenza, e allo scopo di rientrare alla propria abitazione.

11. Sono rimaste invariate le misure di contenimento più importanti: il distanziamento sociale, l'obbligo di indossare la mascherina, il divieto di assembramento nei luoghi pubblici, il divieto di uscire di casa per chi risultasse positivo al virus. Sempre dal 18 maggio 2020 sono stati riaperti i negozi di vendita al dettaglio, le attività legate alla cura della persona, le attività di ristorazione, sportive, i musei. Si ha avuta infine una ripresa degli allenamenti degli sport di squadra e delle celebrazioni religiose.

12. Ciascuna Regione, in questa fase, ha inoltre stabilito norme per l'accesso nel proprio territorio, quali, ad esempio, la misurazione della temperatura corporea, il tampone, la registrazione sul sito della Regione, l'eventuale isolamento domiciliare in caso di positività al virus, nonché le condizioni per l'uso della mascherina. Dal 15 giugno 2020 è avvenuta la ripresa di ulteriori attività presso, tra gli altri, i centri estivi per i bambini, le sale giochi, le sale scommesse, i centri benessere, i centri culturali e sociali.

a marzo 2020, per pochi giorni, tale strumento è stato introdotto per sorvegliare la popolazione, con lo scopo esplicito di identificare eventuali assembramenti. La sorveglianza mediante droni è parsa subito molto discutibile. Questa e altre criticità – quale, non da ultimo, quella relativa alla sua potenziale interferenza con il traffico aereo – ha comportato, in pochi giorni, la sospensione di tale strumento da parte del dipartimento della Pubblica Sicurezza. Dal 15 giugno 2020, inoltre, in Italia come in altri paesi è attiva la app Immuni, per il tracciamento dei contatti, da scaricarsi a titolo volontario e gratuito. Con questa applicazione si può stabilire se c'è stato contatto con persone positive, senza però poter conoscere chi siano né il luogo in cui si è verificato il contatto tra loro. La tecnologia è la medesima utilizzata negli altri paesi, basata sul Bluetooth e sulla raccolta dati decentralizzata. Per quanto tale app sia a uso unicamente volontario e, come detto, non tracci gli spostamenti ma solo i contatti, diverse sono le critiche che questo strumento ha sollevato, tanto in termini di inutilità (qualora alle informazioni su possibili contatti con soggetti positivi non segua poi la possibilità di effettuare tamponi), quanto in termini di potenziale violazione della privacy.

6.4.2. VALUTAZIONE DELLE MISURE ANTI-COVID ATTUATE

A conclusione di questa breve panoramica, alcune considerazioni appaiono necessarie. Alcuni dei vincoli normativi sopra citati, tanto quelli relativi alla libertà di movimento, quanto quelli tecnologici di controllo, in altri momenti sarebbero stati respinti in quanto espressione di illecito paternalismo. Tuttavia, per le ragioni che verranno ora ricordate, e sulla base di specifiche condizioni, almeno alcune misure di contenimento dell'epidemia possono considerarsi giustificabili e legittime. Ciò comporta anche l'esprimersi in favore, da parte di chi scrive, e sempre limitatamente alla condizione oggetto di trattazione, di un paternalismo debole, per cui, ricordiamo, non si discute dei fini, su cui si assume esista un accordo, ma si interferisce sui mezzi, perché ritenuti inadeguati al raggiungimento di tali fini. In particolare, ci limiteremo qui a sostenere che un paternalismo debole appare in questa circostanza giustificabile, una volta che le seguenti cinque condizioni siano simultaneamente rispettate¹³: *1. urgenza*

13. In questa sede ci limitiamo a enunciare queste condizioni e a spiegarne alcune, funzionali allo scopo del presente capitolo. Per una trattazione dettagliata di queste misure cfr. Sala, Sanchini (2020).

di prendere una determinata decisione operativa; 2. condizione di genuina *incertezza epistemica* (riferita alla crisi sanitaria) rispetto a come la situazione evolverà, nonché sui diversi corsi di azione che possono essere intrapresi (Tallacchini, 2020); 3. rispetto del *principio di proporzionalità* tra fini desiderati e mezzi impiegati; 4. garanzia che le *misure restrittive siano temporanee*, il che a sua volta comporta il considerarle unicamente quali misure di contenimento del danno e il rivederle o sospenderle alla luce di eventuali informazioni nuove o precedentemente non disponibili; 5. introduzione di *misure compensative* per permettere ai cittadini che rispettano le misure di contenimento di riuscire a vivere dignitosamente durante il tempo in questione (ad esempio, forme di assistenza e sicurezza sociale, supporti finanziari adeguati).

Stanti le condizioni di cui sopra che ora verranno meglio argomentate, la situazione di urgenza che ci siamo trovati a fronteggiare ha legittimamente richiesto un bilanciamento tra alcuni diritti considerati egualmente fondamentali. Tale bilanciamento (che può tradursi in una temporanea sospensione di alcuni di questi diritti) deve avere, però, il carattere della *temporaneità* e della *proporzionalità*. Ciò significa che le misure restrittive devono rimanere in atto unicamente per il tempo strettamente necessario al contenimento dell'epidemia in assenza di strategie più accettabili (aumento dei posti letto e maggiore disponibilità dei macchinari necessari a far fronte all'emergenza; vaccino, se disponibile ecc.). Inoltre, la limitazione della libertà personale deve essere proporzionale alle condizioni emergenziali e ai fini desiderati. In questo senso, ordinare di sparare a chiunque violi la quarantena come accaduto nelle Filippine risulta chiaramente non proporzionale al mantenimento stesso del diritto fondamentale della salute¹⁴. Inoltre, la maggior parte delle misure adottate sono qui considerate legittime unicamente a fronte di condizioni realmente emergenziali, di per sé incerte, specie quanto al loro divenire, e in presenza delle misure compensative di cui s'è detto.

14. Non tutti gli esempi sono così facilmente interpretabili. Ad esempio, richiedere, in modo evidentemente meno radicale, ai cittadini lombardi di non camminare oltre 200 metri dalla propria abitazione appare in linea con un principio di proporzionalità, unicamente se tale principio viene riferito alla prospettiva dell'autorità, il cui compito è ottenere uniformità di condotte, ma appare più contestabile se riferito alla prospettiva del singolo cittadino che deve obbedire alle norme: costui potrebbe, infatti, sostenere che camminare a più di 200 metri, indossando correttamente la mascherina e mantenendo le distanze, conduca agli stessi esiti cui porterebbe l'adozione di una condotta più restrittiva.

In conclusione, a nostro parere, le strategie di contenimento imposte, almeno nelle prime fasi dell'epidemia, sono leggibili come forme di paternalismo debole e non come la messa in atto di uno stato di eccezione. La loro innegabile eccezionalità è giustificata dall'eccezionalità della situazione medesima che ha richiesto non la violazione dei principi costituzionali, bensì il loro adattamento alla situazione¹⁵.

Ciò detto, non ci pare ridondante sottolineare che, in primo luogo, giustificare una forma di paternalismo debole non significa, da parte nostra, legittimare *qualunque decisione* che il governo italiano ha preso dall'inizio della pandemia a oggi. Ad esempio, è discutibile la scelta su quali servizi fossero "essenziali", quelli cui è stato di conseguenza permesso di rimanere aperti. Infatti, accanto a un principio di proporzionalità della cui bontà si è già detto, altrettanto importante risulta il rispetto di una *coerenza* tra norme emesse dalle istituzioni competenti sicché i cittadini non percepiscano discrepanze tra le restrizioni imposte¹⁶. In secondo luogo, pur accogliendo come legittime alcune decisioni prese nel caso italiano come dettate da un paternalismo debole, va ribadito come esso vada circoscritto alla condizione emergenziale e alle circostanze che la caratterizzano (incertezza, scarsità delle risorse, urgenza e così via). Su che cosa sia emergenza o meno occorre interrogarci seriamente ancora, specie nell'inafasto ma non scongiurabile caso di una seconda ondata epidemica. Per quanto condizioni emergenziali potrebbero ripetersi, non ci si potrebbe più appellare all'incertezza, o all'urgenza o, ancora, alla conseguente scarsità delle risorse disponibili. Ulteriori limitazioni alla libertà personale o, più gravemente, il ripresentarsi di condizioni di inso-

15. Siamo consapevoli che la nostra è una lettura "benevola" di quanto è accaduto. Interpretazioni più critiche sono tuttavia ragionevoli, per le ragioni che abbiamo cercato di analizzare.

16. Per menzionare un esempio tra numerosi altri: le edicole sono state considerate servizi essenziali, mentre non lo sono state, ad esempio, le cartolerie. Per quanto si possano ipotizzare alcune ragioni perché ciò è avvenuto – le edicole, vendendo i giornali, garantiscono che i cittadini ricevano i principali mezzi di informazioni, cosa che non accade con le cartolerie – data la situazione emergenziale, e dal momento che i quotidiani sono venduti anche da alcuni supermercati, si sarebbe potuto optare con questa diversa decisione. Di contro, per i critici, appare invece maggiormente plausibile l'argomentazione per la quale l'apertura delle edicole si configura come funzionale a evitare un (ancor più marcato) calo delle vendite dei principali organi informativi (cartacei e digitali) e quindi, implicitamente, come un compromesso funzionale ad assicurare una più favorevole copertura informativa delle misure del governo.

stenibilità delle cure di nuovi ammalati, richiederebbero giustificazioni ben più forti, se mai tali giustificazioni fossero disponibili¹⁷.

6.5 Conclusioni

La “sofferenza democratica” seguita alle restrizioni imposte dalla pandemia non si è tradotta in uno stato di eccezione, se con ciò si intende una negazione dei principi democratici a favore dell’instaurarsi di un potere assoluto. Semmai si può parlare di stato di emergenza in una cornice costituzionale, che implica che l’emergenza vada gestita alla luce dei valori che lo Stato liberale tutela in condizioni ordinarie, e che questa gestione sia resa chiara ed evidente a tutti i cittadini. Per quanto riguarda gli scambi fra i diritti di alcuni e quelli di altri, o fra certi diritti e altri, essi richiedono prudenza, vanno condotti alla luce di valori condivisi e, su questa base, vanno giustificati. Si sono fatte scelte democratiche in

17. Nel tempo intercorso dalla stesura di questo capitolo al processo di lavorazione del volume è purtroppo subentrata una seconda ondata pandemica, iniziata alla fine di settembre 2020 e tutt’ora in corso (novembre 2020). La riflessione sviluppata nel capitolo non muta, dal momento che permangono a oggi le circostanze di urgenza, incertezza, scarsità delle risorse e così via. Quel che è cambiato è il giudizio circa la responsabilità dei decisori e l’effettiva considerazione delle misure qui messe in atto ancora alla stregua di un paternalismo debole: ci si interroga, cioè, su quanto non sia stato fatto per fronteggiare la nuova ondata pandemica di cui tuttavia si prediceva il possibile avvento. Peraltro, nei mesi della prima ondata e in quelli subito successivi, che non sono stati caratterizzati da una vera e propria emergenza, si sono accumulate conoscenze circa i mezzi di trasmissione del contagio, le strategie di contenimento, nonché si è raggiunta la consapevolezza che molte conoscenze necessarie per fronteggiare definitivamente il virus (ad esempio, un vaccino già efficace e disponibile) non sarebbero state ancora disponibili. Di fronte a tale “ignoranza consapevole”, si sarebbe dovuta usare massima cautela, si sarebbe dovuto impiegare il tempo a disposizione per mettere in atto politiche efficaci che prevenissero i danni irreversibili – si legga le morti a causa del virus – che la persistente scarsità di risorse e di personale, la cronica disorganizzazione del sistema delle cure, la generale tolleranza delle condotte “imprudenti” avrebbero prevedibilmente causato. È mancata, ancora, una regia nella comunicazione pubblica: notizie contrastanti quando non false, conflitti a volte stucchevoli tra medici ed esperti, confusione tra canali informativi (comunicazioni scientifiche trasmesse come fossero gossip, mescolate a fake news spacciate invece per conoscenze scientifiche) hanno finito con l’accrescere il senso di insicurezza generale. La conseguenza politica di tutto questo disordine è una maggiore sfiducia nelle istituzioni e nella scienza, la conseguente demotivazione dei cittadini e il venir meno della loro disponibilità a impegnarsi attivamente in una lotta di cui non si vede più la fine né un fine condiviso.

condizioni di emergenza, con l'obiettivo, in certi casi, di salvaguardare i valori, i diritti e le libertà che esigono, per la loro garanzia, una qualche autorità legittima che li faccia valere. In certe condizioni, per tutelare i diritti fondamentali di tutti, specie dei più vulnerabili, l'autorità può sospendere certi diritti meno fondamentali, o comunque non esercitabili da tutti mancando la protezione dei primi. Del resto, in una dimensione di solidarietà come quella che dovrebbe connotare la società democratica e liberale, in cui le libertà di tutti dovrebbero essere egualmente garantite e non solo formalmente riconosciute, non ci sono libertà assolute, ma libertà che vanno temperate dal diritto altrui all'esercizio dell'eguale libertà.

Se quanto ha preceduto ha senso, si può concludere ribadendo come le restrizioni giustificate dalla pandemia siano interpretabili come misure legittimamente paternalistiche, di una forma di paternalismo *soft* e debole, rispondendo così alla specificità delle circostanze, ma in linea con i valori fondanti una democrazia liberale e costituzionale.

Bibliografia

- BEAUCHAMP T. L., CHILDRESS J. F. (2019), *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford-New York (8th ed.).
- CASTELLANI L. (2020), *Tra stato d'eccezione ed espansione tecnocratica: la crisi del Covid-19 e i possibili scenari*, in A. Campi (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 71-9.
- CNB – COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA (2020), *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, 8 aprile.
- DWORKIN G. (1988), *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (2020), *Paternalism*, in E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition).
- EPIFANI S. (2020), *Pedinamento digitale e democrazia della sorveglianza*, in A. Campi (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 59-69.
- GOSTIN L. O., FRIEDMAN E. A., WETTER S. A. (2020), *Responding to Covid-19. How to Navigate a Public Health Emergency Legally and Ethically*, in "Hastings Center Report", 50, 2, pp. 8-12.

- JASANOFF S. (2009), *The Essential Parallel between Science and Democracy*, in “Seed”, 17 febbraio.
- LIBERATORE A., FUNTOWICZ S. (eds.) (2003), “*Democratising*” *Expertise*, “*Expertising*” *Democracy. What Does This Mean, and why Bother?*, in “*Science and Public Policy*”, 30, 3, pp. 146-50.
- MANZOTTI R. (2020), *#iostoacasa: come la paura e la mancanza di ragione uccidono la libertà e la democrazia*, in “Leoni Blog”, 8 aprile.
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London (trad. it. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano 2014).
- MORONI C. (2020), *Opinione pubblica e pandemia: cosa resterà delle distorsioni causate dal Covid-19*, in A. Campi (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 167-75.
- PALANO D. (2020), *La democrazia e il contagio globale*, in A. Campi (a cura di), *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, pp. 25-35.
- PARKER M. J. et al. (2020), *Ethics of Instantaneous Contact Tracing Using Mobile Phone Apps in the Control of the Covid-19 Pandemic*, in “*Journal of Medical Ethics*”, 46, 7, pp. 427-31.
- PELLEGRINO G. (2020a), *Lo stato di emergenza e lo stato di eccezione: una teoria liberale*, in “Luiss Open”, 11 aprile.
- ID. (2020b), *Tracciamento e discriminazione*, in “La rivista il Mulino” (online), 14 aprile.
- POLLO S. (2020), *Parlare del virus in democrazia*, in “La rivista il Mulino” (online), 25 febbraio.
- REICHLIN M. (2020), *Post-colonial Studies. Il diritto alle cure a la responsabilità per la salute*, in “Labontblog”, 8 luglio.
- SALA R. (2020), *Post-colonial Studies. Politiche di restrizione: un attacco alla democrazia?*, in “Labontblog”, 2 luglio.
- SALA R., SANCHINI V. (2020), *Mapping Policy Containment Measures to Sars-Cov-2 Pandemics: At what Conditions Weak Paternalism Is Justified*, in revisione presso “Biblioteca della libertà”.
- SANCHINI V. (2015), *Bioethical Expertise: Mapping the Field*, in “Biblioteca della libertà”, 50, 213, pp. 43-61.
- SAVULESCU J., PERSSON I., WILKINSON D. (2020), *Utilitarianism and the Pandemic*, in “*Bioethics*”, 34, 6, pp. 620-32.
- SHACHAR C., RUBINSTEIN REISS D. (2020), *When Are Vaccine Mandates Appropriate?*, in “*AMA Journal of Ethics*”, 22, 1, pp. E36-42.
- SHARON T. (2020), *Blind-Sided by Privacy? Digital Contact Tracing, the Apple/Google API and Big Tech's Newfound Role as Global Health Policy Makers*, in “*Ethics and Information Technology*”, 18 luglio.
- SIAARTI – SOCIETÀ ITALIANA ANESTESIA ANALGESIA RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (2020), *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammis-*

sione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili, 6 marzo.

TALLACCHINI M. C. (2019), *Vaccini, scienza, democrazia*, in “Epidemiologia & Prevenzione”, 43, 1, pp. 11-3.

ID. (2020), “*Preparedness*” e coinvolgimento dei cittadini ai tempi dell’emergenza. *Per un diritto collaborativo alla salute*, in “Epidemiologia & Prevenzione”, 44, 2-3, pp. 114-9.

THOMASMA D. C., PELLEGRINO E. D. (1988), *For the Patient’s Good. The Restoration of Beneficence in Health Care*, Oxford University Press, Oxford-New York.

ZUBOFF S. (2019), *The Age for Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London.

Paternalismo epistemico: il caso delle fake news

di *Giulia Bistagnino*

7.1

Introduzione

Da qualche anno il termine *fake news* è diventato parte integrante del discorso pubblico e del lessico politico, invocato soprattutto da chi ritiene che la circolazione di bufale e falsità, resa particolarmente facile, veloce e pervasiva dai social media, sia pericolosa per i cittadini delle società democratiche contemporanee. Si pensi, per esempio, alla convinzione diffusa circa il ruolo decisivo che le notizie false circolate sulla candidata democratica Hillary Clinton avrebbero giocato a favore della vittoria di Donald Trump alle elezioni americane del 2016¹. Similmente, molti giornali e analisti hanno proposto un'interpretazione dell'esito del referendum sulla Brexit secondo cui questo sarebbe stato influenzato dalle fake news sull'Unione Europea, che avrebbero ingannato i sostenitori del *remain*. È bene sottolineare come le fake news vengano invocate non solo rispetto a decisioni politiche particolari, ma anche riguardo a fatti di natura scientifica. La comunicazione pubblica intorno alla pandemia di Covid-19, per esempio, è stata caratterizzata, da un lato, dalla diffusione di falsità e, dall'altro, dalla forte preoccupazione da parte di governi ed esperti di fermare tale disinformazione. In Italia, per esempio, si è istituita una task force contro le fake news sul coronavirus con l'obiettivo di contrastare quelle notizie false che potrebbero indurre a comportamenti scorretti e potenzialmente pericolosi per la salute individuale e collettiva².

1. Si pensi al famoso *Pizzagate*, la teoria diventata virale durante la campagna elettorale del 2016, secondo cui la Clinton e diversi funzionari del Partito democratico sarebbero stati direttamente coinvolti in un traffico di esseri umani e avrebbero perpetuato abusi nei confronti di minori anche grazie al sostegno di diversi ristoratori statunitensi.

2. A tal proposito, cfr. <https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2020/04/04/>

Quello delle task force di esperti non è l'unico strumento disponibile contro le fake news. Campagne di educazione ai media, mirate allo sviluppo della cosiddetta competenza mediale (*media literacy*) dei cittadini, e interventi legislativi per censurare le notizie false sui siti web e sulle piattaforme dei social media sono strategie ampiamente discusse (e talvolta implementate) in molte società contemporanee³. In questo scritto mi propongo di valutare le diverse opzioni disponibili per contrastare la pubblicazione e diffusione di fake news dal punto di vista della filosofia politica normativa. In particolare, il mio obiettivo è quello di discutere quali interventi possano essere legittimi all'interno di società democratiche e liberali.

È bene precisare che il mio intento non è quello di contribuire al dibattito sulla minaccia che le fake news rappresenterebbero rispetto ai sistemi democratici in generale e, quindi, all'idea che la circolazione di informazioni false possa mettere in discussione la capacità dei sistemi democratici di produrre risultati affidabili o corretti⁴. Il mio interesse riguarda, invece, l'idea che le fake news possano costituire un danno per gli individui, in quanto rappresenterebbero ostacoli epistemici alla loro possibilità di scegliere e agire in modo razionale e sensato per la realizzazione dei propri piani di vita. In questo senso, il punto non è tanto capire se la pervasività delle fake news nel dibattito pubblico contemporaneo debba farci cambiare idea sulla democrazia per abbracciare forme più o meno radicali di epistocrazia⁵. Piuttosto, si tratta di valutare se e come possa essere giustificato, da un punto di vista liberale, arginare tale fenomeno, considerato che le fake news possono effettivamente manipolare e ingannare i cittadini e indurli a formare credenze false ed errate.

La questione mette in gioco il problema del paternalismo e, in par-

coronavirus-martella-creata-unita-contro-fake-news_d4a83430-1198-4af8-b96a-e7506f853978.html.

3. Per un resoconto sui diversi modi di contrastare la disinformazione messi in atto nel mondo, cfr. <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/>.

4. Negli ultimi anni, numerosi studiosi hanno espresso scetticismo nei confronti delle procedure democratiche sulla base della scarsa capacità dei cittadini ordinari di informarsi e di basare le proprie preferenze politiche su evidenze verificate e affidabili. In particolare, cfr. Brennan (2016) e Somin (2016). Una forte critica a questo tipo di argomenti è offerta da Ottonelli (2019).

5. Con il termine "epistocrazia" si intende il governo degli esperti, ovvero un regime politico in cui il potere decisionale è concentrato nelle mani di coloro che sono più competenti, ai quali è conferita l'autorità di imporre norme e decisioni solo in virtù delle loro conoscenze e capacità cognitive. Sull'idea di epistocrazia, cfr. Estlund (2007, p. 30).

ticolare, richiede di domandarsi se sia legittimo interferire con le pratiche conoscitive degli individui per il loro bene epistemico, ovvero per aiutarli a formare credenze che siano il più possibile corrette e affidabili e, quindi, migliorarne la condizione epistemica. Si tratta di capire se vi siano forme di *paternalismo epistemico*⁶ (Goldman, 1991; Ahlstrom-Vij, 2013; Pritchard, 2013), ovvero azioni che interferiscono con le pratiche conoscitive di un individuo per il suo bene epistemico senza che questi venga consultato, che possono essere giustificate sotto il profilo liberale⁷. È giusto intervenire contro le fake news per consentire alle persone di avere maggiori chance di formarsi, mantenere e fare buon uso di credenze vere, o comunque di migliorarne la condizione epistemica?

La mia strategia argomentativa comincia con il chiarire di cosa si parla quando si parla di fake news e perché queste possono essere considerate problematiche. Successivamente, nel paragrafo 7.3, mi concentro sui possibili interventi per contrastare le fake news, analizzando fact-checking, educazione ai media, nudge e censura. Il paragrafo 7.4 infine riassume brevemente il ragionamento e propone alcune considerazioni conclusive.

7.2

Fake news: che cosa sono e perché appaiono problematiche

Prima di descrivere e valutare le diverse strategie che possono essere messe in campo per contrastare le fake news, occorre fornire qualche chiarimento sul significato di questo termine. Si tratta, infatti, di un concetto contestato, il cui utilizzo varia a seconda delle circostanze e che non ha un referente stabile. Per esempio, si possono invocare le fake news per

6. In questo scritto non mi occupo di discutere se il paternalismo epistemico possa essere considerato una forma speciale di paternalismo. Negli ultimi anni è emerso un interessante dibattito tra chi sostiene che non vi sia nessuna differenza morale tra paternalismo epistemico e paternalismo in generale (Bullock, 2018) e chi invece attribuisce un particolare valore epistemico a questo tipo di paternalismo (Croce, 2020). Qui mi rifaccio all'idea di paternalismo epistemico solo nei termini dell'oggetto a cui si riferisce e del suo scopo, ovvero le pratiche conoscitive degli individui. Non vi è dubbio, infatti, che gli interventi per il contenimento delle fake news siano un tentativo di interferire con il modo in cui gli individui formano le proprie credenze e le mantengono.

7. Il dibattito sul paternalismo epistemico utilizza una definizione neutrale di paternalismo, ovvero una definizione per cui considerare una certa pratica paternalista non significa *ipso facto* criticarla o accettarla. Circa la possibilità di una definizione neutrale di paternalismo cfr. Archard (1990) e Bullock (2015).

segnalare la diffusione di una bufala, ma anche semplicemente per screditare i propri avversari politici e sottrarsi al confronto e alla discussione⁸.

Se nel discorso pubblico il termine viene usato in molteplici modi, il dibattito accademico non offre maggiori sicurezze. Gli studiosi che si occupano della questione, infatti, non concordano su molti degli aspetti che potrebbero caratterizzare le fake news. Per esempio, non è chiaro se queste debbano essere considerate un fenomeno recente (Riva, 2018) o solo la versione aggiornata dell'antico e annoso problema del falso e della manipolazione in politica (Dentith, 2016; Krause *et al.*, 2019). Similmente, non è affatto facile capire quale sia il rapporto tra fake news e verità. Nella letteratura di riferimento, vi è chi sostiene che le fake news siano tali perché veicolano informazioni oggettivamente false (Rini, 2017), chi invece le considera affermazioni fuorvianti o proposte in un modo ingannevole, anche se non necessariamente non vere (Gelfert, 2018; Jaster, Lanus, 2018) e, infine, chi le inserisce nel contesto più ampio della post-verità⁹, considerandole una forma sofisticata di *bullshitting* (Mukerji, 2018), inteso come quell'azione di parlare senza curarsi della verità o falsità delle proprie affermazioni (Frankfurt, 2005). Effettivamente, il disaccordo sulla definizione di quest'espressione è talmente profondo da aver indotto alcuni a suggerire di smettere di usarla, data la sua inefficacia a livello descrittivo e imprecisione linguistica (Habgood-Coote, 2019).

Nonostante questi importanti punti di disaccordo, è possibile individuare alcuni elementi ricorrenti nel dibattito sul concetto di fake news che possono aiutare nella ricerca di una definizione minimale. Esiste infatti una convergenza sull'intendere le fake news come una particolare forma di disinformazione, in cui asserzioni¹⁰ false o ingannevoli¹¹ ven-

8. Il caso più eclatante di questo fenomeno è rappresentato dal presidente degli Stati Uniti Donald Trump, il quale impiega l'espressione *You are fake news*, ovvero "voi siete delle fake news", per fermare conversazioni che reputa scomode o inutili.

9. Con il termine di "post-verità" solitamente si intende un periodo storico o una società in cui non esiste un concetto di verità condiviso e in cui l'idea stessa di verità è ridondante e può essere quindi abbandonata in nome di un relativismo radicale che riguarda non solo i valori, ma anche i fatti.

10. Utilizzare la nozione di asserzione rispetto alle fake news permette di considerare non solo proposizioni verbali, ma anche atti espressivi quali fotografie, video, contenuti multimediali ecc. Non vi è dubbio che le fake news spesso vengano veicolate anche attraverso tali forme di espressione. Su questo punto, cfr. Piazza, Croce (2019).

11. Da un lato, le fake news possono presentare contenuti palesemente e oggettivamente falsi, come è accaduto, per esempio, quando l'entourage del presidente Trump ha sostenuto che la cerimonia di insediamento del 2016 sia stata quella maggiormente

gono presentate con modalità e termini simili a quelli del giornalismo tradizionale per acquisire autorevolezza e fondatezza e, successivamente, diffuse attraverso i social media e i mezzi di comunicazione digitale in generale.

Le fake news, quindi, sono asserzioni che hanno un rapporto losco con la verità. È importante però notare come non sembri essere questo l'aspetto che le rende veramente problematiche agli occhi di chi vorrebbe contenerle o limitarle. Piuttosto, esse appaiono particolarmente insidiose e infide perché, imitando un linguaggio giornalistico, si guadagnano la fiducia dei loro fruitori. Esse sono, infatti, una specie di "pseudo-notizie", ovvero notizie che sembrano e pretendono di essere considerate vere e affidabili sebbene non lo siano, giocando su pregiudizi cognitivi, noti meccanismi psicologici e limiti epistemici degli individui. Si pensi, per esempio, a due famosi bias cognitivi, quali quello della conferma e quello della desiderabilità. Il primo certifica l'esistenza di una forte tendenza a cercare e favorire informazioni che confermano o supportano credenze e opinioni che una persona già possiede, rifiutando o ignorando le prove che invece le smentiscono (Taber, Lodge, 2006). Il secondo induce le persone ad attribuire veridicità e plausibilità a informazioni che desiderano ricevere e, invece, a scartare informazioni di cui preferirebbero non venire a conoscenza, nonostante tale operazione possa causare una certa incoerenza tra credenze (Tappin, van der Leer, McKay, 2017). Entrambi questi meccanismi psicologici – che peraltro appaiono, almeno in parte, dispositivi necessari e irrinunciabili per navigare l'enorme mole di dati e informazioni con cui le persone vengono bombardate ogni giorno – sembrano particolarmente insidiosi perché possono indurre ad avere credenze false o inaccurate, sviando così le scelte individuali.

Per comprendere questo passaggio, consideriamo il caso di Ezio, un individuo particolarmente spaventato per il dilagare dell'epidemia di coronavirus, il quale legge sul social network a cui è iscritto che, per proteggersi dall'infezione da Covid-19, è sufficiente bere una grande

partecipata nella storia degli Stati Uniti, nonostante foto aeree dimostrassero ampiamente il contrario. Dall'altro, le fake news possono essere anche affermazioni ingannevoli ma non propriamente false, come nel caso della notizia, ampiamente richiamata nella campagna referendaria sulla Brexit, secondo cui la Gran Bretagna fosse tenuta a versare ogni settimana 350 milioni di sterline all'Unione Europea. Sebbene tale asserzione non sia oggettivamente falsa, decontestualizzata dal complicato calcolo dei contributi versati e finanziamenti ricevuti dai paesi UE risulta fuorviante rispetto ai rapporti tra Regno Unito e Unione Europea.

quantità di latte¹². Poniamo che tale informazione sia confezionata in modo da apparire come una notizia scientificamente provata, così da dare conforto a Ezio che, desiderando proteggersi contro l'epidemia, comincia a comprare e consumare molti litri di latte e a trascurare alcune delle regole sul contenimento del virus, come quella della distanza di sicurezza negli spazi chiusi, sentendosi immunizzato. In questo caso, la fake news sulle proprietà benefiche del latte costituisce un ostacolo epistemico all'obiettivo di non ammalarsi di Covid-19 perché, sfruttando il bias di desiderabilità, induce Ezio ad agire contro il proprio interesse e i propri obiettivi, esponendolo al rischio di ammalarsi.

Come è stato ampiamente notato (Bakir, McStay, 2018; Gelfert, 2018; Riva, 2018), le persone sono maggiormente esposte ai rischi delle fake news a causa dell'affermarsi dei nuovi mezzi di comunicazione digitale e, in particolare, dei social media. La rapidità e il coinvolgimento costante con cui le persone vengono esposte alle notizie nel mondo contemporaneo, infatti, rendono ancora più facile l'innescarsi di quei meccanismi cognitivi che ostacolano l'individuazione e smascheramento delle fake news.

7.3

Contrastare le fake news

Solitamente, gli interventi contro le fake news sono distinti in due categorie: quelli mirati a migliorare le capacità valutative dei singoli individui e quelli, invece, strutturali, indirizzati a limitare la circolazione stessa delle fake news (Lazer *et al.*, 2018). I primi riguardano l'attività di fact-checking, ovvero la verifica dei fatti riportati dalle fonti di informazione, e programmi educativi di lungo corso, finalizzati a fornire strumenti e competenze per la comprensione e l'analisi critica delle informazioni. Inoltre, esistono anche forme di nudge, ovvero pungoli che, alterando in qualche modo l'architettura delle scelte, possono influenzare le azioni individuali (Thaler, Sunstein, 2008) e aiutare le persone a limitare la propria esposizione alle fake news. I secondi, invece, riguardano possibili

12. Quella del latte è effettivamente una delle bufale circolate durante i primi mesi dell'epidemia in Italia (cfr. <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&cp=dalministro&id=4692>).

interventi di censura e rimozione di contenuti dalle piattaforme multimediali e dai social network. In quel che segue esamino questi quattro tipi di intervento.

7.3.1. FACT-CHECKING

Quella del fact-checking è sicuramente una delle soluzioni maggiormente supportate sia nel dibattito accademico, sia nel discorso pubblico e richiede che osservatori esperti smascherino le fake news, riuscendo così a mostrarne le inesattezze e falsità. È bene ricordare che la pratica del fact-checking nasce, in realtà, all'interno dei giornali come una funzione editoriale di controllo circa la verità e attendibilità degli articoli. Questo significa che il fact-checker, tradizionalmente inteso, è colui che deve controllare il materiale originale a cui il giornalista ha attinto e assicurarsi che le sue dichiarazioni siano il più veritiere possibile. Negli ultimi anni, invece, quella del fact-checking è diventata un'attività indipendente dalle redazioni. Questa nuova dimensione del controllo è il cosiddetto fact-checking collaborativo online, per cui squadre di blogger, giornalisti, analisti e, in alcuni casi, ricercatori universitari controllano la veridicità delle dichiarazioni che vengono avanzate nel dibattito pubblico¹³. Il fact-checking può riguardare le dichiarazioni di personalità politiche, o informazioni specifiche su temi di interesse pubblico, per esempio di tipo sanitario. Inoltre, è un'attività che può essere svolta da giornali tradizionali, come nel caso della newsletter Fact Checker curata dal "Washington Post"¹⁴; da gruppi indipendenti, come nel caso di piattaforme quali FactCheck.org, PolitiFact.com o l'italiana PagellaPolitica.it; da intellettuali che potremmo chiamare "liberi battitori", come è il caso del professor Roberto Burioni, impegnato soprattutto sul fronte dei vaccini; e, infine, anche da gruppi di esperti direttamente incaricati dai governi, come la task force contro le fake news riguardanti il Covid-19 richiamata precedentemente.

In termini di efficacia, la pratica del fact-checking non sembra essere particolarmente promettente. In effetti, se il problema delle fake news è spinoso proprio perché punta sui limiti epistemici degli individui e il loro essere soggetti a bias cognitivi, quali quelli della conferma e della

13. Per un approfondimento sull'evoluzione della pratica del fact-checking, cfr. Amazeen (2017).

14. Cfr. <https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/>.

desiderabilità, anche il fact-checking sembra esserne inevitabilmente preda. Proprio perché si tende a credere a ciò che è in linea con la propria prospettiva o a ciò che si desidera essere vero, il fact-checking finisce per essere accolto o messo da parte a seconda della consonanza con chi lo propone e a seconda di quanto sono allettanti i contenuti che intende promuovere (Shin, Thorson, 2017; Hameleers, van der Meer, 2019).

Inoltre, il fact-checking può essere controproducente. Da un lato, alcuni studi hanno dimostrato che la ripetizione delle notizie false, anche solo con il fine di sbugiardarle, può renderle più credibili e più facili da ricordare (Swire, Ecker, Lewandowsky, 2017). Dall'altro, a essere rilevante non è solo l'azione di smascheramento, ma anche il modo in cui questo viene operato. Se oltre a fornire strumenti ed evidenze per dimostrare la falsità di certe affermazioni i fact-checker offendono o mettono in rilievo in modo sgarbato l'asimmetria epistemica che potrebbe esserci tra loro e i cittadini ordinari, difficilmente potranno riuscire a convincerli ad abbandonare le loro posizioni, per quanto poco giustificate e irragionevoli¹⁵. In questo senso, le modalità con cui il fact-checking è proposto sono determinanti per il suo successo, per arrivare cioè alla condivisione di fatti, senza assumere una visione partigiana di questi.

Sotto il profilo normativo, le questioni rilevanti per valutare il fact-checking sono due: da un lato, bisogna capire se sia compatibile con i principi fondanti le democrazie liberali; dall'altro, le modalità con cui la verifica dei fatti viene presentata possono essere problematiche anche dal punto di vista morale e non solo dell'efficacia. Analizzo brevemente le due questioni in questa sequenza.

Non vi sono molti dubbi sul fatto che il fact-checking sia fatto per migliorare la condizione epistemica e le credenze degli individui¹⁶: l'obiettivo è quello di offrire ragioni ed evidenze per riconoscere le fake news per quelle che sono, ovvero pseudo-notizie mirate a veicolare contenuti

15. La vicenda del professor Burioni sotto questo punto di vista è particolarmente interessante: se è vero che il suo atteggiamento aggressivo e poco conciliante nelle discussioni online si è guadagnato il plauso di molti medici ed epidemiologi, è anche vero che esperti di comunicazione e divulgazione scientifica hanno criticato questa modalità, ritenendola divisiva e poco adatta alla persuasione. Per un approfondimento sul tema, cfr. Grignolio (2019); Villa (2019); Starr (2020).

16. È ovvio che, nel caso di gruppi indipendenti o comunque privati, vi possono essere anche ragioni di tipo economico. Per esempio, è ragionevole pensare che il "Washington Post" abbia creato Fact Checker non solo per offrire un servizio più accurato ai propri lettori, ma anche per invitarli a sottoscrivere un abbonamento o comunque per rendere il proprio prodotto più attraente da un punto di vista commerciale.

falsi o ingannevoli. In questo senso, il tentativo di coloro che praticano il fact-checking è quella di immettere più discorso nel “libero mercato delle idee”, per dirla con John Stuart Mill. Proprio perché non è una forma di censura ma semplicemente un tentativo di rendere visibili le contraddizioni e le falsità contenute nelle fake news, il fact-checking è pienamente compatibile con la democrazia liberale, con l’idea di libertà di espressione e con la convinzione che i cittadini debbano essere padroni delle proprie decisioni, debbano cioè essere lasciati liberi di valutare e decidere da sé e per sé che cosa credere giusto, corretto, vero. Il fact-checking, infatti, semplicemente offre ragionamenti e argomentazioni a favore di determinate tesi o asserzioni.

Ci si potrebbe chiedere se, al contrario di quello portato avanti da soggetti indipendenti, il fact-checking istituzionale, ovvero finanziato e certificato dallo Stato, possa essere problematico. Si potrebbe infatti ritenere che lo Stato non debba avere il potere di certificare cosa sia vero e cosa sia falso¹⁷ perché, così facendo, disporrebbe di un potere eccessivo nei confronti dei cittadini. Ora, sebbene il nesso tra verità e potere politico sia innegabilmente problematico e controverso¹⁸, è altrettanto innegabile che gli Stati democratici abbiano il diritto e anche il dovere di fornire informazioni ai propri cittadini su questioni di interesse pubblico. Affinché tale trasmissione di informazioni sia giustificata e in linea con l’idea liberale dell’autonomia, però, gli Stati non possono condannare coloro che non se ne curano o che continuano a pensarla in modo diverso, nonostante gli sforzi istituzionali per convincerli a cambiare idea. Richiamando alcune affermazioni di Hannah Arendt (1968, trad. it. pp. 43-4), potremmo dire che gli Stati possono favorire azioni mirate a promuovere la diffusione di asserzioni vere, fintantoché accettano che queste, nel momento in cui entrano nella sfera pubblica, diventino mere opinioni, al pari delle altre. In questo senso, il potere politico offre una prospettiva che non può essere imposta, ma solo proposta e difesa come quella maggiormente convincente e razionale, secondo i rappresentanti delle istituzioni.

Infine, anche le modalità con cui il fact-checking è portato avanti

17. Approfondirò questo punto parlando della possibilità di censurare le fake news (cfr. *infra*, pp. 148-50).

18. Basti pensare alla famosa tesi dei “filosofi-re” di Platone, secondo cui la giustizia può essere realizzata solo imponendo la verità a scapito della libertà individuale, o alla preoccupazione che la verità sia autoritaria e distruttiva nei confronti della politica (Arendt, 1968) e del pluralismo che inevitabilmente caratterizza le società liberali e democratiche (Rawls, 1993).

possono essere problematiche dal punto di vista normativo. Sebbene non vi sia dubbio che l'asimmetria epistemica che esiste tra esperti e non esperti non possa giustificare comportamenti maleducati o sgarbati¹⁹, la questione è in realtà più complessa. Bisogna infatti chiedersi se l'attività dei fact-checker debba limitarsi a smascherare le falsità del discorso pubblico o se questi debbano essere impegnati a diffondere conoscenze affidabili e scientificamente fondate per migliorare la condizione epistemica di cittadini esposti alle fake news. In particolare, ci si può chiedere se i fact-checker possano essere legittimati a portare avanti asserzioni non del tutto vere per contrastare la diffusione di credenze false causata dalle fake news. Per cogliere il punto, si consideri la discussione sui possibili effetti collaterali di un vaccino e che Carlo, un epidemiologo esperto della questione, sappia che, sebbene il vaccino possa creare disagi e problemi a certi pazienti, una vaccinazione di massa sarebbe di beneficio alla popolazione nel suo insieme. Poniamo che Carlo sappia anche che per persuadere molti individui a vaccinarsi sia necessario convincerli che il vaccino non abbia effetti collaterali. Carlo è giustificato ad asserire che il vaccino non ha effetti collaterali? La questione può essere riformulata chiedendosi se, nel caso delle fake news, i fact-checker siano giustificati ad agire paternalisticamente per migliorare la condizione epistemica dei cittadini, se cioè siano giustificati a interferire con le pratiche conoscitive di questi ultimi mentendo o nascondendo loro alcuni fatti per il loro bene.

Sebbene sostenere che un vaccino non abbia effetti collaterali anche quando li ha potrebbe avere conseguenze positive in termini di immunità di gregge, sembra che questo tipo di discorso²⁰ sia intrinsecamente problematico perché, di fatto, rappresenta una forma di manipolazione e mancanza di rispetto nei confronti dei cittadini e del loro status di agenti autonomi²¹. Ovviamente, questo non vuol dire che gli esperti non possano semplificare e rendere accessibili questioni tecniche che altrimenti

19. Riproponendo una riflessione di Jean Hampton (1989, pp. 810-1), potremmo dire che i fact-checker dovrebbero assumere un'attitudine "socratica" e distinguere tra il rispetto nei confronti delle fake news e il rispetto nei confronti delle persone che sostengono e diffondono le fake news: se il primo tipo di rispetto non è richiesto, il secondo è doveroso.

20. Stephen John (2019) definisce questo tipo di discorso *wishful speaking*, intendendo quella situazione in cui le affermazioni di un esperto non solo non sono fondate scientificamente, ma sono anche motivate da ragioni non epistemiche di tipo strumentale.

21. Come è evidente, qui mi rifaccio alle considerazioni kantiane sulla menzogna (Kant, 1797).

sarebbero incomprensibili ai non esperti. Inoltre, è chiaro che esistano delle situazioni in cui gli esperti possono legittimamente manipolare i non esperti, per esempio quando un medico prescrive un placebo al proprio paziente senza dirglielo. Tuttavia, nel caso del placebo, si può ragionevolmente pensare che, nel momento in cui ha deciso di affidarsi al medico per migliorare la propria salute, il paziente abbia posto le condizioni perché il medico possa legittimamente credere che abbia acconsentito a ricevere il placebo. La situazione nel caso del fact-checker è diversa perché dal fact-checking, per definizione, dovrebbe derivare un'accurata analisi dei fatti e delle affermazioni presenti nel dibattito pubblico, non una forma di persuasione ad agire in un determinato modo. In questo senso, se il ruolo dei fact-checker è quello di segnalare incorrettezze o falsità, sembra difficile pensare che i cittadini abbiano posto le condizioni perché il fact-checker possa legittimamente pensare che questi abbiano acconsentito a ricevere informazioni false, per quanto a fin di bene²².

7.3.2. EDUCAZIONE AI MEDIA

Un'altra strategia mirata al miglioramento delle capacità individuali ampiamente difesa nel dibattito contemporaneo è l'educazione alla competenza mediale, ovvero lo sviluppo di capacità critiche e di analisi dei mezzi di comunicazione di massa attuali (Mihailidis, Viotti, 2017; Riva, 2018; Clayton *et al.*, 2019). Tralasciando il complicato dibattito pedagogico su come un programma di educazione mediale focalizzato sulle fake news dovrebbe essere strutturato, non è difficile comprendere che, dal punto di vista dell'efficacia, si tratta di una strategia con ricadute di lungo corso, dati i tempi necessari per acquisire le competenze adeguate a riconoscere le notizie false. In questo senso, potrebbe essere una strategia vincente, ma non per migliorare la salute del dibattito pubblico oggi.

Dal punto di vista normativo, si può facilmente giustificare l'istituzione di corsi dedicati all'educazione mediale nel contesto scolastico facendo riferimento all'idea di educazione civica o democratica²³.

22. Si può pensare che, sebbene forme di paternalismo epistemico di questo genere non siano giustificate da parte di esperti e fact-checker, esse possano invece esserlo da parte di attori e partiti politici. A differenza dei primi, infatti, i secondi non hanno il compito di smascherare affermazioni false e difendere affermazioni scientificamente sensate, ma di costruire e perseguire progetti politici.

23. Più complesso sarebbe giustificare corsi di educazione mediale obbligatori per adulti, che apparirebbero paternalisti e irrispettosi della loro autonomia: esiste

Seguendo Amy Gutmann (1987), si può argomentare che esiste un dovere da parte degli Stati di rendere l'istruzione obbligatoria. I bambini, ovvero i futuri cittadini, devono infatti poter sviluppare le capacità per esaminare, valutare criticamente e imparare a deliberare non solo su questioni di interesse pubblico, ma anche circa i propri piani di vita. In questo senso, dato il ruolo significativo che i media giocano nel presentare fatti rilevanti per il dibattito pubblico e per la vita privata degli individui, quella mediale sembra essere una competenza importante per la formazione dei cittadini e, quindi, da includere nei programmi scolastici.

7.3.3. NUDGE

Come anticipato, una possibile strategia per il contenimento delle fake news è l'istituzione di nudge, le cosiddette "spinte gentili", ovvero suggerimenti e aiuti a livello di architettura delle scelte che, giocando su meccanismi psicologici e comportamentali degli individui, li indirizzano verso azioni mirate al loro vantaggio, senza però che queste siano imposte. In questo senso, i nudge sono pungoli che alterano il comportamento delle persone in modo prevedibile, senza diminuire o modificare il plateau delle scelte e delle opzioni disponibili. Un esempio classico di nudge è quello della mensa (Thaler, Sunstein, 2008, pp. 1-4): il modo in cui i cibi sono allestiti nella sala dove si pranza, per esempio selezionando in modo oculato quali posizionare all'altezza degli occhi, può indurre i fruitori della mensa a scegliere alimenti più sani e nutrienti. Così, agendo sul modo in cui le diverse alternative sono proposte, si può contribuire al benessere delle persone senza ridurre il numero di opzioni a loro disposizione²⁴.

Nel caso delle fake news, esistono vari nudge che possono essere messi in atto. Per esempio, è possibile chiedere agli utenti di un social network

un consenso generalizzato sul fatto che gli adulti abbiano il diritto di decidere da sé che cosa vogliono studiare e come vogliono sviluppare le proprie capacità cognitive e intellettive. Non vi sarebbe niente di controverso, invece, a offrire questo tipo di corsi senza imporli d'autorità. Si possono però avere dei dubbi circa il successo di tali corsi: come mostra un recente studio (Jang, Kim, 2018), si tende a credere che le fake news abbiano un impatto sugli altri più che su sé stessi o sulle persone che condividono la propria posizione politica.

24. Thaler e Sunstein difendono l'uso dei nudge come una forma di "paternalismo libertario" proprio in quanto, a loro modo di vedere, si tratta di una strategia capace di coniugare la libertà di scelta con la possibilità di aiutare gli individui a compiere scelte migliori per il loro benessere.

se sono sicuri che il contenuto che stanno per condividere sul proprio profilo sia accurato, così da indurli a valutare il livello di sicurezza con cui credono alle informazioni che vorrebbero condividere (Pennycook *et al.*, 2020). Un'altra possibilità è quella di invitare gli utenti dei social network ad approfondire determinati temi su cui hanno espresso posizioni controverse tramite il proprio profilo, proponendo testi e articoli da fonti di informazione credibili, che possano offrire una visione complessiva e non partigiana di tali argomenti (Thornhill *et al.*, 2019). Infine, poiché le persone sono molto più inclini a credere a fonti di informazioni vicine alla propria parte politica, un nudge recentemente proposto richiede che giornali e siti di informazione presentino tutte le interpretazioni possibili di notizie false, sebbene questo possa essere svantaggioso per la propria parte politica (Levy, 2017).

Questi pungoli sembrano funzionare perché, interferendo con l'attività sui social network, costringono le persone a soffermarsi sui contributi che queste intendono condividere e sul modo in cui si informano. I nudge di questo tipo sono definiti "di ragionamento" (Levy, 2017, pp. 498-9) perché non invitano a modificare il comportamento degli individui attraverso modalità non razionali, per esempio facendo appello alle loro emozioni e condizionamenti psicologici²⁵, come nel caso della mensa. Al contrario, i nudge di ragionamento cercano di stimolare gli individui a pensare e di renderli più sensibili a evidenze e considerazioni fattuali.

Dal punto di vista normativo, non è semplice capire se tutti i nudge contro le fake news siano giustificati. Quelli del primo tipo – che potremmo definire "dell'accuratezza" perché mirati a far riflettere gli individui sulla qualità dei contenuti che stanno per condividere – non sembrano essere particolarmente problematici. In effetti, questi pungoli hanno l'obiettivo di raffreddare gli animi nel momento della condivisione online e di frenare l'impulso immediato a condividere un contenuto che sembra interessante ma di cui magari non si conoscono le credenziali epistemiche. In questo senso, i nudge dell'accuratezza non intendono spingere ad agire in un certo modo o a compiere una determinata scelta rispetto alle opzioni di condivisione online, ma solo ad assicurarsi che gli individui siano consapevoli di quello che stanno facendo. In fondo, questo tipo di nudge ricorda il famoso caso del ponte pericolante ideato

25. Per una critica all'idea di nudge in quanto mirato non alla persuasione razionale, ma a sfruttare bias e difetti cognitivi e psicologici degli individui, cfr. Hausman, Welch (2010, pp. 129-30).

da Mill (1859, trad. it. p. 111). Poiché si può ragionevolmente pensare che una persona abbia interesse a non condividere una notizia falsa così come a non attraversare un ponte pericoloso, si può legittimamente fermarla e verificare le sue intenzioni.

I nudge del secondo tipo – che potremmo definire “della diversità” perché richiedono a particolari siti di informazioni di preoccuparsi di presentare evidenze contro le notizie false anche quando questa operazione può danneggiare la propria parte politica – sembrano invece più problematici. Dal punto di vista dell’efficacia, si potrebbe rischiare di dare una maggiore visibilità a contenuti ingannevoli su questioni controverse, che dovrebbero essere riportate da tutte le fonti di informazione. Dal punto di vista normativo, invece, questo tipo di nudge rischia di essere ingiustificato in quanto non rispetta l’autonomia individuale, intesa come il controllo che bisogna accordare a una persona rispetto a sé stessa e alle proprie scelte e valutazioni²⁶. Richiedere che fonti di informazione riportino prospettive diverse su uno stesso tema o avanzino considerazioni per loro svantaggiose e, quindi, non in linea con le preferenze dei propri lettori, significa non trattarli come agenti autonomi. Scegliendo determinate fonti di informazione, infatti, gli utenti decidono quali siano quelle più adatte a loro, soppesando le ragioni a favore e le ragioni contro di esse. In questo senso, pretendere che siti di news e giornali offrano punti di vista differenti e che non condividono significa ritenere che le persone che li leggono non siano capaci di prendere delle decisioni indipendenti sul modo più adeguato e opportuno di informarsi.

7.3.4. CENSURA

Il metodo più drastico ed efficace per contrastare le fake news è quello di censurare i contenuti falsi, rendendoli non più disponibili, soprattutto sul web. Oscurare le notizie false, infatti, fa sì che le persone non possano fruirne e, quindi, che non siano ostacolate o raggirate nel raggiungimento dei propri piani di vita e preferenze. Nonostante l’efficacia di tale strategia, non vi è dubbio che, dal punto di vista liberale, la censura sia lo strumento maggiormente problematico e controverso, se portata avanti dallo Stato. La censura, infatti, rappresenta una forma di paternalismo epistemico difficilmente giustificabile perché irrispettosa dei cittadini.

26. Il concetto di autonomia può ovviamente essere usato in modo differente, facendo riferimento all’idea di “libertà positiva” proposta da Isaiah Berlin (1958).

Dal punto di vista liberale, i poteri dello Stato devono essere riconosciuti come legittimi dai cittadini, intesi come individui liberi e autonomi, eguali interpreti della morale ed egualmente capaci di scegliere da sé e per sé il proprio piano di vita. In questo senso, conferire allo Stato il potere di decretare e sancire cosa sia vero e cosa sia falso significa privare i cittadini della possibilità di valutare in modo indipendente e autonomo i fatti e le ragioni per agire a loro disposizione²⁷. Ovviamente, questo significa accettare che i cittadini non saranno sempre del tutto razionali nelle loro scelte e che potranno essere sviati da elementi disturbanti che non sono in grado di individuare come problematici. Allo stesso tempo, però, limitare epistemicamente lo spettro delle scelte, delle evidenze e delle informazioni disponibili, non può che corrispondere a una diminuzione di autonomia, intesa come quella capacità di decidere per sé stessi non rimettendosi al giudizio degli altri quando non si ha una ragione indipendente per farlo (Scanlon, 1972, p. 216)²⁸. Inoltre, se lo Stato avesse il potere di decidere che cosa è vero, impendendo ai cittadini di entrare in contatto con notizie e informazioni giudicate false, questi verrebbero privati della possibilità di arrivare a un giudizio indipendente sul modo in cui il potere politico è esercitato e, quindi, sulla giustizia delle leggi emanate.

Sebbene la censura da parte dello Stato non possa che apparire problematica, questo non significa che sarebbe irrazionale o contrario al valore dell'autonomia decidere volontariamente di affidarsi al giudizio di persone che sono più esperte di noi rispetto a particolari temi. Come un paziente si rimette legittimamente al giudizio del proprio medico in merito alla propria salute, così non si tradurrebbe in una diminuzione di autonomia se un individuo decidesse volontariamente di inserire filtri informatici capaci di schermarlo dalle fake news. Prendiamo il caso di Giada, che, consapevole dei propri limiti epistemici e bias cognitivi, chiede a un'amica esperta del settore di predisporre il proprio profilo social in modo da escludere fonti di informazioni controverse o contenuti falsi. A differenza della censura attuata dallo Stato, in questo caso la scelta di non esporsi a evidenze e notizie false sarebbe volontaria e indipendente.

27. Senza contare la difficoltà legate al gioco democratico: se lo Stato potesse censurare ciò che è falso a sua discrezione, ciò che è vero potrebbe cambiare in base al partito che uscisse vincente dalle elezioni. Si tratterebbe di una situazione orwelliana e distopica.

28. È bene considerare che anche difensori del paternalismo epistemico, come Goldman (1991, p. 126), riconoscono la tensione che esiste tra tale strategia di miglioramento epistemico degli individui e il concetto di autonomia. Semplicemente, dal loro punto di vista, il bene epistemico è comunque più importante del valore dell'autonomia.

Per le stesse ragioni, se le piattaforme dei social media decidessero di autoregolamentarsi escludendo le fake news dalle proprie reti non sarebbe problematico o una minaccia all'autonomia individuale. Se piattaforme come Facebook e Twitter decidessero di rimuovere contenuti falsi per offrire un servizio migliore ai propri utenti²⁹, o comunque perché considerato più in linea con il proprio progetto imprenditoriale, non agirebbero in senso paternalista, perché interferirebbero con le pratiche conoscitive degli individui in modo esplicito e senza mirare al loro bene epistemico. Tutti gli utenti iscritti alle piattaforme sarebbero a conoscenza della norma seguita e potrebbero legittimamente e autonomamente decidere di mantenere oppure no il proprio profilo, secondo le proprie preferenze³⁰.

7.4 Conclusioni

In questo saggio ho cercato di affrontare il problema delle fake news analizzando e valutando le diverse strategie possibili e maggiormente discusse per il contenimento e la limitazione di contenuti falsi nel discorso pubblico contemporaneo, soprattutto online. In particolare, ho cercato di comprendere se fact-checking, educazione mediale, nudge e censura possano essere compatibili con il valore liberale dell'autonomia, intesa come la capacità di autodeterminarsi che deve essere riconosciuta in eguale misura a tutti gli individui, al di là delle proprie capacità epistemiche e razionali. Ho cercato di mostrare come a essere maggiormente problematici da questo punto di vista siano quegli interventi paternalisti portati avanti da istituzioni pubbliche, come la censura di Stato e i nudge

29. Come peraltro recentemente è avvenuto, quando per esempio sono stati rimossi alcuni post e tweet del presidente Trump contenenti affermazioni false sul coronavirus (cfr. https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/nordamerica/2020/08/06/coronavirus-fb-cancella-post-di-trump_c9e82fo6-1e4d-496b-a636-6e7e3a227633.html).

30. Una maggiore autoregolamentazione dei social network sui contenuti falsi (come su quelli razzisti, omofobi ecc.) andrebbe nella direzione di rendere le piattaforme social sempre più simili a comitati editoriali, che hanno precisamente il compito di scegliere quali notizie e quali contenuti debbano essere promossi e quali no per i propri lettori e utenti. Sebbene questo cambiamento permetterebbe di avere un maggiore controllo sui contenuti che circolano in rete, non si può non rilevare come si tratti di una contraddizione rispetto all'ideale di Internet e dei social network, creati con l'idea di poter garantire parità di accesso a chiunque.

della diversità, perché in tensione con l'idea che ciascun cittadino debba poter scegliere da sé e per sé riguardo alla propria vita, valutando quali fonti di informazioni scegliere e tutte le ragioni disponibili in modo autonomo e indipendente. Al contrario, il fact-checking (non manipolatorio), l'educazione mediale in età scolare, i nudge dell'accuratezza e l'autoregolamentazione delle piattaforme dei social network appaiono tutte soluzioni compatibili con i valori liberali.

Sebbene non minino il valore dell'autonomia, non si può però non rilevare come queste ultime strategie per il contenimento delle fake news siano anche quelle meno efficaci, o comunque poco utili nel breve periodo. In particolare, fact-checking ed educazione mediale sono strumenti insufficienti per migliorare il discorso pubblico attuale. Similmente, se è vero che l'autoregolamentazione delle piattaforme è sicuramente una strada promettente per la limitazione delle fake news, è altrettanto vero che si tratta di una strategia instabile perché legata alle aspettative degli utenti dei social network e ai progetti dei soggetti privati che li controllano. Per queste ragioni, come ho cercato di mostrare, chi ha davvero a cuore il valore dell'autonomia e guarda con timore a certe forme di paternalismo epistemico deve necessariamente tollerare di avere delle armi spuntate nei confronti delle fake news.

Bibliografia

- AHLSTROM-VIJ K. (2013), *Epistemic Paternalism. A Defence*, Palgrave Macmillan, Basingstoke-New York.
- AMAZEEN M. A. (2017), *Journalistic Interventions. The Structural Factors Affecting the Global Emergence of Fact-Checking*, in "Journalism", 21, 1, pp. 95-111.
- ARCHARD D. (1990), *Paternalism Defined*, in "Analysis", 50, 1, pp. 36-42.
- ARENDT H. (1968), *Truth and Politics*, in Id., *Between Past and Future. Eight Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York, pp. 227-62 (trad. it. *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino 2004).
- BAKIR V., MCSTAY A. (2018), *Fake News and the Economy of Emotions. Problems, Causes, Solutions*, in "Digital Journalism", 6, 2, pp. 154-75.
- BERLIN I. (1958), *Two Concepts of Liberty*, Clarendon Press, Oxford.
- BRENNAN J. (2016), *Against Democracy*, Princeton University Press, Princeton.
- BULLOCK E. (2015), *A Normatively Neutral Definition of Paternalism*, in "The Philosophical Quarterly", 65, 258, pp. 1-21.
- ID. (2018), *Knowing and Not-Knowing for Your Own Good. The Limits of Epistemic Paternalism*, in "Journal of Applied Philosophy", 35, 2, pp. 433-47.

- CLAYTON K. *et al.* (2019), *Real Solutions for Fake News? Measuring the Effectiveness of General Warnings and Fact-Check Tags in Reducing Belief in False Stories on Social Media*, in “Political Behavior”, 19 febbraio.
- CROCE M. (2020), *Epistemic Paternalism, Personal Sovereignty, and One’s Own Good*, in G. Axtell, A. Bernal (eds.), *Epistemic Paternalism. Conceptions, Justifications and Implications*, Rowman & Littlefield, London, pp. 155-68.
- DENTITH M. R. X. (2016), *The Problem of Fake News*, in “Public Reason”, 8, 1-2, pp. 65-79.
- ESTLUND D. (2007) *Democratic Authority. A Philosophical Framework*, Princeton University Press, Princeton.
- FRANKFURT H. G. (2005), *On Bullshit*, Princeton University Press, Princeton.
- GELFERT A. (2018), *Fake News. A Definition*, in “Informal Logic”, 38, 1, pp. 84-117.
- GOLDMAN A. (1991), *Epistemic Paternalism. Communication Control in Law and Society*, in “Journal of Philosophy”, 88, 3, pp. 113-31.
- GRIGNOLIO A. (2019), *Quello che i critici di Burioni non hanno capito della divulgazione scientifica*, in “Wired.it”, 14 gennaio.
- GUTMANN A. (1987), *Democratic Education*, Princeton University Press, Princeton.
- HABGOOD-COOTE J. (2019), *Stop Talking about Fake News!*, in “Inquiry”, 62, 9-10, pp. 1033-65.
- HAMELEERS M., VAN DER MEER T. G. L. A. (2019), *Misinformation and Polarization in a High-Choice Media Environment. How Effective Are Political Fact-Checkers?*, in “Communication Research”, 47, 2, pp. 227-50.
- HAMPTON J. (1989), *Should Political Philosophy be Done Without Metaphysics?*, in “Ethics”, 99, 4, pp. 791-814.
- HAUSMAN D., WELCH B. (2010), *Debate: To Nudge or not to Nudge*, in “The Journal of Political Philosophy”, 18, 1, pp. 123-36.
- JANG S. M., KIM J. K. (2018), *Third Person Effects of Fake News. Fake News Regulation and Media Literacy Interventions*, in “Computers in Human Behavior”, 80, pp. 295-302.
- JASTER R., LANIUS D. (2018), *What Is Fake News?*, in “Versus”, 2, 127, pp. 207-27.
- JOHN S. (2019), *Science, Truth, and Dictatorship. Wishful Thinking or Wishful Speaking?*, in “Studies in History and Philosophy of Science”, 78, pp. 64-72.
- KANT I. (1797), *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, in “Berlinerische Monatsschrift”, 28, pp. 485-504.
- KRAUSE N. M. *et al.* (2019), *Fake News. A New Obsession with and Old Phenomenon?*, in J. E. Katz, K. K. Mays (eds.), *Journalism and Truth in an Age of Social Media*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 58-78.
- LAZER D. M. *et al.* (2018), *The Science of Fake News*, in “Science”, 359, pp. 1094-6.
- LEVY N. (2017), *Nudges in a Post-Truth World*, in “Journal of Medical Ethics”, 43, 8, pp. 495-500.
- MIHAILIDIS P., VIOTTY S. (2017), *Spreadable Spectacle in Digital Culture. Civic*

- Expression, Fake News, and the Role of Media Literacies in "Post-Fact" Society*, in "American Behavioral Scientist", 61, 4, pp. 441-54.
- MILL J. S. (1859), *On Liberty*, J. W. Parker and Son, London (trad. it. *Saggio sulla libertà*, il Saggiatore, Milano 2002).
- MUKERJI N. S. (2018), *What Is Fake News?*, in "Ergo", 5, 35, pp. 923-46.
- OTTONELLI V. (2019), *Disinformazione e democrazia. Che cosa c'è di fake nelle fake news?*, in G. Bistagnino, C. Fumagalli (a cura di), *Fake news, post-verità e politica*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, pp. 92-115.
- PENNYCOOK G. et al. (2020), *Fighting COVID-19 Misinformation on Social Media. Experimental Evidence for a Scalable Accuracy-Nudge Intervention*, in "Psychological Science", 31, 7, pp. 770-80.
- PIAZZA T., CROCE M. (2019), *Epistemologia delle Fake News*, in "Sistemi Intelligenti", 31, 3, pp. 439-68.
- PRITCHARD D. (2013), *Epistemic Paternalism and Epistemic Value*, in "Philosophical Inquiries", 1, 2, pp. 9-37.
- RAWLS J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York.
- RINI R. (2017), *Fake News and Partisan Epistemology*, in "Kennedy Institute of Ethics Journal", 27, 2nd Supplement, pp. E43-64.
- RIVA G. (2018), *Fake News. Vivere e sopravvivere in un mondo post-verità*, il Mulino, Bologna.
- SCANLON T. (1972), *A Theory of Freedom of Expression*, in "Philosophy and Public Affairs", 1, 2, pp. 204-26.
- SHIN J., THORSON K. (2017), *Partisan Selective Sharing. The Biased Diffusion of Fact-Checking Messages on Social Media*, in "Journal of Communication", 67, 2, pp. 233-55.
- SOMIN I. (2016), *Democracy and Political Ignorance. Why Smaller Government Is Smarter*, Stanford University Press, Stanford.
- STARR D. (2020), *Fighting Words*, in "Science", 367, 6473, pp. 16-9.
- SWIRE B., ECKER U., LEWANDOWSKY S. (2017), *The Role of Familiarity in Correcting Inaccurate Information*, in "Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition", 43, 12, pp. 1948-61.
- TABER C. S., LODGE M. (2006), *Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs*, in "American Journal of Political Science", 50, 3, pp. 755-69.
- TAPPIN B. M., VAN DER LEER L., MCKAY R. T. (2017), *The Heart Trumps the Head. Desirability Bias in Political Belief Revision*, in "Journal of Experimental Psychology: General", 146, 8, pp. 1143-9.
- THALER R. H., SUNSTEIN C. R. (2008), *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven.
- THORNHILL C. et al. (2019), *A Digital Nudge to Counter Confirmation Bias*, in "Frontiers in Big Data", 2, art. 11.
- VILLA R. (2019), *La comunicazione della scienza non è un campo di battaglia*, in "Wired.it", 15 gennaio.

Nudging contro nudging Big data, privacy e paternalismo¹

di *Francesca Pasquali*

8.1

Due forme di nudging

Ho comprato un trolley giallo. Avevo in mente di acquistare un nuovo trolley da tempo e avevo effettuato ricerche online, senza successo. Quando mi ero ormai arresa, all'interno dell'applicazione che uso per ascoltare podcast, è comparsa l'immagine di un bellissimo trolley giallo. Cliccando sull'immagine, sono stata reindirizzata a un sito di vendite online e, in due minuti, ho finalizzato l'acquisto. È chiaro che sono stata oggetto di un annuncio pubblicitario mirato molto efficace: se non l'avessi ricevuto, non avrei comprato il trolley. È chiaro anche che non avrei visualizzato l'annuncio se avessi prestato maggiore attenzione alla tutela della mia privacy e avessi optato per impedire la raccolta dei miei dati a scopi di profilazione.

È meno chiaro se, non proteggendo i miei dati, mi sia esposta al rischio di essere indotta a compiere scelte non autonome, ma orientate o dettate da pratiche di nudging come la pubblicità mirata. Si tratta, dunque, di esaminare i rischi associati a questa strategia commerciale che si avvale di dati personali e di evidenziare cosa comporti ritenerla lesiva dell'autonomia individuale. Questa non è però l'unica forma di nudging rilevante quando si tratta di privacy. Almeno da quando è in vigore il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)², chi naviga in rete è continuamente sollecitato a prendere visione della privacy policy adottata da gestori di siti o servizi digitali e a scegliere il livello di protezione

1. Ringrazio Giulia Bistagnino, con la quale ho discusso a lungo i temi di questo saggio.

2. Si tratta del Regolamento UE n. 2016/679.

dei propri dati, decidendo se acconsentire all'utilizzo di meccanismi per la loro raccolta, archiviazione e analisi oppure no. È opportuno quindi chiarire anche quali siano le finalità di questo secondo tipo di nudging e valutarne le implicazioni. Nelle prossime pagine, il tema della tutela della privacy è affrontato sullo sfondo di questo nudging contro nudging tra attori privati e autorità pubbliche, che si comprende meglio con riferimento alla peculiarità dei rischi per la privacy in quella che è stata definita l'“era dei big data” (Lorh, 2012).

8.2

Big data e privacy

Sin dai suoi esordi, il dibattito sulla privacy si è articolato seguendo lo sviluppo tecnologico nei settori della comunicazione e dell'informazione. Se, per Warren e Brandeis (1890, p. 195, trad. mia), nel loro articolo seminale del 1890, le «recenti invenzioni e i recenti modelli di business» che mettono a rischio il diritto «di essere lasciati in pace» erano la fotografia e il diffondersi dei quotidiani illustrati, al centro della riflessione sulla privacy ci sono ora le nuove tecnologie digitali e i metodi analitici legati ai big data.

L'espressione *big data* è ormai di uso comune, ma rimane ambigua (De Mauro, Greco, Grimaldi, 2015). In senso stretto, indica i dati prodotti da ognuno di noi attraverso l'utilizzo di strumenti e servizi digitali. Si tratta di *big data* perché sono tanti e sono generati a notevole velocità: gli strumenti digitali e collegati in rete sono pervasivi e molte delle nostre azioni, anche le più ordinarie – pagare con la carta di credito, usare il navigatore per raggiungere una meta o guardare un film su una piattaforma di streaming – generano ingenti flussi di dati. Sono dati che presentano una varietà di formati: possono essere voci all'interno di dataset strutturati oppure testi, immagini, video, geolocalizzazioni, interazioni e molto altro. In senso più ampio, con big data si indicano anche le tecnologie utilizzate per archiviare o processare questo vasto e variegato insieme di dati e i metodi analitici impiegati per aggregarli e ricavarne informazioni. Infine, e in modo ancor più generale, l'espressione si riferisce a un fenomeno che rimanda all'uso intensivo di strumenti digitali e al modo in cui i dati che si generano sono adoperati, un fenomeno che promette di avere un notevole impatto sull'organizzazione delle nostre società (Boyd, Crawford, 2012), a livello non solo economico e politico ma

anche culturale (Mayer-Schönberger, Cukier, 2013). Questo fenomeno e la disponibilità di una mole sostanziosa di dati, insieme alle tecnologie e ai sistemi analitici per esaminarli, hanno implicazioni rilevanti anche rispetto alla privacy e alla sua tutela.

La definizione di “privacy” non è ambigua ma rimane controversa. È, infatti, controverso stabilire se “privacy” rimandi soltanto al controllo da parte di ogni individuo sulle informazioni che lo riguardano (Westin, 1967) o copra un ambito semantico più ricco e articolato, definito dai particolari interessi o beni tutelati dal diritto alla privacy, tra i quali rientrano, per esempio, l'autonomia, la dignità personale (Bloustein, 1964) e l'intimità (Gerstein, 1978; Inness, 1992). Senza entrare in dispute definitorie, sembra che la privacy informazionale, ovvero la privacy intesa come controllo sull'accesso ai propri dati e sul loro utilizzo da parte di terzi, permetta di cogliere la specificità dei rischi associati ai big data. In effetti, i big data e le tecnologie rilevanti per ricavarne informazioni sembrano minare proprio la possibilità di controllo da parte degli individui sui propri dati personali.

Utilizzando strumenti digitali, gli individui forniscono un elevato numero di informazioni, ognuna delle quali, presa singolarmente, può apparire del tutto insignificante. Tuttavia, attraverso sistemi analitici e algoritmi sempre più sofisticati, dati disparati e, a prima vista, poco rilevanti sono aggregati e ricondotti a profili individuali e, addirittura, a individui in carne e ossa. Questo processo di aggregazione e profilazione permette di rivelare o anticipare, per esempio, preferenze, inclinazioni e modelli comportamentali di singoli individui (Solove, 2006; Rubinstein, 2013). È proprio l'uso aggregato dei dati personali a generare particolari problemi (Solove, 2004). Infatti, fornendo piccoli pezzi di informazione su di sé, gli individui stanno rivelando molto più di quanto credano e, dunque, non hanno il pieno controllo su quanto di ciò che li riguarda è comunicato a terzi, né possono prevedere appieno il modo in cui queste informazioni aggiuntive saranno utilizzate (Cohen, 1999). In questo senso, le tecnologie e i sistemi analitici legati ai big data, pur costituendo un'opportunità in vari settori, rappresentano un potenziale rischio per la privacy informazionale.

L'utilizzo dei big data è sicuramente rilevante per l'avanzamento di ricerche scientifiche e fruttuoso sia per le autorità pubbliche, sia per gli attori privati. Tuttavia, le informazioni aggiuntive su singoli individui dedotte attraverso l'analisi dei big data possono essere impiegate tanto a beneficio degli individui stessi e per finalità di pubblica utilità, quanto

a vantaggio non degli individui che rivelano i propri dati personali ma di chi li raccoglie (van den Hoven, 2008). Governi e amministrazioni locali possono sfruttare i big data per incrementare l'efficienza dei servizi pubblici, identificare in modo più immediato ambiti che necessitano di interventi mirati e pianificare politiche in linea con le esigenze dei cittadini (Desouza, Jacob, 2017). Possono però anche sfruttare i big data per rendere più efficaci e capillari i propri sistemi di sorveglianza e repressione³. Allo stesso modo, i big data sono una risorsa nel settore privato e possono essere utilizzati dalle aziende per fornire servizi o prodotti migliori ai propri clienti o per incrementare l'efficienza dei processi produttivi, riducendo i prezzi al consumo. Le aziende possono però utilizzare i big data non a favore di utenti e consumatori ma per ottenere posizioni di vantaggio rispetto ai concorrenti o per avere un maggior controllo sui propri dipendenti. Tenendo conto, quindi, che l'utilizzo dei big data non è sempre a beneficio di chi fornisce informazioni, è opportuno individuare in modo più specifico alcune categorie di rischi che derivano dalla mancata tutela della privacy⁴.

In primo luogo, i dati personali possono essere utilizzati per scopi fraudolenti o criminali, che vanno dalla clonazione della carta di credito al furto di personalità. In secondo luogo, gli individui non sempre hanno piena cognizione del modo in cui i propri dati sono utilizzati (Solove, 2013) o delle informazioni di cui sono in possesso le aziende. C'è, quindi, un'asimmetria informazionale, che può essere sfruttata, per esempio, per definire i prezzi in modo differenziale e non necessariamente equo, avvantaggiando le aziende a scapito dei consumatori. In terzo luogo, l'esposizione di dati personali può avere effetti discriminatori che si generano principalmente quando tali dati sono utilizzati in sfere diverse rispetto a quelle rilevanti (Nissenbaum, 2004): i dati personali riguardanti la sfera sanitaria, per esempio, possono determinare svantaggi quando utilizzati nella sfera lavorativa, precludendo alcune opportunità d'impiego a chi presenta certe condizioni mediche. Infine, è abbastanza diffusa l'idea che l'autonomia decisionale dei singoli sia messa a rischio dalla mancata tutela dei dati personali. Come suggerito, è possibile che singole informazioni siano aggregate attraverso sofisticati metodi analitici che

3. Sull'uso di tecnologie digitali e big data da parte di regimi non democratici, cfr. Deibert (2015).

4. Sono qui riprese le categorie indicate in van den Hoven (2008) e van den Hoven *et al.* (2019), categorie anche richiamate a proposito dei rischi per "i diritti e le libertà delle persone fisiche" nel Considerando n. 75 del GDPR.

consentono, senza che gli individui ne siano pienamente consapevoli, la loro profilazione. Di conseguenza, «la mancanza di privacy può esporre le persone a forze esterne che influenzano le loro scelte e le inducono a prendere decisioni che altrimenti non avrebbero preso» (van den Hoven *et al.*, 2019, trad. mia).

È su quest'ultimo aspetto che si concentrerà l'analisi svolta nelle prossime pagine, non perché le altre categorie di rischio associate alla mancata tutela della privacy siano poco rilevanti, tutt'altro. Sembra evidente che misure preventive o sanzionatorie siano necessarie quando i dati personali sono utilizzati in modo fraudolento o a fini discriminatori, sia sul piano delle transazioni economiche, sia su quello dell'accesso a opportunità e servizi. Appare invece più controversa – e, dunque, più interessante da analizzare – l'idea che l'uso di dati personali e di sistemi di profilazione tenda a minare l'autonomia decisionale degli individui. È anche meno evidente quali misure siano appropriate per rispondere a questo rischio, ammesso che si tratti di un rischio effettivo. Vale quindi la pena di indagare le implicazioni associate all'idea che la profilazione e la pubblicità mirata siano lesive dell'autonomia decisionale, per poi analizzare gli interventi appropriati per evitare che, attraverso l'uso dei big data, le scelte individuali risultino eterodirette⁵.

8.3

Pubblicità mirata, autonomia e nudging

Molti servizi digitali non sono a pagamento, ma non sono nemmeno gratuiti. Quando l'utilizzo di un servizio digitale non richiede un pagamento in denaro, ciò che genera profitti non è la vendita del servizio stesso, ma i dati degli utenti. In effetti, i gestori di servizi digitali ottengono ricavi raccogliendo i dati degli utenti e mettendoli a disposizione di terzi dietro compenso. Per esempio, utilizzando un sistema di ricerca per informarmi circa le opzioni di acquisto per un nuovo trolley, fornisco dati sui miei interessi al gestore del servizio. Questi dati saranno utilizzati per fare in modo che, nelle mie prossime navigazioni online o all'interno delle mie applicazioni, io visualizzi annunci pubblicitari mirati: invece di pubbli-

5. Oltre che problematiche in termini di privacy, queste pratiche sono anche interpretate come meccanismi alla base di un nuovo modello economico (Zuboff, 2019) e come fattori che tendono a rimodellare la nostra percezione della realtà (Vaidhyanathan, 2012).

cià di attrezzi da giardinaggio, che difficilmente acquisterò, visualizzerò pubblicità di trolley, che potrei essere molto interessata a comprare. La vendita di spazi pubblicitari consente a molti siti o applicazioni di mantenersi operativi senza richiedere un pagamento diretto da parte degli utenti. Le aziende interessate a occupare tali spazi pubblicitari pagano, oltre allo spazio in sé, una quota aggiuntiva ai gestori di ricerche online per minimizzare le spese e massimizzare i profitti: annunci pubblicitari di trolley appariranno solo a chi è potenzialmente interessato ad acquistarli – non a chi fa giardinaggio – e risulteranno particolarmente efficaci, perché avranno buone probabilità di attirare l'attenzione⁶. Chi ritiene che l'utilizzo di dati a fini di profilazione e, dunque, per proporre annunci mirati metta a rischio l'autonomia decisionale evidenzia diversi aspetti problematici di questo meccanismo.

Innanzitutto, si tratta di un meccanismo che tende a rimanere opaco, quasi invisibile (Richards, King, 2013). Siamo tanto abituati a utilizzare servizi digitali di varia natura che tendiamo a darli per scontati e a non interrogarci sul loro funzionamento. È plausibile, infatti, che gli utenti di un servizio apparentemente gratuito non siano consapevoli che è in corso una transazione economica che implica la raccolta dei loro dati personali. È anche plausibile che, sebbene consci di questa transazione, gli utenti non sappiano con precisione che cosa comporti, ovvero non sappiano che i propri dati saranno sfruttati per proporre loro annunci pubblicitari mirati⁷. Tuttavia, se qualcuno è interessato a capire perché ottimi servizi digitali siano disponibili gratuitamente, non è difficile trovare una spiegazione. In caso di dubbio o curiosità, basta poco per scoprire che i siti web si mantengono attraverso la pubblicità e che i gestori di servizi digitali si mantengono attraverso la raccolta di dati, fungendo da intermediari tra chi è interessato a vendere i propri prodotti, chi ospita le pubblicità e gli utenti, ovvero i potenziali acquirenti. Nel caso di una classica transazione in denaro, quando il prezzo ci sembra troppo basso, possiamo chiedere spiegazioni e, se non riceviamo risposte o la spiegazione non ci convince, possiamo evitare di concludere l'acquisto. Allo stesso modo, se qualcosa non ci convince nel fatto che i servizi digitali

6. Per analisi più puntuali di questo meccanismo, cfr. Evans (2009) e Craig, Ludloff (2011).

7. Cfr. Boerman, Kruikemeier, Zuiderveen Borgesius (2017) per una rassegna della letteratura sui metodi di raccolta dei dati utilizzati per la pubblicità mirata, la loro trasparenza e intelligibilità, la loro efficacia e il modo in cui sono percepiti dagli individui.

siano gratuiti, possiamo indagare e, scoperto il meccanismo, possiamo decidere se utilizzarli o meno.

Questo tipo di argomento, però, non risolve del tutto il problema. L'accessibilità e la trasparenza delle informazioni è fondamentale, ma è piuttosto diffusa l'idea che questioni legate all'utilizzo dei big data siano tanto complesse da rendere difficile comprenderne appieno le implicazioni, anche se si hanno tutte le informazioni rilevanti (Solove, 2013; Acquisti *et al.*, 2017). In quest'ottica, anche se gli utenti hanno le informazioni necessarie, si può sospettare che non siano pienamente consapevoli dei rischi. Si può ribattere che, se questo problema si dà rispetto ai servizi digitali, si dà anche in molti altri ambiti, per lo meno in quelli che presentano un certo livello di complessità. Si potrebbe, per esempio, chiedere perché dovremmo ritenere che, una volta letti i loro programmi politici, gli elettori siano capaci di comprendere le implicazioni associate alla scelta di votare per un partito piuttosto che per un altro. Tuttavia, l'analogia tra scelte relative alla tutela della privacy e scelte che riguardano altri ambiti complessi, così come quella tra transazioni in dati e transazioni in denaro, non sono sufficienti per rispondere a chi enfatizza i rischi per l'autonomia legati alla mancata di tutela della privacy. Le analogie non funzionano perché, per chi adotta questa posizione, la privacy non è «un bene qualunque, come i bagel caldi o le auto veloci», ma «ha un valore speciale» ed è considerata «la chiave per lo sviluppo della personalità e per l'autonomia morale» (Allen, 2011, p. 20, trad. mia).

Chi enfatizza i rischi associati alle pratiche di profilazione ritiene che le scelte circa l'utilizzo di un servizio digitale – che richiede come contropartita non denaro ma dati personali – abbiano implicazioni diverse da quelle associate a una normale transazione economica. Transazioni in denaro possono avere ripercussioni anche gravi sulla disponibilità di risorse per soddisfare bisogni o preferenze. Una transazione che avviene utilizzando dati personali come moneta di scambio, invece, ha ricadute sulla stessa capacità di decidere quali preferenze perseguire: fornendo dati personali, riveliamo informazioni che possono essere sfruttate per indurci a soddisfare una certa preferenza o anche per indurci ad adottare certe preferenze. Allo stesso modo, se le decisioni legate ad ambiti complessi, come quello politico, possono essere sviate da un'impropria comprensione, non è detto che comportino una ricaduta in termini di autonomia decisionale: si può compiere una scelta sbagliata, ma non si perde necessariamente la capacità di decidere autonomamente. Infatti, per chi sostiene la posizione qui in questione, quando sono in ballo decisioni rispetto alla

tutela della privacy, l'impatto è proprio sull'autonomia decisionale: rivelando dati, gli individui forniscono, in modo indiretto e potenzialmente inconsapevole, informazioni che saranno utilizzate per indurli a compiere determinate scelte. È la disponibilità di informazioni personali sui singoli utenti che permette di organizzare lo spazio digitale – le pagine di contenuti online che consultiamo, i siti di vendita online che adoperiamo e così via – e di personalizzarlo in modo che ognuno visualizzi opzioni particolarmente allettanti e sia così indotto a comprare certi prodotti. È una forma di nudging che sembra essere piuttosto efficace.

Thaler e Sunstein (2008, trad. it. p. 12) intendono per “nudge” un «qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile», ovvero un intervento che modifica il contesto all'interno del quale un individuo deve compiere una scelta con l'obiettivo di influenzare tale scelta. Analogamente, in ambito digitale, con “nudge” si indica «l'uso di elementi nel design dell'interfaccia utente per guidare il comportamento degli individui negli ambienti di scelta digitale» (Weinmann, Schneider, Vom Brocke, 2016, trad. mia)⁸. Pratiche di nudging, digitali o analogiche, mirano quindi a influenzare le scelte individuali e a orientarle verso l'opzione che chi interviene sul contesto decisionale ritiene desiderabile alla luce di fini autointeressati come il profitto, di finalità sociali o di obiettivi paternalistici. Non è quindi sorprendente che pratiche di nudging siano ritenute potenzialmente lesive dell'autonomia decisionale, soprattutto quando sfruttano bias cognitivi e risultano opache. Per esempio, rispetto al nudge digitale, si può ritenere che:

Architettando deliberatamente e segretamente i nostri contesti di scelta per guidare il nostro processo decisionale, la manipolazione online minaccia la nostra competenza di deliberare sulle nostre opzioni, formulare intenzioni su di esse e agire sulla base di quelle intenzioni. E poiché [...] le pratiche manipolative spesso funzionano prendendo di mira e sfruttando le nostre vulnerabilità decisionali [...] mettono a rischio anche la nostra capacità di riflettere sulle nostre ragioni [...] per agire e per adottarle come autenticamente nostre (Susser, Roessler, Nissenbaum, 2019, p. 10, trad. mia).

Non è possibile argomentare qui in modo compiuto pro o contro la critica ai nudge che ne evidenzia i rischi per l'autonomia decisionale. Si

8. Sulle questioni etiche rilevanti rispetto al nudging digitale, cfr. Lembecke *et al.* (2019).

tratta, piuttosto, di chiarire le implicazioni associate a due posizioni contrapposte quando questa questione è ricondotta agli effetti del nudging digitale. Da un lato, se si ritiene che pratiche di nudging, per quanto influenzino le scelte individuali, non minino l'autonomia decisionale, la pubblicità mirata o altri interventi sugli ambienti di scelta digitale possono essere problematici, ma non perché volti a orientare le nostre decisioni. Dall'altro, se si ritiene che il nudge sia sostanzialmente manipolatorio e metta a rischio l'autonomia decisionale, pratiche di nudging come la pubblicità mirata risultano altamente problematiche e sono opportune soluzioni che proteggano gli individui. Più nello specifico, siccome il nudging digitale si avvale di dati forniti dagli individui per dirottare le loro scelte, le soluzioni rilevanti devono essere in grado di disinnescare questo meccanismo, intervenendo sulla protezione dei dati e tutelando quindi la privacy.

8.4

Privacy e paternalismo

Per chi collega la divulgazione di dati con un sostanziale pericolo per l'autonomia, hanno particolare rilevanza soluzioni paternalistiche volte a indurre gli individui a proteggere meglio la propria privacy⁹. Sono paternalistiche in quanto interferiscono attivamente con le scelte degli individui in vista di promuovere ciò che è considerato nell'interesse degli individui stessi, ma hanno una connotazione particolare che è il caso di enfatizzare.

Innanzitutto, si tratta di una forma di paternalismo perfezionista o morale (Dworkin, 2005). Solitamente, interventi di stampo paternalistico prevedono uno scambio tra beni: limitano l'autonomia decisionale

9. Una posizione netta a favore di interventi paternalistici in materia di privacy è sostenuta da Anita Allen, che qualifica la privacy come un bene politico fondativo per società liberali e democratiche, a rischio di essere esautorato «quando si decide di ostentare, esporre e condividere piuttosto che essere riservati, nascondere e tenere per sé» (Allen, 2011, p. 171, trad. mia). L'idea difesa da Allen è che «un governo possa proteggere e promuovere forme di privacy fisica e informazionale», che possa «imporre» la tutela della privacy e possa «proibire la rinuncia» a tale tutela (ivi, p. 9, trad. mia). Infatti, per Allen, la privacy non indica soltanto un diritto inalienabile, ma un dovere verso la collettività e sé stessi. Non è possibile discutere qui se la privacy sia un dovere o un diritto e se sia un diritto inalienabile o meno. Per due posizioni opposte, cfr. Allen (2012) e Moore (2018).

degli individui per promuovere un altro bene rilevante per gli individui stessi, quale, per esempio, il loro benessere. Gli interventi a tutela della privacy sembrano non prevedere questo tipo di scambio: interferiscono con l'autonomia decisionale per proteggere la privacy, che è però ritenuta condizione necessaria per la stessa autonomia decisionale. Tuttavia, l'assenza di uno scambio tra beni di carattere differente è solo apparente. Infatti, le limitazioni riguardano l'autonomia intesa semplicemente come la capacità di decidere per sé alla luce di qualunque considerazione ritenuta rilevante, quindi, di qualunque preferenza, credenza o informazione. Questo tipo di autonomia è sacrificato per promuovere l'autonomia intesa, invece, come la capacità di decidere alla luce di preferenze autentiche, credenze vere e informazioni accurate e pertinenti. Si tratta quindi di una forma di paternalismo che presuppone una specifica idea del bene e che mira a migliorare gli individui da un punto di vista morale, rendendoli autonomi in senso più forte, ovvero promuovendone la capacità di effettuare scelte consapevoli, compiute con il pieno controllo sulle proprie inclinazioni e sapendo distinguere, per esempio, tra preferenze genuine e preferenze non genuine. Questi interventi paternalistici a tutela della privacy sono giustificati dall'assunto che gli individui tendano a non riflettere accuratamente sulle proprie preferenze quando affrontano il trade-off tra i benefici immediati di usufruire di un ottimo servizio digitale apparentemente gratuito, da un lato, e le implicazioni a lungo termine di rivelare dati personali, prezzo necessario per usufruire del servizio, dall'altro. L'idea di fondo è che di fronte a decisioni di questo tipo, gli individui non scelgano in modo pienamente autonomo perché, come già sottolineato, non comprendono a fondo le implicazioni associate alle diverse opzioni¹⁰. Dato che si tratta di decisioni che possono rendere gli individui vulnerabili a forme di nudging come la pubblicità mirata, che ne mina l'autonomia, è legittimo intervenire e proteggere gli individui da sé stessi.

Sono opportune due considerazioni preliminari. Primo, questa concezione esigente di autonomia implica che non spetti a un individuo il giudizio sul proprio grado di autonomia: il singolo può sempre prendere una cantonata, può ritenere di agire alla luce di preferenze genuine e in modo informato, mentre agisce spinto da preferenze indotte o senza

10. Questo sarebbe confermato dallo scarto tra il valore che gli individui attribuiscono alla tutela dei propri dati e i comportamenti che adottano. Si tratta del *privacy paradox* (Norberg, Horne, Horne, 2007).

aver analizzato o compreso le informazioni rilevanti. Quando ho comprato il mio trolley giallo, ho avuto l'impressione di compiere una scelta autonoma, ma potrei essermi completamente sbagliata. Questa non è di per sé una critica al modello di autonomia esigente abbracciato da chi ritiene opportuno intervenire in modo paternalistico a tutela della privacy: è solo un'implicazione di questo approccio. Secondo, in base a questa concezione esigente di autonomia, nessun individuo è mai perfettamente autonomo. Non siamo esseri noumenici: siamo sempre soggetti a condizionamenti esterni che possono influenzare le nostre preferenze, oltre a essere caratterizzati da limiti epistemici che possono impedirci di deliberare correttamente, di soppesare tutte le informazioni o di stabilire quali informazioni siano accurate e quali no. Anche questa, di per sé, non è una critica al modello esigente di autonomia o a chi propone interventi paternalistici a tutela della privacy, anzi. Tali interventi non pretendono di creare individui perfettamente autonomi e conformi al modello di autonomia adottato, ma solo di indurli ad aspirare a essere automi secondo le modalità previste, anche se una piena corrispondenza al modello è impossibile¹¹.

In vista di questo fine, le modalità adottate per tutelare la privacy sono quelle del paternalismo *soft*, che si prefigge non di escludere o imporre certe opzioni ma di verificare se chi intende selezionare un'opzione lo stia facendo in modo volontario e con cognizione di causa. Adottare forme di paternalismo *hard*¹², che rendono del tutto indisponibili alcune opzioni, sarebbe controproducente dato che l'obiettivo è incoraggiare gli individui a essere autonomi in senso proprio, a essere agenti che decidono solo dopo aver indagato le proprie preferenze e soppesato attentamente le alternative rilevanti. In effetti, se la possibilità di rivelare i propri dati fosse del tutto esclusa attraverso qualche magheggio tecnico, gli individui sarebbero privati della possibilità di fare esercizio di autonomia, ovvero di acquisire l'attitudine e le capacità necessarie per essere pienamente autonomi, per quanto possibile. Misure a tutela della privacy che invitano a compiere questo tipo di esercizio assumono spesso la forma di interventi che richiedono il consenso informato ed esplicito da parte degli individui. La centralità di questa nozione di consenso in materia di privacy

11. Anche autori che enfatizzano i rischi per l'autonomia legati al nudging digitale sottolineano che far coincidere l'autonomia con la totale assenza di condizionamenti esterni è irrealistico. Cfr., per esempio, Susser, Roessler, Nissenbaum (2019).

12. Sulla distinzione tra paternalismo *hard* e *soft*, cfr. Feinberg (1986).

è evidente nel testo del GDPR, la normativa in materia di tutela dei dati personali adottata dall'Unione Europea nel 2016.

Il GDPR si propone di fare i conti con «la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione» che «comportano nuove sfide per la protezione dei dati» (Considerando n. 6), qualificando «la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale» come «un diritto fondamentale» (Considerando n. 1). In particolare, il GDPR stabilisce che, «perché sia lecito, il trattamento di dati personali dovrebbe fondarsi sul consenso dell'interessato» (Considerando n. 40). Il testo del GDPR chiarisce che:

Il consenso dovrebbe essere espresso mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano, ad esempio mediante dichiarazione scritta, anche attraverso mezzi elettronici, o orale. Ciò potrebbe comprendere la selezione di un'apposita casella in un sito web (Considerando n. 32).

Chiunque navighi in Internet o utilizzi servizi e strumenti digitali sa che cosa questo voglia dire. Il GDPR è un'esperienza quotidiana: ogni volta che approdiamo a un sito mai visitato in precedenza o scarichiamo una nuova applicazione, ci appare un banner che ci informa della possibilità di visualizzare la privacy policy adottata dal gestore del sito o dell'applicazione e che ci segnala la possibilità di personalizzare le impostazioni relative alla raccolta dei nostri dati. Questa modalità di protezione della privacy, che prevede una forma di autogestione, può essere ritenuta inadeguata, non solo perché non sempre i banner sono efficaci nell'attirare l'attenzione, ma anche perché, come già indicato, non è detto che gli individui comprendano appieno il contenuto delle privacy policy o il modo in cui saranno effettivamente utilizzati i loro dati (Cate, 2006; Barocas, Nissenbaum, 2009; Solove, 2013).

Efficaci o inefficaci che siano, questi banner sono una forma di nudging digitale: modificano l'interfaccia di siti o applicazioni per indurre gli utenti a soffermarsi sulle questioni legate alla tutela dei propri dati, leggendo la privacy policy ed effettuando scelte esplicite a questo proposito. Come le altre forme di nudging, i banner pro-privacy non hanno carattere coercitivo: è possibile farli sparire con un click, evitando di leggere la privacy policy e accettando tutti i cookie di profilazione che saranno installati sui nostri dispositivi. Ora, proprio in quanto rappresentano una forma di nudging, si potrebbe ritenere che i

banner pro-privacy siano particolarmente problematici per chi sostiene, in generale, che i nudge minino l'autonomia decisionale. Tuttavia, non è affatto così. Chi adotta questa posizione sottoscrive anche l'idea che l'autonomia in senso proprio non coincida con la capacità di decidere per sé tout court, ma con la capacità di decidere in modo pienamente consapevole e con cognizione di causa. È soltanto leggendo con attenzione la privacy policy e le informazioni relative all'utilizzo dei propri dati che si esercita appieno l'autonomia intesa in questo senso forte. Dunque, i banner pro-privacy, che ci invitano a fare esattamente questo, non minano ma semmai promuovono l'autonomia nella sua forma genuina. Per chi ritiene che il bene degli individui consista nell'approssimare uno specifico modello di autonomia e che le autorità pubbliche siano legittimate a promuovere attivamente, anche in modo paternalistico, questo modello, i banner pro-privacy non sono controversi, anzi. In quest'ottica, mentre il nudging rappresentato dalla pubblicità mirata sfrutta proprio le debolezze di una forma inautentica di autonomia per indurre gli individui a compiere scelte non genuine, i nudge pro-privacy intendono scardinare questa autonomia illusoria promuovendo una forma autentica di autonomia. Pratiche di nudging del primo tipo sono quindi illegittime, mentre quelle del secondo tipo sono perfettamente giustificate. La questione è chiusa e con successo. Rimane invece aperta la domanda se i banner pro-privacy siano problematici per chi ritiene che, per quanto possano interferire con le scelte individuali, i nudge non minino affatto l'autonomia individuale.

8.5

Banner pro-privacy

Se si ritiene che i nudge, in generale, non minino l'autonomia decisionale, anche quelli a tutela della privacy devono essere considerati come semplici interferenze nel processo deliberativo, al pari di tutti gli altri fattori che definiscono l'architettura delle scelte, fattori che possono influenzare le decisioni individuali ma che non mettono a rischio la capacità di decidere per sé. Tuttavia, come per i sostenitori di una concezione esigente di autonomia è possibile distinguere tra pratiche di nudging giustificate e ingiustificate, anche per chi ritiene che i nudge non ledano l'autonomia è possibile tracciare distinzioni, non valutando se i nudge favoriscano o meno l'autonomia, ma considerandone finalità e architetti.

Le pubblicità mirate sono nudge architettati da attori privati, principalmente aziende, per sponsorizzare i propri prodotti e incrementare i propri profitti. Sono dunque congeniati in vista di finalità private e autointeressate. Anche se avessero finalità diverse e promuovessero obiettivi di carattere sociale o particolari visioni della vita buona, non avrebbero la coerenza e la pervasività che hanno interventi di questo tipo messi in campo dalle autorità pubbliche. Sarebbero uno dei tanti nudge, in questa o quella direzione, che incontriamo tutti i giorni nella sfera privata. I nudge pro-privacy, invece, rispondono a direttive che provengono dalle autorità pubbliche e mirano a promuovere la tutela dei dati personali per salvaguardare l'autonomia decisionale degli individui. È opportuno enfatizzare che mentre con un po' d'ingegno ci si può liberare dalla pubblicità mirata se la si ritiene invasiva o fastidiosa, proprio perché promossi dalle autorità pubbliche, è esclusa la possibilità di scegliere di non visualizzare mai più i banner pro-privacy. Continueranno ad apparire ogni volta che visitiamo un nuovo sito o installiamo una nuova applicazione, ma non è affatto oneroso ignorarli, basta un click per farli sparire.

Si può pensare che, se non siamo interessati a leggere la privacy policy o a selezionare particolari opzioni a tutela dei nostri dati, dover compiere questa semplice operazione per eludere i nudge pro-privacy sia davvero un piccolo costo da pagare se la contropartita è proteggere chi, non prestando attenzione alla protezione dei propri dati, si espone a pratiche di profilazione e nudging che ne mineranno l'autonomia. Questo argomento, però, non coglie nel segno. Chi ritiene che i nudge, pubblicitari o pro-privacy, non siano lesivi dell'autonomia non intende far valere il costo di ricevere ripetutamente – e dover ripetutamente ignorare – nudge pro-privacy come una ragione per non proteggere i più vulnerabili, ovvero gli individui che hanno idee poco chiare circa i rischi per l'autonomia insiti nello sfruttamento dei dati personali a fini pubblicitari. Chi adotta questa posizione, infatti, non vede nella pubblicità mirata un rischio per l'autonomia.

Anche se argomenti che rimandano alla vulnerabilità sono esclusi, si può ribattere che il costo di far sparire un banner pro-privacy con un click è irrisorio se ciò che è in ballo è la possibilità di segnalare o promuovere uno specifico modello decisionale che alcuni individui potrebbero trovare apprezzabile. I nudge pro-privacy, infatti, invitano a visionare le informazioni e le opzioni disponibili a tutela dei dati personali per decidere con cognizione di causa, offrendo così un incentivo

a sperimentare una specifica forma di deliberazione, in linea con un preciso modello di autonomia. Chi non è interessato a sperimentare o a conformarsi al modello decisionale proposto può facilmente evitare di farlo, mentre agli altri è offerta un'occasione per fare esperienza di una modalità deliberativa che magari non avevano considerato in precedenza. Le possibili obiezioni a questo argomento sono almeno due e rispondono a due possibili interpretazioni rispetto alle finalità di questo approccio.

Per un verso, si può ritenere che, sebbene non vincolante, il modello decisionale e di autonomia offerto come opportunità goda di una particolare autorevolezza, conferitagli dal fatto di essere sponsorizzato dalle autorità pubbliche. Ogni volta che apriamo un nuovo sito o installiamo un'applicazione appare un banner che ci ricorda che le autorità pubbliche ritengono appropriato uno specifico modello di comportamento e di scelta, che deve essere attivamente e ripetutamente rifiutato. I banner pro-privacy, dunque, rimarcano continuamente che avremmo la possibilità di adottare un modello di scelta consapevole e informata, quello corretto, suggerendo, anche solo implicitamente, che siamo manchevoli se non lo facciamo. D'altra parte, si può concedere che l'intervento delle autorità pubbliche non sia così marcatamente a favore di uno specifico modello decisionale. Si può cioè concedere che si limiti semplicemente a offrire un'opzione aggiuntiva, che alcuni individui potrebbero non aver considerato ma che potrebbe rivelarsi coerente con le loro attitudini e preferenze genuine, senza attribuire dunque alcuna manchevolezza a chi non intende sperimentarlo o lo rifiuta. Anche letti in questo modo, tuttavia, i nudge pro-privacy rimangono problematici e per chiarire perché è opportuno indicare chi siano i loro destinatari.

Se si concede che il loro fine sia solo proporre un'opzione aggiuntiva, un ulteriore modello decisionale, potenzialmente diverso da quello che gli individui di fatto adottano, chi è già, per quanto in modo perfezionabile, conforme al modello – chi già si sforza di acquisire tutte le informazioni, di valutarne l'attendibilità, di soppesare le opzioni dopo aver indagato quali siano le proprie preferenze autentiche e così via – non è il destinatario privilegiato dei banner pro-privacy. Può essere facilitato nel suo sforzo di essere autonomo in senso proprio dal fatto di riceverli, ma non ha bisogno di visualizzare una segnalazione circa un modello decisionale che già adotta. I destinatari dei nudge pro-privacy sono, invece, i non conformi, chi non adotta questo modello decisionale: è solo per loro che può essere utile l'offerta di un'opzione in più. È il

caso di sottolineare, però, che, in base allo stesso modello decisionale o di autonomia rappresentato da questa opzione aggiuntiva, i non conformi non sono autonomi in senso proprio e, quindi, sempre in base al modello proposto, sono particolarmente malleabili o, in altri termini, vulnerabili. Ci sarà chi è già convinto – probabilmente sbagliando – di aver stabilito in modo perfettamente autonomo che rivelare i propri dati a fini di profilazione non sia un problema e difficilmente si farà tentare dai banner pro-privacy, continuando a ignorarli con un click. Ci sarà chi scarterà i banner pro-privacy solo perché impaziente di accedere a un sito o di utilizzare un'applicazione, non perché convinto di aver già valutato con attenzione se rivelare o meno i propri dati, né perché abbia a lungo riflettuto su cosa significhi decidere autonomamente. L'efficacia dei banner pro-privacy sarà plausibilmente scarsa su entrambi, ma sono loro i destinatari: sono loro che potrebbero trarre i maggiori benefici dal riconsiderare se la scelta di ritenere innocua la raccolta di dati sia veramente consapevole, dallo sperimentare un modello decisionale che non hanno mai considerato o anche solo dal riflettere sul significato di autonomia. Sono loro i destinatari perché, per una ragione o per l'altra, non sono autonomi in senso proprio e, in quanto malleabili, potrebbero essere allettati dal modello di autonomia promosso dai banner pro-privacy.

Per chi non considera i nudge lesivi dell'autonomia decisionale, il problema legato ai nudge pro-privacy non è il fastidio che si può provare nel doverli ripetutamente rifiutare. Il problema è, piuttosto, che risultano irrispettosi perché rimarkano la manchevolezza di chi non presta attenzione alla protezione dei propri dati o non si conforma al modello di autonomia proposto dalle autorità pubbliche. Oppure, il problema è che, sempre con l'avvallo di essere promossi dall'autorità pubblica, i banner pro-privacy intendono sfruttare quella che, in base allo stesso modello di autonomia sponsorizzato, è una vulnerabilità. In effetti, in entrambi i casi, i nudge pro-privacy trattano gli individui come potenzialmente non autonomi. Un conto è una legislazione che richieda a chi gestisce servizi digitali o siti web di essere trasparente in modo che gli utenti possano, se lo desiderano, ottenere informazioni sul loro funzionamento e decidere se utilizzarli o meno. Tutt'altro conto è assumere che gli individui, in quanto non pienamente autonomi, siano sempre bisognosi di tutela da parte delle autorità pubbliche o di incentivi per individuare le questioni per loro davvero rilevanti, per deliberare correttamente o per valutare che cosa significhi essere pienamente autonomi.

8.6

Due conclusioni

Chi considera i nudge lesivi dell'autonomia adotta una concezione spesso di quest'ultima e ritiene che sia autonomo in senso proprio solo chi decide in modo consapevole, alla luce di preferenze genuine e con piena cognizione di causa. Nessuno soddisfa queste condizioni, per cui gli individui sono malleabili ed è necessario proteggerli da sé stessi, dalle loro preferenze inadeguate, dalle loro credenze false. Se gli individui tendono a non essere autonomi in senso proprio, infatti, si può concludere che non meritino il rispetto che spetta ad agenti autonomi e che sia dunque legittimo per le autorità pubbliche, attraverso nudge pro-privacy, tutelarli o spingerli ad adottare modelli decisionali appropriati. Chi, invece, riconosce che i nudge possono interferire con le decisioni del singolo, senza per questo minare l'autonomia, non aderisce a una concezione esigente dell'autonomia e non qualifica chi non vi si conforma come non autenticamente autonomo. In quest'ottica, si può assumere che gli individui debbano essere considerati in grado di decidere da sé e si può concludere che è illegittimo per le autorità pubbliche adottare politiche che riservino loro un trattamento incoerente con il proprio status di agenti autonomi.

Rispetto alle questioni legate alla privacy, così come rispetto a molte altre questioni, le due posizioni presuppongono una concezione diversa dell'individualità e dell'autonomia e conducono a conclusioni differenti anche quando si tratta di casi particolari, come quello legato al mio acquisto di un trolley giallo, che è stato sollecitato da una pubblicità mirata, che si è rivelata molto efficace perché non ho prestato attenzione alla tutela dei miei dati o ho deliberatamente deciso di non proteggerli. Per chi adotta la prima posizione e, quindi, una concezione esigente dell'autonomia e pensa che i nudge, nella forma di annunci pubblicitari mirati, ledano l'autonomia, è possibile concludere che ho ignorato tutti i nudge preposti a proteggermi da me stessa e da scelte non pienamente consapevoli: la mia decisione di acquistare un trolley giallo è stata dettata da condizionamenti esterni, che hanno dirottato la mia capacità di decidere per me. La mia impressione di aver compiuto una scelta pienamente autonoma è semplicemente illusoria. Gli altri, quelli che non credono che i nudge ledano l'autonomia, senza nemmeno domandarsi se l'acquisto del trolley fosse coerente con le mie preferenze genuine o se la mia credenza di aver bisogno di un nuovo trolley fosse autentica o indotta, concluderanno che, nella misura in cui nessuno mi ha obbligata ad acquistare il

trolley, la mia è stata una scelta autonoma. Forse, dopo avermi sentita vantare le lodi del mio trolley giallo, avranno un'unica domanda – “C'è anche verde?” –, inconsapevoli che il loro interesse per il mio trolley, come segnalerebbero i fautori dell'autonomia esigente, potrebbe essere non genuino, ma indotto dal solo fatto che io abbia vantato le lodi del mio trolley giallo, fatto che potrebbe dirottare la loro capacità di decidere autonomamente.

È certo una conclusione un po' forzata, ma sostanzialmente in linea con l'idea che gli individui siano tanto malleabili e vulnerabili da non essere in grado di decidere per sé quando sono bersaglio di una pubblicità mirata ben architettata.

Bibliografia

- ACQUISTI A. *et al.* (2017), *Nudges for Privacy and Security. Understanding and Assisting Users' Choices Online*, in “ACM Computing Surveys (CSUR)”, 50, 3, pp. 1-41.
- ALLEN A. L. (2011), *Unpopular Privacy. What Must We Hide?*, Oxford University Press, New York.
- ID. (2012), *An Ethical Duty to Protect One's Own Information Privacy*, in “Alabama Law Review”, 64, 4, pp. 845-66.
- BAROCAS S., NISSENBAUM H. (2009), *On Notice. The Trouble with Notice and Consent*, in *Proceedings of the Engaging Data Forum. The First International Forum on the Application and Management of Personal Electronic Information*, SENSEable City Lab, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge (MA), 12-13 ottobre.
- BLOUSTEIN E. (1964), *Privacy as an Aspect of Human Dignity. An Answer to Dean Prosser*, in “New York University Law Review”, 39, pp. 962-1007.
- BOERMAN S. C., KRUIKEMEIER S., ZUIDERVEEN BORGESIU S. F. J. (2017), *Online Behavioral Advertising. A Literature Review and Research Agenda*, in “Journal of Advertising”, 46, 3, pp. 363-76.
- BOYD D., CRAWFORD K. (2012), *Critical Questions for Big Data. Provocations for a Cultural, Technological, and Scholarly Phenomenon*, in “Information, Communication & Society”, 15, 5, pp. 662-79.
- CATE F. H. (2006), *The Failure of Fair Information Practice Principles*, in J. K. Winn (ed.), *Consumer Protection in the Age of the Information Economy*, Ashgate, Farnham, pp. 343-79.
- COHEN J. E. (1999), *Examined Lives. Informational Privacy and the Subject as Object*, in “Stanford Law Review”, 52, 5, pp. 1373-438.
- CRAIG T., LUDLOFF M. E. (2011), *Privacy and Big Data. The Players, Regulators, and Stakeholders*, O'Reilly Media, Sebastopol.

- DE MAURO A., GRECO M., GRIMALDI M. (2015), *What Is Big Data? A Consensual Definition and a Review of Key Research Topics*, in "AIP Conference Proceedings", 1644, 1, 97-104.
- DEIBERT R. (2015), *Authoritarianism Goes Global. Cyberspace under Siege*, in "Journal of Democracy", 26, 3, pp. 64-78.
- DESOUZA K. C., JACOB B. (2017), *Big Data in the Public Sector. Lessons for Practitioners and Scholars*, in "Administration & Society", 49, 7, pp. 1043-64.
- DWORKIN G. (2005), *Moral Paternalism*, in "Law and Philosophy", 24, 3, pp. 305-19.
- EVANS D. S. (2009), *The Online Advertising Industry. Economics, Evolution, and Privacy*, in "Journal of Economic Perspectives", 23, 3, pp. 37-60.
- FEINBERG J. (1986), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 3: *Harm to Self*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- GERSTEIN R. (1978), *Intimacy and Privacy*, in "Ethics", 89, 1, pp. 76-81.
- INNESS J. (1992), *Privacy, Intimacy and Isolation*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- LEMBCKE T. B. et al. (2019), *To Nudge or Not to Nudge. Ethical Considerations of Digital Nudging Based on its Behavioral Economics Roots*, in J. vom Brocke, S. Gregor, O. Müller (eds.), *27th European Conference on Information Systems – Information Systems for a Sharing Society (ECIS 2019)*, Stockholm-Uppsala, 8-14 giugno.
- LORH S. (2012), *The Age of Big Data*, in "The New York Times", 11 febbraio.
- MAYER-SCHÖNBERGER V., CUKIER K. (2013), *Big Data. A Revolution That Will Transform how We Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston.
- MOORE A. D. (2018), *Privacy, Interests, and Inalienable Rights*, in "Moral Philosophy and Politics", 5, 2, pp. 327-55.
- NISSENBAUM H. (2004), *Privacy as Contextual Integrity*, in "Washington Law Review", 79, 1, pp. 119-58.
- NORBERG P. A., HORNE D. R., HORNE D. A. (2007), *The Privacy Paradox. Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, in "Journal of Consumer Affairs", 41, 1, pp. 100-26.
- RICHARDS N. M., KING J. H. (2013), *Three Paradoxes of Big Data*, in "Stanford Law Review Online", 66, pp. 41-6.
- RUBINSTEIN I. S. (2013), *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in "International Data Privacy Law", 3, 2, pp. 74-87.
- SOLOVE D. J. (2004), *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*, New York University Press, New York.
- ID. (2006), *A Taxonomy of Privacy*, in "University of Pennsylvania Law Review", 154, 3, pp. 477-564.
- ID. (2013), *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, in "Harvard Law Review", 126, 7, pp. 1880-903.

- SUSSER D., ROESSLER B., NISSENBAUM H. (2019), *Technology, Autonomy, and Manipulation*, in "Internet Policy Review", 8, 2, pp. 1-22.
- THALER R. H., SUNSTEIN C. R. (2008), *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven (trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano 2014).
- VAIDHYANATHAN S. (2012), *The Googlization of Everything (and Why We Should Worry)*, University of California Press, Berkeley.
- VAN DEN HOVEN J. (2008), *Information Technology, Privacy, and the Protection of Personal Data*, in J. van den Hoven, J. Weckert (eds.), *Information Technology and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York, pp. 301-22.
- VAN DEN HOVEN J. *et al.* (2019), *Privacy and Information Technology*, in E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition).
- WARREN S. D., BRANDEIS L. D. (1890), *The Right to Privacy*, in "Harvard Law Review", 4, 5, pp. 193-220.
- WEINMANN M., SCHNEIDER C., VOM BROCKE J. (2016), *Digital Nudging*, in "Business & Information Systems Engineering", 58, 6, pp. 433-6.
- WESTIN A. (1967), *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York.
- ZUBOFF S. (2019), *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, New York.

9

Povert  del nudge e nudge della povert 

di *Silvia Vida*

9.1 Introduzione

Secondo Richard Thaler e Cass Sunstein, il nudge (“spinta gentile”) e il “paternalismo libertario” a esso collegato sono perfettamente conciliabili con la libert  e la democrazia (cfr. Sunstein, 2014a; 2016; Thaler, 2015), anche se il pensiero liberale classico pu  dirsi, con buona approssimazione, antipaternalistico. L’antipaternalismo liberale e il paternalismo libertario hanno in comune la considerazione per i vincoli di autorizzazione e legittimazione dell’intervento pubblico e li concepiscono come garanzia contro il dispotismo e per il “bene” dei cittadini (Cuono, Sau, 2014, p. 29). Non deve dunque stupire se il nudge, pensato dai due autori come una forma di neopaternalismo *soft*,   stato capace, da un lato, di affermarsi in un contesto giuridico e politico che continua a caratterizzarsi per l’unanime consenso attorno alle forme di governo democratico-liberali e, dall’altro, di intercettare la tendenza per cui il limite dell’intrusione autoritaria nelle scelte dei singoli recede al cospetto di complessi calcoli di utilit  sociale.

Difendendo il paternalismo libertario, i suoi fautori rivelano che la benevolenza verso i cittadini e la preoccupazione per il loro benessere sono argomenti di legittimazione del potere tutt’altro che superati dalla politica liberaldemocratica, confermando cos  il diffondersi di un certo clima di distensione tra liberalismo e paternalismo. In effetti, «dappertutto si fanno inni al libero mercato, e dappertutto gli Stati intervengono sempre pi  invasivamente nella vita privata [...] il tutto grazie a dati inoppugnabili» (Baroncelli, 2009, p. 130). Come a dire che la recente apertura nei confronti di forme aggiornate di paternalismo si spiega con la rivendicazione del carattere avaloriale di dati empirici

irrefutabili¹. In questo clima post-ideologico non sorprende che si parli del paternalismo come di una “malattia senile del liberalismo” (Donegani, 2011).

Le politiche di stampo comportamentale che vanno oggi per la maggiore – il nudging pubblico adottato in molti ordinamenti ne è un emblema² – conservano in effetti importanti elementi della visione liberale del mondo: la convinzione della prevedibilità del comportamento umano, la psicologia del piacere-dolore, l’insistenza sul primato dell’interesse personale. Se ne distanziano, però, nell’assumere che l’agente liberale, l’*homo oeconomicus* autonomo e deliberativo, è in realtà solo un ideale, un mito che spiega il fallimento della regolazione di stampo liberale. Occorre perciò che tra gli aspetti “liberali” (meglio: *libertarian*) della regolazione e la tesi della fallibilità dell’agente economico si tenti una sintesi attraente per le nostre democrazie. Fare entrare il comportamentismo nelle politiche pubbliche significa aprirsi alla possibilità di predisporre “architetture della scelta” (*choice architecture*) a beneficio dei cittadini, con lo scopo di incoraggiarli, non di costringerli, ad agire in modo utile a sé e agli altri. Secondo Sunstein e Thaler, su questi presupposti paternalistico-liberali si reggerà il governo del futuro (Thaler, Sunstein, 2008; Sunstein, 2013a; cfr. John, 2018). Esther Duflo (2010) – come Thaler, premio Nobel per l’economia – addirittura vede in essi uno strumento da impiegare nella lotta finora infruttuosa contro la povertà mondiale (cfr. Banerjee, Duflo, 2011).

Nel loro best seller, *Nudge*, Thaler e Sunstein dichiarano che occorre “spingere gentilmente” i cittadini verso particolari scelte e condotte, sul presupposto che per affrontare problemi pubblici gravi, come il riscaldamento globale, i cittadini dovranno essere orientati verso modelli di comportamento differenti e coinvolti nel processo di cambiamento, cioè in una serie di pratiche che «mantengono la libertà di scelta nel momento stesso in cui guidano le decisioni delle persone nella giusta direzione (secondo l’apprezzamento di quelle stesse persone)» (Sunstein, 2014a, trad. it. p. 1). Agendo nel contesto “corretto” predisposto dall’autorità paternalistica, cioè il *nudger*, i singoli individui sceglieranno l’opzione più giusta e benefica anche per la collettività, cioè il default annidato nella

1. Per una rassegna bibliografica delle forme di neopaternalismo e dei loro presupposti, cfr. il numero monografico della rivista “Meridiana”, dal titolo *Paternalismo*, dedicato al paternalismo in epoca neoliberale (AA.VV., 2014); Coons, Weber (2013); il numero monografico della rivista “Raisons politiques”, intitolato *Paternalisme libéral* (Donegani, Jaunait, 2011); Dworkin (2017); Maniaci (2012); Saint-Paul (2011).

2. Sul tema cfr., *inter alia*, Alemanno, Sibony (2015); Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (2018); Feldman (2009, p. 3); Shafir (2012); Tor (2008).

choice architecture. Ecco perché un policy maker può spingere gentilmente ma efficacemente i cittadini ad agire in un certo modo solo se è capace di cogliere e sfruttare i loro limiti cognitivi, i quali vanno quindi compresi con l'aiuto delle scienze comportamentali e poi assecondati, non combattuti, perché sarebbe inutile o troppo costoso farlo.

In maniera analoga, Duflo sostiene che è finita l'era degli aiuti internazionali su cui si è basata per decenni l'economia dello sviluppo. Per aiutare più efficacemente i poveri del mondo si dovrebbe passare da politiche di assistenza "generaliste" alla soluzione di problemi "particolari", cioè a modalità di aiuto ben architettate e tarate su azioni specifiche («meglio parlare di aiuto piuttosto che di aiuti», Banerjee, Duflo, 2011, trad. it. p. 18), sul presupposto che le risposte universali e sistemiche non si adeguano alla concretezza delle situazioni. Combattere la povertà potrebbe diventare più semplice e sostenibile procedendo per "piccoli passi" e raccogliendo dati verificabili anzitutto sulla psicologia dei poveri (Duflo, 2010, trad. it. p. 18), che sarebbe la vera responsabile del loro stato di indigenza. L'idea secondo cui le persone decidono male è d'altronde ormai largamente accettata e, per i fautori del nudge, ha anche il pregio di essere, in un certo senso, irrefutabile.

Qui, oltre ad analizzare alcune obiezioni al paternalismo libertario provenienti da paternalisti e antipaternalisti³, metterò in dubbio il nesso tra premesse scientifiche e conclusioni politiche elaborato dai teorici del nudge. È evidente che il paradigma neopaternalistico pretende di tenere insieme benessere individuale, collettivo e autonomia di scelta in contesti sociali complessi abitati da soggetti vulnerabili e dall'autonomia difettosa e considera la giustizia sociale emancipatoria un'alternativa onerosa e fallimentare. Tuttavia, insistere sulla debolezza cognitiva dei *nudges* non è necessariamente una buona idea⁴, perché, come vedremo, non è chiaro come da tale premessa (la razionalità limitata) discenda la necessità del paternalismo *soft*.

9.2

Vulnerabilità degli "Umani"

La sottodeterminazione assiologica del neopaternalismo del nudge ha lo scopo di assicurare gli antipaternalisti rispetto all'autonomia di scelta dei destinatari del nudging, anche se poi immagina tali soggetti massi-

3. La letteratura è sterminata; per una panoramica cfr. Galletti, Vida (2018, capp. 1 e 2).

4. Per ragioni che non condivido del tutto, è di questa idea anche Viale (2018).

mamente esposti alla manipolazione del mercato e alla propria difettosa razionalità deliberativa. È da questa specifica “natura” che il paternalismo *soft* li vuole difendere, mantenendosi però *choice-preserving*, lontano da un perfezionismo morale “vecchio stile” e illiberale e facendo valere i risultati delle scienze comportamentali più avanzate.

Thaler e Sunstein (2008, trad. it. pp. 25-47) basano la loro difesa del nudge sulla evidenza delle distorsioni cognitive (*cognitive biases*), incluse quelle dipendenti dal contesto in cui l’individuo si trova a scegliere, i cosiddetti *behavioral market failures*. L’*homo oeconomicus*, in realtà, sbaglia: è spesso confuso rispetto ai fini da realizzare e ai valori di riferimento, per non parlare del calcolo delle probabilità, tende inoltre a procrastinare e farsi suggestionare⁵. C’è quindi bisogno di “bravi pianificatori” e “utili suggerimenti” in grado di neutralizzare i pregiudizi, l’emotività, la pigrizia mentale e l’inerzia dei singoli individui, e di orientare le loro scelte verso scopi riconducibili all’idea di benessere, individuale e collettivo⁶.

L’idea dell’approccio comportamentale elaborato da studiosi come Daniel Kahneman e Amos Tversky (1979) è che le nostre decisioni sono per lo più inficiate da errori di ragionamento e di giudizio: ad esempio, l’inclinazione ad accordare un’importanza smisurata al presente a svantaggio dell’utilità futura; la tendenza a valutare erroneamente il valore dei beni che possediamo e a sottostimarli; o l’inclinazione ad adeguarci a una situazione spiacevole invece di affrontare i rischi di un cambiamento, e così via. Questi difetti comportamentali producono euristiche del giudizio rapide e intuitive, il cosiddetto “Sistema 1”, che operano a detrimento delle nostre capacità deliberative e razionali, il “Sistema 2” (Sunstein, 2014a, trad. it. pp. 21-8; Thaler, Sunstein, 2008, trad. it. pp. 12-5)⁷. L’evidenza sperimentale messa a punto dalle ben note *Dual Process Cognitive Theories* (DPT) (Kahneman, 2003; 2011) e dal *Biases and Heuristics Programme* di Tversky e Kahneman (1974; cfr. Gilovich, Griffin, 2002) contrappone il pensiero automatico a quello riflessivo, e assegna solo a quest’ultimo le esperienze che descriveremmo come “ragionamento”, togliendo al primo

5. Cfr. Dobelli (2012); Kahneman, Slovic, Tversky (1982); Singler (2015); Slovic *et al.* (2007); Sunstein (2011; 2014b); Trout (2005); Tversky, Kahneman (1974; 1981; 1983).

6. Celeberrimo esempio di virtuoso sfruttamento dell’inerzia è la regolazione della donazione di organi; a tal proposito cfr., *inter alia*, Abadie, Gay (2006); Willis (2013); Quigley, Stokes (2015).

7. Cfr. Sunstein (2014a, trad. it. pp. 21-8); Thaler, Sunstein (2008, trad. it. pp. 12-5). La tesi della mente duale è tutt’altro che pacifica: cfr. Gigerenzer (2015); Sahlin, Wallin, Persson (2010).

consapevolezza, *agency*, volizione e autonomia. Pertanto, poiché il nudging si basa sul presupposto che le regole di default fanno leva sull'inerzia dell'agente decisore (Sistema 1), Sunstein può affermare che l'impiego di spinte gentili promette risparmi economici, un miglioramento significativo della salute della popolazione e un aumento generale della speranza di vita (ad esempio, Sunstein, 2013, trad. it. p. 13). La «breve panoramica sulla fallibilità degli esseri umani» (ivi, p. 46) è la base per sostenere l'importanza delle opzioni di default. Il soggetto non le sceglie ma può pur sempre rassicurarsi con il pensiero di averle (implicitamente) approvate (ivi, p. 44).

Il soggetto va soccorso (e ciò rende il nudge paternalistico) ma senza costringerlo a comportarsi come dovrebbe (e ciò lo rende libertario o *soft*). Il nudge non offre ragioni o motivazioni; non agisce, cioè, sul Sistema 2, ma nemmeno rende capace il *nudgee* di gestire l'impulsività del Sistema 1. Molto più semplicemente, un nudge è «qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in maniera significativa gli incentivi economici» (Thaler, Sunstein, 2008, trad. it. p. 12). Insomma, il *nudgee* resta pur sempre in grado di selezionare un'opzione diversa da quella che il *nudger* ritiene ideale (per il *nudgee*, s'intende), può cioè, deselezionare l'opzione predefinita. Il *nudger* non cerca di anticipare le scelte delle persone, ma «di spingere gli individui in una direzione che possa migliorare le loro condizioni di vita» (*ibid.*). E, di riflesso, quelle della collettività, che dovrà sempre meno prendersene carico.

Nell'opera di Thaler e Sunstein, la distinzione tra "Umani" ed "Econi" (ivi, pp. 10-5) corrisponde alla contrapposizione tra le concezioni neoclassiche del comportamento umano (cfr. Gilovich, Griffin, 2002; Peterson, 2009) e le DPT. Nella teoria neoclassica della decisione non c'è spazio per il nudge né per il paternalismo libertario (Jolls, Sunstein, Thaler, 1998; cfr. Thaler, Sunstein, 2008, trad. it. p. 12), di cui l'Econe non ha bisogno. Ma poiché l'Econe non esiste, il paternalismo libertario trova spazio per intervenire non coattivamente a beneficio dell'Umano, conservandone la libertà e aumentandone la felicità. Il nudge si vuole neutralmente efficace per potersi presentare come "paternalismo dei mezzi" (libertario) e non "dei fini" (autoritario) (Sunstein, 2013, trad. it. pp. 248 ss.; cfr. Sunstein, 2014a, trad. it. pp. 41-69)⁸.

8. Sunstein (2013, trad. it. pp. 248 ss.) insiste sulla differenza tra "paternalismo dei mezzi" e "dei fini", e paternalismo *hard* e *soft*, e su questa scia conia il lemma alternativo di

9.3 Misericordia del nudge

I critici di questa ideologia hanno sostenuto o che la nozione di *libertarian paternalism* non è autenticamente libertaria, o che non è autenticamente paternalistica (ad esempio, Hausman, Welch, 2010); in altre parole, vi hanno visto una contraddizione in termini (emblematicamente, Mitchell, 2005). La critica del paternalismo libertario prende spesso la seguente forma⁹: una concezione paternalistica delle politiche pubbliche non solo è manipolatrice ma conduce anche a un'infantilizzazione dell'individuo, negandone quindi l'autonomia (cfr., ad esempio, Galletti, Vida, 2018, capp. 1 e 5; Oliver, 2012; Salazar, 2012). Daniel Hausman e Brynn Welch (2010, p. 126) sono i primi a sostenere che i nudge «sono chiamati in causa dai difetti nel processo decisionale individuale, e lavorano facendo uso di questi difetti» (trad. mia). In questo modo, essi esplicitano ciò che Thaler e Sunstein preferiscono tacere, cioè che il nudge funziona sfruttando limiti cognitivi ritenuti senza rimedio (cfr. Hansen, 2016, p. 156). A ciò si deve aggiungere che non tutti sono soggetti a tali irriducibili tare, altrimenti non potrebbero esistere i *nudgers*, gli architetti della scelta che sanno dove si annida il bias e come neutralizzarlo. In questo modo, tuttavia, si tratteggia un'antropologia differenziale che rischia di tradursi in una sorta di “totalitarismo psicocratico” e manipolatorio¹⁰. Enfatizzando la tendenza degli “Umani” a sbagliare, l'analisi letteralmente umilia il soggetto. Per riprendere un'osservazione fatta da Jonathan Quong (2010), si propone così una forma di paternalismo costruito attorno a un irrevocabile giudizio negativo sui soggetti della scelta.

In effetti, le critiche forse più interessanti sono quelle che mettono in discussione l'argomento psicologico alla base del paternalismo del nudge: se esso si fonda sull'idea che la razionalità umana è limitata e continuamente soggetta a errori, perché si dovrebbe ritenere che i *nudgers* e le istituzioni che se ne avvalgono siano esenti da questi difetti? Quello della razionalità limitata è un argomento vecchio (risale a Simon, 1982); la teoria del nudge lo usa in modo innovativo solo nel senso che lo ritiene inapplicabile

“paternalismo comportamentale” (Sunstein, 2014a, trad. it. pp. 1-19). Cfr. anche Sunstein (2013b); Thaler, Sunstein (2003, p. 179).

9. Per una panoramica delle posizioni presenti in letteratura, cfr. Hausman, Welch (2010).

10. Sulla deriva manipolatoria del nudging esiste una letteratura ingente per la quale si rimanda a Galletti, Vida (2018, cap. 3); Vida (2019).

ai *nudgers*/architetti. Sunstein e Thaler confessano di abbracciare una forma di “paternalismo asimmetrico” (Camerer *et al.*, 2003; Thaler, 2015, trad. it. p. 386) che adotta inevitabilmente l’antropologia differenziale di cui si diceva: vi sono soggetti razionali e morali “migliori”, le cui spinte gentili si applicano ad altri “inferiori” e vulnerabili, incapaci di usare la propria autonomia *comme il faut*. Come e se gli umani possano diventare decisori migliori potrebbe dipendere da azioni emancipative che i teorici del nudge non prendono mai in considerazione (cfr. Galletti, Vida, 2018, capp. 2 e 5). Essi ci ricordano invece che le architetture della scelta sono dappertutto, che ce ne accorgiamo oppure no (Sunstein, 2013, trad. it. p. 22). Facciamo esperienza di queste architetture quando consultiamo il menu di un ristorante, accendiamo un computer, entriamo in un ospedale o in un supermercato, stipuliamo un mutuo, acquistiamo un’auto, accettiamo un piano previdenziale o sanitario o ci procuriamo una carta di credito. La posta in gioco, dunque, non è salvaguardare invano la libertà di scelta come se questa fosse esercitabile in un ambiente sociale privo di condizionamenti, ma ri-costruire l’architettura della scelta a beneficio del soggetto decidente. Si tratterebbe, insomma, di misurarsi realisticamente con il fatto che l’autonomia senza condizionamenti è un lusso che non possiamo permetterci, perché comunque siamo sottoposti alla tirannia del Sistema 1, mentre il nudge può restituire spazio al Sistema 2 e nel contempo rassicurare chi non riesce ad “attivarlo” (Sunstein, 2014a, trad. it. pp. 95 ss.; 2013a, trad. it. pp. 86 ss.).

Se questo basta, secondo Sunstein, a giustificare l’opzione per il paternalismo *soft* da parte delle democrazie liberali, vi è chi mette in dubbio che sia appropriato persino impiegare la categoria “paternalismo” per definire il nudge. Secondo Riccardo Rebonato (2012), esso sarebbe politicamente più appetibile se lo si presentasse come una strategia di welfare meno assistenzialista, alla luce della crisi del modello economico-politico neoliberista. In altre parole, il nudge non dovrebbe invocare il desiderio “paterno” delle istituzioni di suggerire ai cittadini comportamenti virtuosi per tutelare il proprio bene, quanto piuttosto «la necessità di contenere la spesa pubblica degli Stati [...] già esosa: incentivare i cittadini a un’alimentazione sana, ad esempio, potrebbe essere una norma di buon senso per ridurre la possibilità di malattie connesse alla cattiva alimentazione» (Zappino, 2014, p. 161) di cui dovranno farsi carico le casse dello Stato. Incentivare i cittadini ad agire secondo i piani di “*nudgers* benevoli” dovrebbe avere il significato di indurli ad assumersi la responsabilità del proprio futuro evitando situazioni di indigenza. Da un punto di vista teorico-politico,

una simile giustificazione del nudge ha il pregio di presupporre l'importanza del welfare, ma ciò finisce per indurre il sospetto che il paternalismo libertario sia una forma di paternalismo forse "troppo" *soft*. In effetti, se l'orizzonte teorico-politico del nudge è questo, allora forse è preferibile un paternalismo *hard* più schietto, che non abusa dei limiti cognitivi degli individui fingendo di difenderne l'autonomia mentre in realtà li manipola, ma interviene direttamente a incrementarne opportunità e benessere.

È questa la posizione di Sarah Conly (2013), che identifica il tratto paternalistico del nudge non nel tentativo di incanalare determinate scelte oggettivamente più virtuose, bensì, ancora una volta, nell'infantilizzazione degli individui soggetti al nudging. La base della sua critica è la dicotomia *hard/soft*¹¹, nata in ambiente liberale per rispondere alla domanda sui limiti del *right of autonomy* individuale. Fino a che punto tale diritto è resistente alle interferenze altrui? Se l'atto di un individuo è esclusivamente *self-regarding*, senza alcun riflesso su soggetti terzi (non *other-regarding*), egli gode di una libertà sovrana. Per i teorici del nudge, invece, le condotte che interessano solo il singolo e nessun altro non sono così tante, né facilmente identificabili. La dimensione sociale dell'autonomia di scelta individuale è ciò su cui insistono tutti i paternalisti quando sostengono che condotte dannose e autoreferenziali finiscono per incidere sull'organizzazione della società e sul suo benessere. Condotte aggregate di questo tipo sono responsabili della mancanza di prosperità per un'intera collettività e comportano un costo molto alto. Ciò consente a Conly (ivi, p. 29) di proporre un paternalismo genuinamente *hard*: se gli argomenti a favore del nudge sono validi, se, cioè, i bias cognitivi che inficiano i nostri giudizi sono onnipresenti e prevedibili, si può individuare una forma di paternalismo coercitivo più coerente, riconoscendone, senza ipocrisia, gli aspetti per così dire "umanitari", incentrati sul reciproco aiuto (ivi, p. 194; cfr. Conly, 2016).

Lo sforzo di costruire architetture della scelta che mantengano la trasparenza sulle diverse opzioni, indirizzino i decisori verso l'opzione di default e trasformino il paternalismo "di Stato" in un paternalismo libertario è, secondo Conly (2013, p. 54, trad. mia), senza senso:

La mera conservazione delle opzioni di per sé non è un bene significativo. Nei casi in cui misure meramente coercitive (che limitino le opzioni) fossero più

11. La dicotomia *hard/soft* si deve in primo luogo a Joel Feinberg (1984, p. 12). Cfr. Dworkin (2010, p. 193); Giacomini (2012); Sunstein, Thaler (2003).

efficaci per promuovere i nostri fini [...] queste misure sarebbero preferibili e non comporterebbero alcuna perdita per l'individuo. La coercizione ci priva della libertà, ma questo non è sempre sbagliato [*bad*].

Ai paternalisti di entrambe le fazioni sembra però sfuggire una terza possibilità che consegue dal constatare che i *behavioural market failures* possono giustificare interventi dei poteri pubblici in campo socioeconomico antipaternalistici e liberali, ossia neutrali rispetto alle concezioni del bene e finalizzati a garantire condizioni di equità (Néron, 2016; cfr. Heath, 2011; 2014)¹². Al nudge si può in effetti contrapporre la visione di uno Stato liberale che si preoccupi delle condizioni socioeconomiche dei suoi cittadini esposti alla violenza del mercato, cioè una democrazia liberale che crea forme di solidarietà istituzionale come l'assicurazione pubblica. È di politiche come questa che, secondo Elizabeth Anderson (1999), un'autentica "democrazia di eguali" ha bisogno.

Per i più sofisticati partigiani dell'*État-providence*, l'assicurazione pubblica presenta vantaggi anche dal punto di vista dell'efficienza (cfr. Barr, 2012, Part 2; Esping-Andersen, 1999; Heath, 2011). In materia di assicurazione sanitaria, ad esempio, gli individui lasciati al gioco del mercato non si tutelano mai fino in fondo dai rischi che corrono (ad esempio dagli incidenti della circolazione) o fanno correre agli altri (ad esempio con la trasmissione del virus influenzale), il che apre la porta a fenomeni di antiselezione e sottoproduzione di determinati benefici collettivi (Moss, 2004). Sottratto al gioco del mercato, lo Stato è un assicuratore senza rivali (*ibid.*), soprattutto perché è più efficiente di qualsiasi attore privato nel fornire coperture assicurative ed è in grado di gestire i problemi di informazione, che per i *nudgers* sono fondamentali, meglio di qualunque altra istituzione. Lo Stato deve questo vantaggio comparativo al possesso di risorse materiali e di un potere coercitivo superiori che gli permettono di garantire la solidarietà intergenerazionale necessaria al funzionamento del sistema pensionistico pubblico. Inoltre, potendo contare su una massa di assicurati più o meno coestensiva con la popolazione di un paese, gode di un sistema pensionistico stabile che garantisce, in virtù della legge dei grandi numeri, un calcolo dei rischi accurato. In sostanza, l'introduzione di un sistema pubblico di assicurazione rappresenta, più che un gesto paternalistico da parte di uno Stato

12. Per un'analisi delle diverse forme di perfezionismo, paternalismo e "neutralismo", cfr. Merrill (2011).

benevolente, un modo di assicurare i benefici della cooperazione umana e un certo grado di giustizia sociale (Néron, 2015).

Conly è disposta a riconoscerlo, soprattutto quando parla dell'*Obama-care*, una riforma limitata ma ambiziosa del sistema sanitario americano concepita per obbligare milioni di cittadini americani a dotarsi di un'assicurazione sanitaria¹³. La riforma, criticata da alcuni giuristi americani per il suo carattere intrusivo e paternalistico, è stata difesa dai democratici come una forma di giustizia sociale per i suoi potenziali effetti di riduzione delle diseguaglianze nell'accesso alle cure. Dichiarando di preferire le giustificazioni paternalistiche di una tale misura rispetto a quelle egualitariste di Anderson, Conly dà l'impressione che l'intervento dei poteri pubblici sia qualcosa di eccezionale, sempre bisognoso di nuove e più stringenti giustificazioni, una specie di puzzle filosofico-politico permanente sempre più complicato (cfr. Néron, 2016, pp. 73-5), come se fosse impossibile ritenere pacifico che regolare il mercato e promuovere equità sociale e benessere diffuso siano un fine della politica. Conly (2016, p. 39, trad. mia) è persino indotta a sostenere, con una franchezza disarmante, che «abbiamo bisogno di meno libertà e di più manipolazione, e [che] questa perdita di libertà non è una perdita così rilevante [*valuable*]».

Coerentemente con il paradigma *libertarian*, invece, Thaler e Sunstein trattano il tema del paternalismo con le pinze del richiamo all'empirico, all'efficacia, alla scienza, ed escludendo il ricorso alla dimensione ideologica. La loro intenzione dichiarata è isolare la necessità del paternalismo comportamentale, che si vuole post-ideologico, dalla valutazione politica e socioeconomica delle condizioni in cui i *nudgees* vivono nelle nostre società tardo-liberali. La necessità è quella definita dalle scienze sociali, non certo da considerazioni di sistema, per definizione ideologiche. Il fondamento psicologico e comportamentale del paternalismo *soft* tende cioè a spoliticizzare le dinamiche decisionali, spoliticizzando il destinatario delle politiche paternalistiche (cfr. Jackman, 1994). In tal modo autorizza i neopaternalisti a eludere le ragioni per cui i poteri dello Stato decidono di non farsi carico delle diseguaglianze, riducendosi a "spingere dolcemente" gli individui verso comportamenti "virtuosi" ma comunque estranei a qualsiasi prospettiva di emancipazione.

La tendenza alla spoliticizzazione (cfr. Dobson, 2011, pp. 9 ss.; Jones, Pykett, Whitehead, 2013) si riscontra nelle parole di Thaler: «Una chiave

13. Tecnicamente si tratta del *Patient Protection and Affordable Care Act*.

per comprendere la nostra filosofia è che non ha nulla a che fare con destra e sinistra o con la distinzione tra Stato minimo [o altro]. Sunstein lavora per l'amministrazione Obama, io sono consulente della coalizione guidata da Cameron. Il nostro approccio riguarda il modo migliore di usare la scienza, non l'ideologia» (Sensi, 2012; cfr. Zappino, 2014, pp. 162-3). Qui la scienza è usata come *disclaimer* per evitare l'accusa di produrre un paternalismo ideologico e perfezionista. D'altronde, lo scopo del nudge non è estendere agli Umani l'autonomia dell'Econe, ma sottoporre a pungoli, e possibilmente migliorare, le decisioni *hic et nunc* degli individui attraverso "mezzi" paternalistici che non produrranno l'uscita da qualsivoglia "stato di minorità". C'è dunque da domandarsi come sia possibile affermare che il nudge migliori la società e gli individui, se le condizioni di partenza rimangono immutate, se, cioè, il Sistema 2 continua a rimanere appannaggio dei soli Econi. Il paternalismo libertario è talmente *soft* da non condurre ad alcuna forma di emancipazione degli Umani (cfr. Bovens, 2009; 2012).

Va da sé che, a queste condizioni, il paternalismo del nudge potrebbe legittimarsi solo come interventismo *governamentale* produttore di un ordine non più liberale ma già post-ideologico e autenticamente paternalistico, nella misura in cui propina ai poveri, agli obesi, agli incolti e a tutti gli altri soggetti "disfunzionali" semplici stratagemmi per migliorare la loro condizione materiale¹⁴. La spoliticizzazione del problema del benessere e della sua assenza, interamente riportato a scelte individuali sbagliate e imputabili a un difetto di razionalità ed efficacia comportamentale, va di pari passo con un atteggiamento statale benevolo ma incline a concedere sempre meno sul piano della giustizia sociale e a mantenere uno *status quo* fondato sulla disuguaglianza. Chi è povero deve essere addestrato a uscire dalla sua condizione di indigenza per non pesare sugli altri, cioè sulla società. L'uscita dalla povertà non è più un valore politico.

A proposito dell'evoluzione della regolazione post-liberale François van Ost e Michel van de Kerchove (1987, p. 524, trad. mia) affermano: «Passo dopo passo, viene eretto un sistema finalizzato in cui la logica della *performance* rischia di prevalere sulla desiderabilità in sé dell'obiettivo perseguito». Ciò significa che la regolazione dei comportamenti individuali e collettivi risponde a criteri consequenzialistici e lascia fuori

14. Cfr. Soss, Fording, Schram (2012), dove si fa l'analisi delle trasformazioni del governo della povertà negli ultimi quarant'anni negli Stati Uniti. Esso punta non tanto sulla coercizione paternalistica quanto sul disciplinamento della povertà.

dall'ambito della decisione politica, e quindi della democrazia, la valutazione del bene da conseguire, che assume così i contorni di un bene oggettivo e indecidibile. Christopher McCrudden e Jeff King (2016, pp. 112 ss., trad. mia) evocano, a questo proposito, il «lato oscuro del *nudging*», la sua incompatibilità con lo Stato di diritto democratico. E non sono i soli a farlo. Nella patria della prima *Nudge Unit*, il Science and Technology Committee della House of Lords del Regno Unito ha prodotto un parere sugli effetti dell'introduzione del *nudging* nella regolazione governativa secondo cui essa «distoglie il governo dalla sua responsabilità di usare altri e più efficaci strumenti [regolativi]» (Science and Technology Committee, 2011, p. 92, trad. mia) e limita le opportunità di svolgimento di processi di decisione che pertengono alla democrazia deliberativa. Tutto questo apre la strada a una «manipolazione tecnocratica non trasparente» (*ibid.*, trad. mia)¹⁵. Più che un monito inascoltato, una facile profezia.

9.4

Nudge e povertà

Se le pratiche del *nudging* sono poco note al pubblico, che pure ne è diretto destinatario, esse godono di un successo spesso bipartisan presso le élite di molti paesi occidentali. I democratici americani e i conservatori britannici hanno abbracciato il nudge con entusiasmo da circa un decennio sino a creare apposite agenzie governative, mentre un numero sempre crescente di governi si orienta nella medesima direzione¹⁶.

15. Al paragrafo 2.13, il Science and Technology Committee (2011, p. 92, trad. mia) specifica che le misure di *nudging* «implicano l'alterazione del comportamento mediante meccanismi di cui le persone non sono affatto consapevoli. Questo solleva la questione rilevante della misura della compatibilità del *nudging* con l'impegno del Governo di estendere la trasparenza a ogni area della vita pubblica».

16. Cfr. Galletti, Vida (2018, pp. 349 ss.). Le più note di queste agenzie sono l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), a capo della quale, sotto Barack Obama, dal 2009 al 2012 è stato Sunstein (cfr. Sunstein, 2013a, trad. it. pp. 12-3); e il Behavioural Insight Team (BIT), istituito da David Cameron nel 2010, chiamato poi, più confidenzialmente, "Unità Nudge", con Thaler come consulente (<http://www.behaviouralinsights.co.uk>). Quello delle spinte gentili è un fenomeno sempre più internazionale, ed è una strategia usata dagli enti pubblici in Corea del Sud, Australia, Danimarca, Germania e altri paesi ancora (ivi, p. 27). Sulla prospettiva di costituire anche in Italia un'unità di supporto alle decisioni del governo, ispirata al modello britannico, cfr. Alemanno,

In ambito pubblico l'impiego del nudging è ormai consolidato in settori come finanza pubblica (ad esempio, Tereszkievicz, 2016), programmi di accantonamento a fini pensionistici¹⁷, risparmio energetico (ad esempio, Pichert, Katsikopoulos, 2008), tutela dell'ambiente, sanità (ad esempio, Boniolo, Rebba, 2015), istruzione, lotta alla povertà¹⁸, e produttività lavorativa. Secondo alcuni studi sulla percezione sociale del nudging, come quello di Janice Jung e Barbara Mellers (2016; cfr. Sunstein, 2017a), questo tipo di regolazione riceve una diversa accoglienza a seconda della trasparenza che riesce a garantire, cioè a seconda che si tratti di spinte gentili "scoperte", che fanno appello alla capacità riflessiva (anche pubblica) dei loro destinatari, oppure "nascoste", che puntano a reazioni inconsapevoli senza stimolare le capacità intellettive e deliberative nei *nudgees*, replicando così la distinzione tra Sistema 1 e Sistema 2 e le corrispondenti strutture della decisione che giustificano il paternalismo libertario. Senza sorpresa alcuna, leggiamo che l'opinione pubblica statunitense approva il nudging scoperto (Bovens, 2009; John, Smith, Stoker, 2009) e preferisce i nudge *pro-social*, cioè le spinte gentili che danno impulso a benefici collettivi (come riciclo, salvaguardia ambientale, donazione degli organi, lotta alla povertà, e simili), che sembrano meno controverse delle misure finalizzate al condizionamento di scelte e condotte individuali. La ragione della preferenza per i nudge sociali sembra essere la loro presunta estraneità dalla manipolazione (Sunstein, 2017a, pp. 17-39).

Ecco perché fin da *The Ethics of Influence* l'accettabilità del nudge è secondo Sunstein destinata a passare attraverso approcci personalizzati realizzati da un nuovo approccio al policy-making che si vorrebbe basato su spinte gentili in grado di agire sul Sistema 2 e meno concentrate sui bias del Sistema 1 (John, 2018, pp. 116 ss.; Sunstein, 2016)¹⁹. Questo è il motivo per cui Sunstein (2017b; cfr. John, 2011) può ragionevolmente sostenere che, quando è possibile scegliere tra un nudge e una misura

Motterlini (2014). L'economia comportamentale ha suscitato interesse anche a livello sovranazionale: la Direzione generale per la salute e i consumatori dell'Unione Europea ha riconosciuto la rilevanza dell'economia comportamentale, e l'OCSE ha pubblicato un *Consumer Policy Toolkit* che raccomanda svariate iniziative che si ispirano ai risultati delle scienze comportamentali (Sunstein, 2014a, p. 10). Cfr. OECD (2010); DG SANCO (2010). Per queste fonti, cfr. il sito iNudgeYou.com (<http://www.inudgeyou.com/resources>). Per una panoramica delle istituzioni pubbliche erette sulle applicazioni della teoria del nudge aggiornata al 2018, cfr. Chevallier (2018); Naru, Below, Cavassini (2018).

17. Il più celebre dei quali è *Save More Tomorrow* di Thaler e Benartzi (2004).

18. A riprova, cfr. <http://nudges.org/tag/poverty/>.

19. Sui vari tipi di nudge cfr. Galletti, VIDA (2018, cap. 7).

regolativa più autoritaria, è preferibile usare il primo tipo di strumento, non solo perché non tradisce i presupposti etico-politici su cui si basa la soluzione coercitiva “classicamente liberale”, ma anche perché si rivela più idoneo ad attecchire sulle motivazioni dei destinatari suscitando minore resistenza.

Questa stessa convinzione sostiene il ricorso al nudging applicato alla lotta alla povertà mondiale, una delle iniziative neopaternalistiche che riscuotono maggior credito presso il grande pubblico. La più nota esponente di questo nudging *pro-social* è Esther Duflo, economista dello sviluppo arruolata dal MIT, dove insegna Poverty Alleviation and Development Economics, e insignita del premio Nobel per l'economia nel 2019²⁰. Fondatrice nel 2003 del laboratorio contro la povertà mondiale, il Poverty Action Lab, poi ridenominato come Abdul Latif Jameel Poverty Action Lab (o J-Pal) e già consigliera di Barack Obama per le politiche di aiuto allo sviluppo, Duflo sostiene da tempo approcci paternalistici e comportamentali al suo campo d'indagine.

Per Duflo è possibile concepire spinte gentili che facciano uscire i poveri del mondo dalla loro condizione semplicemente inducendoli ad accedere ai programmi di vaccinazione gratuita (sempre che esistano), a forme di risparmio (ma quali risparmi può accumulare chi versa in condizioni di estrema povertà?), alla scolarizzazione primaria (nella misura in cui è accessibile) ecc. (Banerjee, Duflo, 2011)²¹. Secondo Duflo, infatti, nei paesi in via di sviluppo vi sarebbe un'abbondanza di «soluzioni a portata di mano» (ivi, trad. it. p. 56), ma anche una forte riluttanza delle persone indigenti a servirsene, derivante principalmente dall'ignoranza e dai pregiudizi nei confronti del personale sanitario o di altri potenziali portatori di benessere. La difficoltà di elaborare corrette modalità di intervento dipenderebbe proprio dall'incapacità di vedere, nell'adozione di piccoli incentivi e opzioni di default, il potenziale veicolo di un cambiamento nell'atteggiamento delle persone povere utile a migliorarne la condizione (ivi, p. 66; cfr. Duflo, 2010, trad. it. p. 18).

La mancanza di spessore etico del nudge a uso del povero si evince dal modo in cui Duflo (2012), in una Tanner Lecture, difende il paternalismo nella lotta contro la povertà mondiale: bisogna conoscere i motivi

20. Assieme ad Abhijit Banerjee e Michael Kremer (<https://www.nobelprize.org/all-2019-nobel-prizes/>).

21. Curioso che dell'uso del nudge in ambito di cooperazione internazionale parli anche Singer (2004).

alla base del comportamento dei poveri, le ragioni delle loro scelte autolesionistiche, per avere qualche chance di vincere la povertà. Bontà sua, Duflo riconosce che ogni scelta è fortemente influenzata dall'ambiente. Il *frame* della scelta non si presenta uniforme per il ricco e per il povero (ivi, pp. 4-6). L'ambiente cambia anche in ragione degli individui (e delle loro condotte), degli elementi culturali della comunità di appartenenza, delle infrastrutture e delle istituzioni pubbliche e private in cui essi vivono, delle regole in vigore e delle informazioni a disposizione. Pertanto, sostiene Duflo, ogni aiuto "dall'alto" rischia di fallire se non è suffragato da conoscenze scientifiche, cioè comportamentali, dei soggetti e delle condotte su cui deve agire. Gli aiuti e gli incentivi devono essere calibrati sulla psicologia dei destinatari e del loro grado di adesione alle misure. Una volta compresi i reali bisogni dei poveri si possono costruire nudge sotto forma di incentivi economici o come opzioni di default che li indirizzino verso le scelte migliori, quali la vaccinazione, la scolarizzazione, o il risparmio (Duflo, 2010, trad. it. p. 16), sollecitando così la loro *compliance* rispetto allo schema paternalistico di fondo. Bisogna allora, anzitutto, migliorare le architetture della scelta per modificare i comportamenti dei poveri (Duflo, 2012, pp. 15-27), cioè predisporre un nudging pervasivo in grado di contemplare tutti gli elementi costitutivi dell'ambiente della scelta e alzare il livello di fiducia che i poveri ripongono nelle istituzioni dalle quali dipendono. Sarebbe, secondo Duflo, la sfiducia dei poveri a ostacolare tradizionalmente i rimedi alla povertà pensati da governi e agenzie governative (cfr. Banerjee, Deaton, Duflo, 2004a; 2004b; Banerjee, Duflo, 2011, trad. it. pp. 119-22; Duflo, 2012, pp. 15-27).

L'aspetto più innovativo della lotta alla povertà citato nella motivazione del Nobel a Duflo e colleghi consiste nell'applicazione dei cosiddetti studi controllati randomizzati all'osservazione dei comportamenti individuali dei poveri, un approccio che Duflo spiega così:

Inspirarsi alle sperimentazioni aleatorie [...] permette non solo di stabilire l'efficacia dei programmi [di lotta alla povertà] ma anche di compararli per individuare gli elementi costitutivi della domanda. In certi casi, il programma è introdotto in un sottocampione aleatorio (formato da villaggi, scuole o individui) e i risultati dei villaggi "trattati" sono confrontati con quelli dei villaggi "campione". In altri casi, si comparano fra loro due interventi (Duflo, Dupas, Kremer, 2010, trad. mia).

In un'indagine sul Kenya occidentale condotto con approccio analogo si legge che a causa dei risultati dello studio controllato randomizzato si

è deciso di dare meno aiuti, cioè meno soldi, a un villaggio e più aiuti a un altro, perché nel primo non era abbastanza diffuso il “giusto atteggiamento”. Ne è nato un saggio dall’inquietante titolo *Is Your Gain My Pain?* (Haushofer, Reisinger, Shapiro, 2019), che non dissimula il suo bieco utilitarismo e giunge a prospettare una selezione finanziaria delle collettività più adatte alla sopravvivenza. Un ragionamento, questo, che è per certi versi analogo a quello che Duflo applica alla distribuzione delle zanzariere anti-malaria nelle zone del mondo dove è più mortale: sarebbe più giusto e funzionale distribuirle gratuitamente, a un prezzo sovvenzionato, o al prezzo di mercato? La risposta, secondo Duflo, non può essere di sistema, ma deve essere fondata sui dati comportamentali che possono variare contestualmente. L’economista dei poveri lo chiarisce con le sue cronache dettagliate dell’uso improprio che i poveri talvolta fanno di tali risorse scarse: ad esempio come veli da sposa. Di qui il dubbio sul valore scientifico e metodologico, oltre che politico, di un tale approccio: come può uno studio randomizzato, condotto *in loco* e in un contesto tanto specifico, offrire basi formali per una possibile generalizzazione? Non c’è motivo di credere che i risultati di questi studi possano essere applicati oltre i confini ristretti della popolazione su cui gli esperimenti sono stati condotti. Ciò è fatale per un’impresa scientifica chiamata pomposamente “economia dei poveri” e per questo premiata dall’Accademia di Stoccolma.

Altrettanto fatale, mi pare, è che la *caring society*, l’eguaglianza distributiva e l’egualitarismo globale non abbiano per Duflo alcun significato politico. La vulnerabilità dei poveri non è un problema, bensì la premessa dell’economia dello sviluppo. I pungoli somministrati ai *nudgees* non possono ovviamente intaccare le condizioni strutturali e sistemiche della loro condizione. Per Duflo, è l’evidenza empirica – la “psicologia dei poveri” – ad alimentare l’economia dello sviluppo, perché spiega l’incapacità dei poveri con la loro natura (morale), le cui tragiche conseguenze, quelle sì reali, il nudge può al massimo alleviare, non senza effetti collaterali a carico di chi sembra incapace di piegarsi alla sua logica.

Bibliografia

- AA.VV. (2014), *Paternalismo*, in “Meridiana”, 79, pp. 29-163.
 ABADIE A., GAY S. (2006), *The Impact of Presumed Consent Legislation on Cadaveric Organ Donation. A Cross Country Study*, in “Journal of Health Economics”, 25, 4, pp. 599-620.

- ALEMANNI A., MOTTERLINI M. (2014), *Sburocratizzare l'Italia*, in "Il Sole 24 Ore", 9 marzo.
- ALEMANNI A., SYBONY A.-L. (2015), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Hart, Oxford.
- ANDERSON E. (1999), *What Is the Point of Equality?*, in "Ethics", 109, 2, pp. 287-337.
- BANERJEE A., DEATON A., DUFLO E. (2004a), *Health Care Delivery in Rural Rajasthan*, in "Economic and Political Weekly", 39, 9, pp. 944-9.
- ID. (2004b), *Wealth, Health, and Health Services in Rural Rajasthan*, in "American Economic Review", 94, 2, pp. 326-30.
- BANERJEE A., DUFLO E. (2011), *Poor Economics. A Radical Rethinking of the Way to Fight Global Poverty*, PublicAffairs, New York (trad. it. *L'economia dei poveri. Capire la vera natura della povertà per combatterla*, Feltrinelli, Milano 2012).
- BARONCELLI F. (2009), *Lo stile parascientifico è la retorica più efficace*, in Id., *Mi manda Platone*, a cura di A. Siri Baroncelli, E. Mazza, il melangolo, Genova.
- BARR N. (2012), *Economics of the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- BONIOLO G., REBBA V. (2015), *Cancer, Obesity, and Legitimation of Suggested Lifestyles. A Libertarian Paternalism Approach*, in "ecancermedalscience", 9, art. 588.
- BOVENS L. (2009), *The Ethics of Nudge*, in T. Grüne-Yanoff, S. O. Hansson (eds.), *Preference Change. Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Dordrecht, pp. 206-19.
- ID. (2012), *Real Nudge*, "European Journal of Risk Regulation", 3, 1, pp. 43-6.
- BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A. (éds.) (2018), *Nudges et normativités. Généalogie, concepts et applications*, Hermann, Paris.
- CAMERER C. et al. (2003), *Regulation for Conservatives. Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, in "University of Pennsylvania Law Review", 151, 3, pp. 1211-54.
- CHEVALLIER J. (2018), *Les nudges dans la modernisation de l'action publique*, in Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (2018), pp. 227-37.
- CONLY S. (2013), *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (2016), *When Freedom of Choice Doesn't Matter*, in "The Tocqueville Review", 73, 1, pp. 39-58.
- COONS C., WEBER M. (eds.) (2013), *Paternalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- CUONO M., SAU R. (2014), *Ripensare il paternalismo in epoca neoliberale*, in "Meridiana", 79, pp. 29-46.
- DG SANCO – HEALTH AND CONSUMERS DIRECTORATE-GENERAL (2010), *Consumer Behaviour. The Road to Effective Policy-making*, European Commission, Bruxelles.

- DOBELLI R. (2012), *Arrêtez de vous tromper. 52 erreurs de jugement qu'il vaut mieux laisser aux autres...*, Eyrolles, Paris.
- DOBSON A. (2011), *Sustainability Citizenship*, Green House, Weymouth.
- DONEGANI J.-M. (2011), *Le paternalisme, maladie sénile du libéralisme?*, in "Raisons politiques", 44, pp. 5-13.
- DONEGANI J.-M., JAUNAIT A. (éds.) (2011), *Paternalisme libéral*, in "Raisons politiques", 44, pp. 5-161.
- DUFLO E. (2010), *Lutter contre la pauvreté*, 2 voll., Le Seuil, Paris (trad. it. *I numeri per agire. Una nuova strategia per sconfiggere la povertà*, Feltrinelli, Milano 2011).
- ID. (2012), *Human Values and the Design of the Fight against Poverty*, Tanner Lectures on Human Values, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- DUFLO E., DUPAS P., KREMER M. (2010), *Education and Fertility. Experimental Evidence from Kenya*, (Working Paper).
- DWORKIN G. (2010), *Harmless Wrongdoing*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè, Milano, pp. 189-205.
- ID. (2017), *Paternalism*, in E. N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition).
- ESPING-ANDERSEN G. (1999), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton.
- FEINBERG J. (1984), *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- FELDMAN R. (2009), *The Role of Science in Law*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- GALLETTI M., VIDA S. (2018), *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, IF Press, Roma.
- GIACOMINI G. (2012), *Promuovere la felicità? Il paternalismo alla luce delle nuove scienze delle decisioni*, in "Notizie di Politeia", 28, 107, pp. 68-78.
- GIGERENZER G. (2015), *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*, in "Review of Philosophy and Psychology", 6, 3, pp. 361-83.
- GILOVICH T., GRIFFIN D. (2002), *Introduction – Heuristics and Biases. Then and Now*, in T. Gilovich, D. Griffin, D. Kahneman (eds.), *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York, pp. 1-18.
- HANSEN P. G. (2016), *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism. Does the Hand Fit the Glove?*, in "European Journal of Risk Regulation", 7, 1, pp. 155-74.
- HAUSHOFER J., REISINGER J., SHAPIRO J. (2019), *Is Your Gain My Pain? Effects of Relative Income and Inequality on Psychological Well-Being*, (Working Paper).
- HAUSMAN D. M., WELCH B. (2010), *To Nudge or Not to Nudge*, in "The Journal of Political Philosophy", 18, 1, pp. 123-36.

- HEATH J. (2011), *Three Models of the Welfare State*, in “Public Reason”, 3, 2, pp. 13-43.
- ID. (2014), *Morality, Competition and The Firm. A Market Failures Approach to Business Ethics*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- JACKMAN M. R. (1994), *The Velvet Glove. Paternalism and Conflict in Gender, Class and Race Relations*, University of California Press, Berkeley.
- JOHN P. (2011), *Making Policy Work*, Routledge, London-New York.
- ID. (2018), *How Far to Nudge? Assessing Behavioural Public Policy*, Edward Elgar, Cheltenham.
- JOHN P., SMITH G., STOKER G. (2009), *Nudge Nudge, Think Think. Two Strategies for Changing Civic Behaviour*, in “The Political Quarterly”, 80, 3, pp. 361-70.
- JOLLS C., SUNSTEIN C. R., THALER R. H. (1998), *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in “Stanford Law Review”, 50, 5, pp. 1471-550.
- JONES R., PYKETT J., WHITEHEAD M. (2013), *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, Edward Elgar, Cheltenham.
- JUNG J. Y., MELLERS B. A. (2016), *American Attitudes toward Nudges*, in “Judgment and Decision Making”, 11, 1, pp. 62-74.
- KAHNEMAN D. (2003), *Maps of Bounded Rationality. Psychology for Behavioral Economics*, in “The American Economic Review”, 93, 5, pp. 1449-75.
- ID. (2011), *Thinking: Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York.
- KAHNEMAN D., TVERSKY A. (1979), *Prospect Theory. An Analysis of Decision under Risk*, in “Econometrica”, 47, 2, pp. 263-91.
- KAHNEMAN D., SLOVIC P., TVERSKY A. (eds.) (1982), *Judgment under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- MANIACI G. (2012), *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino.
- MCCRUIDEN C., KING J. (2016), *The Dark Side of Nudging*, in A. Kemmerer et al. (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Nomos, Baden-Baden, pp. 75-139.
- MERRILL R. (2011), *Comment un État libéral peut-il être à la fois neutre et paternaliste?*, in “Raisons politiques”, 44, pp. 15-40.
- MITCHELL G. (2005), *Libertarian Paternalism Is an Oxymoron*, in “Northwestern University Law Review”, 99, 3, pp. 1245-86.
- MOSS D. A. (2004), *When All Else Fails. Government as the Ultimate Risk Manager*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- NARU F., BELOW W., CAVASSINI F. (2018), *Développement des nudges dans les politiques publiques*, in Bozzo-Rey, Brunon-Ernst (2018), pp. 257-84.
- NÉRON P. Y. (2015), *Public Insurance and Equality. From Redistribution to Relation*, in “Res Publica”, 21, 2, pp. 137-54.
- ID. (2016), *Politiques publiques, économie comportementale et échecs de marché*, in “The Tocqueville Review”, 73, 1, pp. 59-80.

- OECD – ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2010), *Consumer Policy Toolkit*, OECD Publishing, Paris.
- OLIVER A. (2012), *A Nudge too Far? A Nudge at All? On Paying People to Be Healthy*, in “Healthcare Papers”, 12, 4, pp. 8-16.
- OST F. VAN, KERCHOVE M. VAN DE (1987), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des FUSL, Bruxelles.
- PETERSON M. (2009), *An Introduction to Decision Theory*, Cambridge University Press, Cambridge (UK).
- PICHERT D., KATSIKOPOULOS K. V. (2008), *Green Defaults. Information Presentation and Pro-Environmental Behaviour*, in “Journal of Environmental Psychology”, 28, 1, pp. 63-73.
- QUIGLEY M., STOKES E. (2015), *Nudging and Evidence-Based Policy in Europe. Problems of Normative Legitimacy and Effectiveness*, in Alemanno, Sibony (2015), pp. 61-82.
- QUONG J. (2010), *Liberalism without Perfection*, Oxford University Press, Oxford-New York.
- REBONATO R. (2012), *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke-New York.
- SAHLIN N.-E., WALLIN A., PERSSON H. (2010), *Decision Science. From Ramsey to Dual Process Theories*, in “Synthese”, 172, 1, pp. 129-43.
- SAINT-PAUL G. (2011), *The Tyranny of Utility. Behavioral Social Science and the Rise of Paternalism*, Princeton University Press, Princeton.
- SALAZAR A. (2012), *Libertarian Paternalism and the Dangers of Nudging Consumers*, in “King’s Law Journal”, 23, 1, pp. 51-67.
- SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE (2011), *Second Report: Behaviour Change*, Science and Technology Committee, House of Lords, London.
- SENSI F. (2012), *Il paternalismo di Stato che funziona*, in “Corriere della Sera”, 1° febbraio.
- SHAFIR E. (ed.) (2012), *The Behavioral Foundations of Public Policy*, Princeton University Press, Princeton.
- SIMON H. (1982), *Models of Bounded Rationality*, The MIT Press, Cambridge (MA).
- SINGER P. (2004), *One World. The Ethics of Globalization*, Yale University Press, New Haven.
- SINGLER E. (2015), *Nudge marketing. Comment changer efficacement les comportements*, Pearson, Paris.
- SLOVIC P. et al. (2007), *The Affect Heuristic*, in “European Journal of Operational Research”, 177, 3, pp. 1333-52.
- SOSS J., FORDING R. C., SCHRAM D. F. (2012), *Disciplining the Poor. Neoliberal Paternalism and the Persistent Power of Race*, The University of Chicago Press, Chicago.
- SUNSTEIN C. R. (2011), *Empirically Informed Regulation*, in “The University of Chicago Law Review”, 78, 4, pp. 1349-429.

- ID. (2013a), *Simpler. The Future of Government*, Simon and Schuster, New York (trad. it. *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano 2014).
- ID. (2013b), *Behavioral Economics and Paternalism*, in "The Yale Law Journal", 122, 7, pp. 1826-99.
- ID. (2014a), *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven (trad. it. *Effetto Nudge. La politica del paternalismo libertario*, Egea, Milano 2015).
- ID. (2014b), *Nudges.gov. Behaviorally Informed Regulation*, in E. Zamir, D. Teichman (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 719-47.
- ID. (2016), *The Ethics of Influence. Government in the Age of Behavioral Science*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)-New York.
- ID. (2017a), *Human Agency and Behavioral Economics. Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, Cham.
- ID. (2017b), *Nudges That Fail*, in "Behavioural Public Policy", 1, 1, pp. 4-25.
- SUNSTEIN C. R., THALER R. H. (2003), *Libertarian Paternalism Is not an Oxymoron*, in "The University of Chicago Law Review", 70, 4, pp. 1159-202.
- TERESZKIEWICZ P. (2016), *Neutral Third-Party Counselling as Nudge toward Safer Financial Products? The Case of Risky Mortgage Loan Contracts*, in K. Mathis, A. Tor (eds.), *Nudging. Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Springer, Dordrecht, pp. 217-46.
- THALER R. H. (2015), *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, W. W. Norton & Company, New York (trad. it. *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, Einaudi, Torino 2018).
- THALER R. H., BENARTZI S. (2004), *Save More Tomorrow. Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, in "Journal of Political Economy", 112, 1, pp. S164-87.
- THALER R. H., SUNSTEIN C. R. (2003), *Libertarian Paternalism*, in "American Economic Review", 93, 2, pp. 175-9.
- ID. (2008), *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven (trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano 2009).
- TOR A. (2008), *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, in "Haifa Law Review", 4, pp. 237-328.
- TROUT J. D. (2005), *Paternalism and Cognitive Bias*, in "Law and Philosophy", 24, 4, pp. 393-434.
- TVERSKY A., KAHNEMAN D. (1974), *Judgment under Uncertainty. Heuristics and Biases*, in "Science", 185, 4157, pp. 1124-31.
- ID. (1981), *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in "Science", 211, 4481, pp. 453-8.

- ID. (1983), *Extensional versus Intuitive Reasoning. The Conjunction Fallacy in Probability Judgment*, in "Psychological Review", 90, 4, pp. 293-315.
- VIALE R. (2018), *Oltre il nudge. Libertà di scelta, felicità e comportamento*, il Mulino, Bologna.
- VIDA S. (2019), *Votare con i mozziconi per proteggere l'ambiente. Tecnologie della regolazione postliberale*, in "Notizie di Politeia", 35, 136, pp. 101-12.
- WILLIS L. E. (2013), *When Nudges Fail. Slippery Defaults*, in "The University of Chicago Law Review", 80, 3, pp. 1115-229.
- ZAPPINO F. (2014), *Il paternalismo, tra "proibizione" e "disciplinamento". Un percorso critico nella letteratura contemporanea*, in "Meridiana", 79, pp. 151-63.

Gli autori e le autrici

GIULIA BISTAGNINO è assegnista di ricerca in Filosofia politica e professoressa a contratto presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli Studi di Milano. I suoi interessi di ricerca riguardano il problema del disaccordo, la nozione di oggettività in politica e il rapporto tra esperti e democrazia. Le sue pubblicazioni più recenti includono: *Compromessi di principio. Il disaccordo nella filosofia politica contemporanea* (Carocci, 2018) e *Liberalism, Pluralism, and a Third Way*, in V. Kaul, I. Salvatore (eds.), *What Is Pluralism?* (Routledge, 2020).

MARINA LALATTA COSTERBOSA è professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Filosofia e Comunicazione dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna e membro del Comitato di Bioetica dello stesso ateneo. Le sue pubblicazioni più recenti includono: *Una bioetica degli argomenti* (Giappichelli, 2012), *La democrazia assediata. Saggio sui principi e sulla loro violazione* (DeriveApprodi, 2014), *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo* (DeriveApprodi, 2016), *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista* (con A. Burgio, DeriveApprodi, 2016), *¿Legalizar la tortura?* (con M. La Torre, Tirant lo Blanch, 2018) e *Il bambino come nemico. L'eccezione humboldtiana* (DeriveApprodi, 2019).

BEATRICE MAGNI è professoressa associata di Filosofia politica presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli Studi di Milano. I suoi interessi di ricerca riguardano le teorie, i problemi e le pratiche del pluralismo, la relazione tra approcci empirici e approcci normativi alla teoria politica, il compromesso morale e politico. Le sue pubblicazioni più recenti includono: *Hannah Arendt et la condition politique* (L'Harmattan, 2018) e la curatela *Machiavelli. Sette saggi di teoria politica* (Mimesis, 2017). È vicedirettrice della rivista "Biblioteca della libertà".

GIORGIO MANIACI è professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo. Si occupa di paternalismo, liberalismo, femminismo, razionalità, autorità, diritti

indisponibili, eutanasia e proibizionismo. Ha pubblicato una trentina di articoli in riviste e volumi nazionali e internazionali, tre monografie, tra cui *Contro il paternalismo giuridico* (Giappichelli, 2012, trad. spagnola Marcial Pons, 2020) e un romanzo, *In principio era Dolores* (Torri del Vento, 2017). È condirettore della rivista "Diritto & questioni pubbliche".

FRANCESCA PASQUALI è professore associato di Filosofia politica presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli Studi di Milano. Si occupa di questioni metodologiche, indagando la relazione tra fatti e principi e tra approcci filosofici e politologici, di processi di democratizzazione, di regimi non democratici e di agency politica in contesti autoritari. Le sue pubblicazioni includono: *Transizioni politiche. Democrazie imperfette o nuovi autoritarismi?* (Egea, 2015) e *Virtuous Imbalance. Political Philosophy between Desirability and Feasibility* (Ashgate, 2012).

NICOLA RIVA è professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche dell'Università degli Studi di Milano. Combinando le prospettive della filosofia analitica e della teoria critica, si occupa di eguaglianza, liberalismo, giustizia sociale e bioetica pubblica. Le sue pubblicazioni includono le monografie *Eguaglianza delle opportunità* (Aracne, 2011), *Egalitarismi. Concezioni contemporanee della giustizia* (Giappichelli, 2016) e la curatela dell'antologia *Eguaglianza* (Laterza, 2017).

ROBERTA SALA è professore ordinario di Filosofia politica presso la Facoltà di Filosofia dell'Università Vita-Salute San Raffaele di Milano e condirettore del CeSEP, Centro Studi di Etica e Politica. Si occupa di filosofia politica normativa, bioetica ed etica pubblica. Le sue pubblicazioni più recenti includono: *La verità sospesa. Ragionevolezza e irragionevolezza nella filosofia politica di John Rawls* (Liguori, 2012), *Filosofia per i professionisti della cura* (Carocci, 2014), *Il silenzio di Dio. Religione, credenze e rispetto* (San Paolo, 2014).

VIRGINIA SANCHINI è ricercatrice in Filosofia politica presso il Dipartimento di Oncologia ed Emato-Oncologia dell'Università degli Studi di Milano, professore a contratto presso la Scuola Europea di Medicina Molecolare e *Visiting Research Fellow* e *Appointed Professor* per il Master of Bioethics presso il Centre for Biomedical Ethics and Law di Leuven. È specializzata in etica della ricerca clinica, etica pubblica, approcci deliberativi alla bioetica e bioetica empirica. Collabora con il Centro per la tecnologia avanzata in salute e benessere dell'ospedale San Raffaele di Milano.

PERSIO TINCANI è professore associato di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo. È autore di numerosi saggi sul principio del danno e sulla teoria liberale del diritto e di cinque monografie, tra le quali: *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del*

matrimonio omosessuale (L'Ornitorinco, 2009), *Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale). Filosofia, diritto e libertà individuali* (Sironi, 2013); *Filosofia del diritto* (Le Monnier, 2017). Collabora con "Ragion pratica", "Rivista di filosofia del diritto", "Ordines", "il Mulino" e altre riviste.

SILVIA VIDA insegna Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Le sue pubblicazioni includono: *Norma e condizione. Uno studio dell'implicazione normativa* (Giuffrè, 2001), *Dall'intuizionismo morale alla logica degli obblighi. Saggio sulla metaetica di W. D. Ross* (Gedit, 2003), *Sinn e Bedeutung della norma nell'ultimo Kelsen* (Gedit, 2008), *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario* (con M. Galletti, IF Press, 2018) e le co-curatele *Indagine sulla natura umana. Itinerari della filosofia contemporanea* (con M. Galletti, Carocci, 2011), *Post-femminismo e neoliberalismo* (con A. Verza, Aracne, 2020).

