

REPLICHE AI CONTRIBUTI DI MORESO, SPENA, FIANDACA E DICIOTTI

GIORGIO MANIACI



Repliche ai contributi di Moreso, Spena, Fiandaca e Diciotti

Replys to Contributions by Moreso, Spena, Fiandaca and Diciotti

GIORGIO MANIACI

Professore associato, Università degli studi di Palermo.

E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, replico alle critiche e alle osservazioni mosse da Moreso, Diciotti, Spena e Fiandaca, relativamente al mio libro “Contra el paternalismo jurídico”.

In this article, I reply to criticisms and observations made by Moreso, Diciotti, Spena and Fiandaca about my book “Contra el paternalismo jurídico”

KEYWORDS

paternalismo (debole e forte), Feinberg (Joel), moralismo giuridico, corti costituzionali (italiana e tedesca)

paternalism (soft and hard), Feinberg (Joel), legal moralism, Constitutional courts (Italian and German)

Repliche ai contributi di Moreso, Spena, Fiandaca, Diciotti

GIORGIO MANIACI

1. *Woody Allen e la concezione di Moreso* – 1.1. *La libertà di suicidarsi e il diritto al suicidio assistito* – 2. *L'interpretazione in "malam partem" di Diciotti* – 2.1. *Diciotti e l'argomento utilitarista* – 3. *Il moralismo giuridico di Spena* – 4. *Il prof. Fiandaca e le due sentenze della Corte costituzionale italiana e quella tedesca* – 4.1. *La mia concezione e quella di Feinberg.*

1. *Woody Allen e la concezione di Moreso*

Io sono molto pessimista nella vita, devi saperlo se noi staremo insieme, sai, io sento che la vita è divisa in orribile e in miserrimo, sono come due categorie, sai l'orribile sarebbe ecco, per esempio un caso limite sarebbe quando uno è cieco o storpio, io non so come si faccia a vivere, è un mistero per me, sai, e il miserrimo sono tutti gli altri.
(*Io e Annie*, di Woody Allen)

Prima di incominciare queste brevi repliche, ai contributi sul mio libro *Contra el paternalismo jurídico*, farò una premessa di carattere generale che riguarda tutti i contributi. Tutti gli autori si sono chiesti perché denomino antipaternalismo moderato una concezione etico-politica che in letteratura è diffusamente conosciuta come *soft paternalism* o paternalismo debole, in contrapposizione ad un paternalismo *hard*. La ragione la spiega perfettamente Feinberg, anche se alla fine, vista la prevalenza in letteratura del termine *soft paternalism* l'autore adotta questa espressione. La ragione, dice Feinberg, è che il *soft paternalism* non ha niente di "paternalistico". Se tuteliamo una persona che si sta gettando dal nono piano di un palazzo in stato di intossicazione da alcol e droghe, stiamo tutelando il suo vero bene, i suoi reali interessi, la sua autonomia, quello che Feinberg chiama la sua *real choice*, il suo *real self* perché in stato di intossicazione da alcol e droghe non può ragionare per comprendere cosa è meglio fare, se uccidersi oppure no. Il paternalismo agisce *contro* la volontà dell'individuo, *limita* la sua libertà, ma l'unica reale volontà del soggetto, l'unica vera libertà è quella che dipende da ciò che il soggetto considera i suoi interessi, la sua libertà, la sua scelta, in presenza di razionalità e capacità di intendere e volere. La volontà, la libertà che viene limitata dal paternalismo debole che Spena chiama tutorio non è la vera volontà del soggetto, la sua vera libertà. Il paternalismo dovrebbe essere un principio che limita la volontà e la libertà del soggetto, ma in realtà, quello debole tutela la sua reale volontà, la sua vera autonomia. Una concezione che tutela la autonomia del soggetto non può essere paternalista.

Incomincerò con le osservazioni di Moreso¹. Con José Juan vi è un'amicizia e un affetto che dura da tanti anni, almeno da quando nel 2001 con una borsa di studio del CNR feci il primo di una lunga serie di periodi di studio e ricerca alla Pompeu Fabra di Barcellona, al cui gruppo di ricerca anche io sono molto legato.

Per cui per me è un onore e un piacere che José Juan abbia trovato il tempo per effettuare delle osservazioni acute e profonde sul mio libro, uscito nell'edizione italiana nel 2012, e in quella spagnola nel 2020, presso la Marcial Pons. Moreso, che è sicuramente più colto di me, mi attri-

¹ MORESO 2021.

buisce una concezione della natura umana di tipo pelagiano. Secondo questa concezione, molto ottimistica, dice Moreso,

«los seres humanos, habitualmente, cuando obramos somos racionales, en el sentido de que lo hacemos con un conjunto coherente de creencias, con la información necesaria, con los fines que perseguimos bien determinados, que conocemos los medios para alcanzar dichos fines y que no estamos bajo coacción ni amenaza, ni obramos como consecuencia psicológica de la compulsión y la debilidad de la voluntad».

Questa concezione si oppone ad un'altra concezione, pessimista, della natura umana, quella di Sant'Agostino, secondo cui, con le parole di Moreso «la naturaleza humana está vulnerada, herida, desgarrada, arruinada».

Io che sono più a mio agio con il cinema rispetto alla storia medioevale, direi che Moreso ha una concezione alleniana della vita, come si comprende dall'epigrafe del paragrafo, il quale distingue la vita delle persone in orribile e miserrimo. Secondo Pelagio, dunque, gli esseri umani sono tendenzialmente razionali, hanno un insieme di credenze coerenti, hanno credenze corrette sulla realtà, hanno ben chiaro gli obiettivi e i fini da raggiungere e sanno come realizzarli. Secondo Sant'Agostino, gli esseri umani sono perennemente fragili, vulnerabili, lacerati, dilaniati, feriti, rovinati. Moreso ha ragione nel pensare che io considero ideologicamente inaccettabile, ed empiricamente falsa la concezione di Sant'Agostino, anche perché questa concezione è utilizzata dalla Chiesa per mostrare che gli esseri umani non sanno quello che vogliono e dunque hanno bisogno di un pastore che li guidi come fossero pecore, e dunque devono ubbidire alla autorità ecclesiastica che conosce meglio di loro il loro bene. E, tuttavia, non condivido del tutto neppure la concezione pelagiana, credo che gli esseri umani conoscano i loro desideri meglio di chiunque altro, ma a volte non hanno le informazioni corrette necessarie per realizzarli; inoltre su questioni fondamentali, come il rapporto coi genitori, col partner, gli amici, credo gli esseri umani spesso si autoingannino, come dico nel terzo capitolo del libro *Contra el paternalismo jurídico*. Ci sono due concezioni della fragilità e vulnerabilità umana, una forte, sembrerebbe di stampo agostiniano, una debole, che è quella che condivido. Nella concezione forte la natura umana è sempre fragile e vulnerabile, e secondo assunto, tale fragilità determina in molti o alcuni casi una forma di incompetenza basica. Io credo che Moreso non sia del tutto coerente, perché rifiuterebbe in alcuni casi paradigmatici di incompetenza secondo i paternalisti, la concezione forte della vulnerabilità, ammesso che si possa attribuirlo a Sant'Agostino, in quanto lui stesso ammette come legittima una forma di eutanasia attiva nei casi di malattie gravi e incurabili. Al contrario, l'argomento della fragilità è utilizzato proprio dai paternalisti per evitare qualunque forma di eutanasia attiva, proprio perché non ci sarebbe nessuno di più vulnerabile e fragile di una persona con una malattia grave e incurabile, con una prognosi infausta, e tale fragilità rende il suo consenso invalido secondo i paternalisti che adottano una concezione forte della vulnerabilità, cosa che Moreso non condivide. La seconda concezione della fragilità e vulnerabilità umana è che essa sia connessa ad eventi particolari, come un lutto importante, la morte di un compagno/a, di un figlio/a di un genitore, uno sradicamento dalla propria terra natia, un amore non corrisposto, l'impossibilità di avere bambini, l'impossibilità di avere una relazione affettiva stabile a causa di abusi o maltrattamenti subiti durante l'infanzia, l'essere impulsivi, imprudenti, superficiali, affetti da debolezza della volontà e infelici di esserlo. Queste fragilità sono spesso transeunti, anche quando assumono l'aspetto di una depressione reattiva, le persone si abituano alla loro nuova condizione dopo un po' di tempo dall'evento scatenante. La seconda caratteristica di questa condizione debole della vulnerabilità è che nei paesi occidentali la fragilità non è mai considerata una forma di incompetenza basica cioè non inficia l'autonomia del soggetto e gli consente di compiere azioni giuridicamente rilevanti, salvo che la fragilità si trasformi in grave depressione, nel qual caso le cose si complicano. In base alla seconda concezione della fragilità e vulnerabilità

umana, che condivido, è necessaria una procedura di accompagnamento alla decisione per tutti gli atti di disposizione del proprio corpo gravi e irreversibili, come il cambiamento di genere sessuale, la sterilizzazione volontaria, l'eutanasia attiva e passiva e il suicidio assistito, il consumo di droghe pesanti come eroina e cocaina. La procedura di accompagnamento alla decisione è un colloquio col medico che serve innanzitutto per evitare che persone in stato di irrazionalità o incapacità di intendere e volere, come un'intossicazione da droghe o alcol, stato di shock, di ipnosi, di grave depressione in assenza di gravi malattie fisiche, possano compiere azioni autolesive per sé stesse, come un suicidio assistito. In secondo luogo, nella procedura di accompagnamento alla decisione il medico offre tutte le informazioni rilevanti che il paziente potrebbe ignorare, di modo che il paziente conosca i fatti rilevanti e abbia un insieme di credenze rilevanti coerenti; inoltre il medico elimina eventuali incoerenze, presenta le informazioni in modo da evitare che il paziente commetta errori cognitivi descritti nel capitolo terzo del mio libro nella versione spagnola, ad esempio presenta eventi statisticamente rilevanti in termini di frequenze naturali (una su mille) e non in termini di probabilità formale (0,1%) e dà al paziente un periodo di tempo, ad esempio una settimana, per decidere in modo che sia sicuro della sua scelta. Quindi, in un certo senso, la condizione pelagiana, la razionalità, la conoscenza dei fatti rilevanti, l'insieme coerente delle credenze, l'assenza di fallacie, ecc., non è altro che il risultato della procedura di accompagnamento alla decisione, non il principio. Questa procedura tutela l'autonomia del soggetto, è rigorosamente antipaternalista, perché tutela molte persone dal compiere gesti irreversibili in stato di irrazionalità, incapacità di intendere e volere, tutela le persone più deboli cioè persone impulsive, superficiali, affette da debolezza della volontà, infelici di esserlo, e tutela coloro che non per loro colpa ignorano fatti rilevanti molto importanti, ad esempio che solo il 20-25% dei consumatori di eroina o cocaina diventa consumatore compulsivo e che un consumatore compulsivo di cocaina ha una certa probabilità di avere danni alla salute, ad esempio una probabilità sette volte maggiore di infarto al miocardio.

1.1. *La libertà di suicidarsi e il diritto al suicidio assistito*

Moreso poi distingue due casi, uno di un diritto-libertà o permesso e uno di diritto-pretesa nel senso di Hohfeld. In molti paesi occidentali il suicidio e il tentato suicidio sono libertà, cioè si tratta di comportamenti non sanzionati, non vietati. Ma il suicida non ha la pretesa che altri non interferiscano col suo comportamento suicidario, gli altri non hanno l'obbligo di non interferire, in maniera coattiva, col comportamento suicida, anzi in molti stati la polizia ha l'obbligo di intervenire. Quello, invece, all'eutanasia attiva, nel caso di una malattia grave e incurabile, è un diritto-pretesa, cioè l'individuo che vuole l'eutanasia attiva ha la pretesa a che gli altri non interferiscano con la sua decisione e i suoi comportamenti necessari per essere ucciso mediante iniezione letale. Sono totalmente d'accordo con Moreso su questo punto, io non credo nel diritto al suicidio, ma nel diritto all'eutanasia attiva e al suicidio assistito, cosa molto differente, perché come ho spiegato, per le ragioni analizzate prima, il suicidio assistito prevede una procedura di accompagnamento della decisione effettuata tramite il colloquio con un medico e uno psicologo che accertino la presenza delle quattro condizioni per un grado sufficiente di autonomia, la razionalità, capacità di intendere e volere, la sufficiente libertà da pressioni coercitive, la stabilità nello tempo dei desideri. Una penultima cosa. Moreso inserisce tra le norme che abbiano giustificazioni o scopi paternalisti anche le norme che tutelano i diritti dei lavoratori dipendenti, il diritto alla retribuzione, al riposo giornaliero, al riposo settimanale, alla sicurezza sul lavoro, ad un ambiente salubre. Queste norme, al contrario, hanno natura antipaternalista, perché tutelano uno dei quattro requisiti per un grado sufficiente di autonomia, la sufficiente libertà da pressioni coercitive. Tutelano la preferenza autonoma dei lavoratori alla chiusura della negoziazione. Questi diritti sono, infatti, inalienabili e irrinunciabili, ma non per ragioni paternaliste. Se il diritto al riposo giornaliero e settimanale fossero diritti rinunciabili *de iure* o *de facto*, i lavoratori

molto probabilmente subirebbero pressioni coercitive, minacce di licenziamento, di delocalizzazione, di riduzione della produzione, per essere indotti a rinunciare a tali diritti. Gli imprenditori potrebbero anche coalizzarsi per proporre soltanto contratti di lavoro di 14 ore al giorno e senza ferie pagate. Questo violerebbe l'autonomia dei lavoratori dipendenti, la loro libertà da pressioni coercitive, quindi l'irrinunciabilità di tali diritti ha ragioni antipaternaliste.

Infine, Moreso mi accusa di negare validità all'argomento del piano inclinato, o della china scivolosa utilizzato da molti autori contro l'eutanasia e il suicidio assistito e di utilizzarlo io stesso in altre occasioni. Secondo alcuni autori, la legalizzazione dell'eutanasia attiva avrebbe una conseguenza tragica e inevitabile, l'uccisione da parte dei medici delle persone più deboli, indifese, vulnerabili, contro la loro volontà. Questo argomento contiene varie fallacie, è soprattutto paranoico, perché la probabilità che tutti, medici, infermieri, psicologi, amici, parenti, fraintendano la volontà del paziente, che dice non voglio l'eutanasia e loro capiscono sì la voglio, è inesistente. Né c'è stata nessuna strage degli innocenti nei paesi in cui è legalizzata l'eutanasia o il suicidio assistito (Belgio, Lussemburgo, Germania, Olanda, Spagna, Svizzera). In seguito, affermo che l'argomento della dignità usato in chiave paternalista è pericolosissimo, perché in ambito bioetico si potrebbe considerare contrario alla dignità umana qualunque atto, il sesso orale, la prostituzione, la pornografia, la masturbazione ecc. Secondo me, ci sono solo due tipi di piano inclinato, uno empiricamente valido, basato su prove empiriche sufficientemente certe e un altro empiricamente invalido, dal punto di vista statistico-probabilistico. Il piano inclinato nel caso dell'argomento della dignità è basato su prove empiriche sufficientemente certe, perché di fatto utilizzato, come temevo, dalle femministe radicali contro la prostituzione, la pornografia, la maternità surrogata, così come è stato utilizzato in chiave paternalista dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza del 2019 con cui ha rigettato la questione di legittimità dei reati di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, argomentando (anche) che la prostituzione offende la dignità della prostituta. Nello stesso senso, il catechismo della Chiesa cattolica considera contrari alla dignità dell'uomo la fornicazione, la prostituzione e la pornografia².

2. L'interpretazione in "*malam partem*" di Diciotti

Il contributo di Diciotti³ è molto più critico di quanto mi aspettassi, ricordavo un maggiore accordo su molte questioni, e dà l'impressione di effettuare a volte interpretazioni in *malam partem* del mio pensiero, anziché interpretazioni caritatevoli. Ma vediamo cosa afferma.

Diciotti mi accusa di utilizzare una concezione della razionalità e della libertà da pressioni coercitive troppo indeterminata. Per quanto riguarda la razionalità e la capacità di intendere e volere questa critica non mi sembra corretta. Io enumero tutta una serie di requisiti, credenze palesemente false, stato di shock, stato di ipnosi, intossicazione da alcol, droghe o psicofarmaci, immaturità psicologica dovuta alla minore età, psicopatologie permanenti o temporanee, contraddizioni logiche che determinano irrazionalità o incapacità di intendere e volere. Per semplicità, non ho distinto i requisiti della razionalità da quelli della capacità di intendere e volere. E, tuttavia, metto due paletti molto chiari nella concezione della razionalità, affermando che tale concezione è formale e limitata, e ciò rende la razionalità un requisito minimale, scheletrico, debole. In altri termini, è molto facile superare il test di razionalità formale e limitata. Eliminando dalle opzioni teoriche accettabili la razionalità sostanziale, si impedisce che un certo comportamento, il suicidio, sia considerato come irrazionale o insufficientemente razionale, con riguardo

² https://www.vatican.va/archive/catechism_it/p3s2c2a6_it.htm (PARTE TERZA. LA VITA IN CRISTO. SEZIONE SECONDA I DIECI COMANDAMENTI. CAPITOLO SECONDO. «AMERAI IL PROSSIMO TUO COME TE STESSO» ARTICOLO 6 IL SESTO COMANDAMENTO).

³ DICIOTTI 2021.

al suo contenuto. Già questo riduce molto il campo dei requisiti della razionalità. Nella razionalità formale o *humana* in genere i requisiti sono due, le contraddizioni logiche e le credenze false, cui si possono aggiungere, cito Elster, e il mio libro sulla razionalità del 2008, in una nota nel mio libro contro il paternalismo, alcune distorsioni irrazionali, come *wishful thinking*, preferenze adattive e conformismo. Secondo una concezione della razionalità limitata, cito Herbert Simon⁴ in nota nel mio libro, le persone iniziano il percorso previsto dalle teorie della scelta razionale, iniziano a individuare le opzioni disponibili, ad esempio le case in vendita, individuano alcune caratteristiche di queste opzioni, ad esempio la presenza di un riscaldamento centralizzato, la presenza di scuole ottime vicine, la presenza di ascensori, l'esposizione della camera da letto ad ovest, ecc., attribuiscono una preferenza a tali caratteristiche, ma non completano la procedura, ad un certo punto dicono "good enough", questa l'espressione di Simon. Il quando questo succeda, quando le persone smettono di cercare nuove opzioni, nuove caratteristiche è secondo Simon un salto nel buio. La formula prevista dalle teorie della scelta razionale sarebbe che una persona decide di interrompere la procedura quando il costo di un'informazione addizionale è superiore al beneficio della nuova e non acquisita informazione addizionale. Simon critica questa procedura perché, in realtà, non possiamo calcolare il beneficio della nuova informazione addizionale. In questo contesto, la concezione della razionalità diventa ancora più scheletrica, perché ci sono due livelli decisionali, il primo la ricerca delle opzioni, delle caratteristiche, l'attribuzione di preferenze, il secondo in cui il soggetto decide in modo coerente quante risorse intellettuali, materiali e soprattutto temporali dedicare a quel tipo di decisione, ad esempio comprare una casa. In tal senso, è possibile che un soggetto ignori di avere una credenza falsa, ma sia razionale per Simon, perché un individuo potrebbe legittimamente smettere di cercare di accertare se una certa credenza sia falsa, accettando questa possibilità e non volendo spendere più risorse temporali e materiali per accertarne la veridicità, essendo difficile, cioè molto dispendioso temporalmente accertare la veridicità di quella credenza. Per questo parlo di credenze palesemente false, cioè credenze che è facile accertare in base alla letteratura di riferimento se sono vere oppure no.

Sono convinto che anche Diciotti conosca bene la concezione della razionalità formale, quella di Elster e quella di Simon, che per necessarie ragioni di brevità non ho esplicitato del tutto nel testo, ma il mio concetto di razionalità è esplicitamente delimitato da queste due concezioni.

Per quanto riguarda il concetto di pressione coercitiva sufficiente essa ha un certo grado di indeterminatezza, ma non è possibile eliminarla salvo individuare tutti i diritti fondamentali della persona che subisce una pressione coercitiva, che determinano quando la pressione coercitiva è *sufficiente* a viziare il consenso, come nell'esempio che faccio dell'operaio metalmeccanico che lavora dodici ore al giorno per pagare le spese del trapianto di cuore del figlio in un sistema di assicurazioni private, senza welfare o senza un diritto alla salute costituzionalmente garantito a tutti. Così ad esempio la giurisprudenza italiana considera violenza sessuale l'ipotesi in cui il locatore ricatti la locataria dicendole che se non fanno sesso, la butterà fuori di casa, non avendo lei pagato l'affitto. In questo caso, il diritto fondamentale che rileva, non è quello di permanere in una casa senza pagare l'affitto, ma il diritto morale a non dormire per strada, soprattutto d'inverno, per cui il ricatto del locatore assume le vesti di una pressione coercitiva sufficiente a viziare il consenso. Non c'è modo di sfuggire a questa indeterminatezza, e infatti lo stesso Diciotti non propone una concezione migliore delle pressioni coercitive, semplicemente perché non c'è. Però metto un paletto preciso, cioè che le pressioni affettive, come un rifiuto amoroso o un abbandono affettivo, non rappresentano pressioni coercitive, perché non abbiamo il diritto-pretesa di essere amati. Facciamo degli esempi. Immaginiamo che un fidanzato dica alla fidanzata, la quale si rifiuta di fare sesso con lui da un mese, che se non avranno rapporti sessuali lui la lascerà. Se la donna acconsente non c'è violenza sessuale. Oppure un amico che chiede un pre-

⁴ Cfr. SIMON 1955, SIMON 1957, ELSTER 1983, ELSTER 1986, MANIACI 2008.

stato ad un altro suo amico, minacciandolo di non parlargli più qualora non gli desse il prestito. Anche in questo caso, non c'è estorsione se l'amico acconsente. Anche il concetto di violenza epistemica ha un suo grado di indeterminatezza, ma più specifico di come lo descrivo non si può. In realtà, si tratta di un fenomeno relativamente facile da individuare in base ai sintomi che individuo nel quarto capitolo. Si tratta di un fenomeno comune per quanto riguarda le donne nell'Ottocento e i primi settanta anni del Novecento, gli afroamericani nello stesso periodo negli Stati Uniti, e i dalit in India. Basta trovare un gruppo sociale fortemente discriminato giuridicamente, socialmente ed economicamente, che sia educato all'inferiorità fin dall'infanzia, che quindi interiorizzi il senso di inferiorità al punto da ritenere giusta la discriminazione. Questo spiega l'ostilità di alcune donne, che subivano la violenza epistemica, in Gran Bretagna al movimento delle suffragette che pretendevano il diritto di voto; la violenza epistemica spiega perché alcune donne erano contrarie al diritto di voto, essendo un gruppo giuridicamente, socialmente ed economicamente discriminato in una società ferocemente maschilista. Come dico nel testo, la violenza epistemica ha, dunque, paletti abbastanza determinati e può rappresentare per una donna straniera, parte di un gruppo fortemente maschilista, un vizio del consenso per quanto concerne la decisione di farsi maltrattare dal marito. Questa donna, infatti, avrà alcuni "sintomi", come la credenza nella superiorità intellettuale e morale degli uomini, probabilmente di natura religiosa, un odio di sé in quanto parte di un gruppo fortemente discriminato, un conformismo al gruppo sociale. Più di così il concetto di violenza epistemica non si può precisare, ma non possiamo farne a meno, cosa di cui evidentemente Diciotti non si rende conto, al fine di tutelare soggetti deboli che subiscono gravi discriminazioni.

In realtà, la maggior parte dei casi di pressione coercitiva sono individuati nel testo e condivisi in letteratura, come la coercizione fisica e la coercizione psicologica, intesa come la minaccia di un male, ad esempio, fisico, psicofisico o economico a qualcuno da parte di un terzo. I pochi casi dubbi riguardano, come Diciotti perfettamente intuisce, cosa dobbiamo consentire che i poveri in senso assoluto possano legittimamente fare. Ad esempio, in due articoli, uno pubblicato su "Doxa", uno in corso di pubblicazione⁵, affermo che un mercato libertario di organi, comprati e venduti come fossero televisori, è da evitare, perché in tale mercato capitalistico, visto che la domanda di organi è molto elevata, soprattutto di reni, e l'offerta ridotta, i reni avrebbero un costo significativo, escludendo i più poveri o i meno benestanti dalla possibilità di acquistare un rene nel mercato di libero, creando una forte disuguaglianza tra ricchi e poveri in termini di aspettativa di vita. In questo articolo, esploro, invece, la possibilità che lo Stato, il Servizio sanitario nazionale offra incentivi economici, ad esempio 30000 euro, in cambio della cessione di un organo non vitale, come un rene, un polmone o mezzo fegato. In questo contesto, escludo i poveri in senso assoluto dalla possibilità di cedere un organo in cambio di un corrispettivo dello Stato. Lo stesso per la maternità surrogata una volta che fosse legalizzata. Le ragioni fondamentali sono evitare una forma grave di *exploitation* delle classi più povere che potrebbero trasformarsi nella *riserva di organi* del paese, con conseguenze gravi per la loro salute visto che la cessione di un rene implica una certa probabilità di sviluppare ipertensione, il che è un fattore di rischio di malattie cardiocircolatorie, e una certa probabilità che l'unico rene rimasto si ammali. Lo stesso vale per la maternità surrogata, la madre va incontro al rischio di sviluppare varie malattie durante e dopo la gravidanza, come artrite reumatoide, depressione post-partum, infezioni mammarie e vaginali, emorragie, ipertensione, preeclampsia, diabete.

Dunque, escludo le persone più indigenti dalla possibilità di cedere un rene in cambio di un corrispettivo da parte del Servizio sanitario nazionale, e dalla possibilità di stipulare un contratto di maternità surrogata. Mentre non escluderei le donne povere dalla possibilità diventare prostitute, se la prostituzione fosse pienamente legalizzata e regolamentata, perché la prostituzione

⁵ MANIACI 2020b, MANIACI 2022.

non implica, di per sé, danni fisici o psicofisici alla prostituta stessa, come accade con la gravidanza. Nello stesso senso, i più poveri avrebbero diritto a consumare eroina o cocaina, perché tale comportamento non dipende da una pressione coercitiva.

Dopo avere affermato che i requisiti della razionalità e della stabilità nel tempo dei desideri sono troppo indeterminati, Diciotti afferma che sono troppo esigenti. Ad esempio, è normale che le persone abbiano conflitti tra desideri, dunque è un requisito molto facile da soddisfare, che implicherebbe che moltissime decisioni siano irrazionali. Al contrario di quanto pensa Diciotti, l'assenza di contraddizioni logiche tra desideri fondamentali e rilevanti, correttamente interpretata, è un presupposto indispensabile per qualunque procedura medica di accesso all'eutanasia o al suicidio assistito, direi per qualunque procedura medica basata sul consenso informato. Non possiamo concedere l'eutanasia ad una persona che un giorno dica la voglio, il giorno successivo non la voglio, e così sempre; deve decidersi, e il conflitto deve essere rilevante come dico nel testo, dipende da ciò che il soggetto racconta al medico, indipendentemente dal fatto che abbia qualche dubbio ben nascosto.

Anche il requisito della stabilità nel tempo dei desideri è facilissimo da soddisfare, e non è affatto esigente, basta dare al paziente un tempo di riflessione, ad esempio una settimana, per valutare se la sua decisione è ben ponderata, cosa prevista da moltissime leggi che prevedono procedure di accompagnamento alla decisione di soggetti che vogliono compiere atti di disposizione del proprio corpo gravi e irreversibili, Come accade con il cambiamento di genere sessuale, la sterilizzazione volontaria, l'aborto, l'eutanasia o il suicidio assistito, e come è infatti previsto dalla recente legge spagnola che ha legalizzato l'eutanasia attiva per pazienti gravi e incurabili.

Come dico nel mio testo, «Ad esempio, il medico durante il colloquio con un paziente gravemente malato (ma non terminale) o affetto da gravi handicap fisici potrebbe dare a quest'ultimo una settimana di tempo per decidere in modo sereno, non avventato, se vale la pena di morire»⁶.

La procedura, come dico nel testo, deve essere breve altrimenti si ricade nel paternalismo. Infine, Diciotti mi accusa di non condividere un paternalismo moralistico e perfezionista, ma di condividere un paternalismo non moralistico o perfezionista.

Dice Diciotti, «Essere antipaternalisti significa infatti accettare la tesi che agli individui debba essere garantito, almeno in alcune circostanze, il diritto di danneggiare se stessi, ossia di eseguire azioni incompatibili col loro bene o il loro interesse».

Per me questa concezione presunta antipaternalista non è solo inaccettabile, ma è insensata, perché il bene dell'individuo, il suo benessere psicofisico, i suoi interessi coincidono, come dico nell'introduzione del mio libro, con ciò che il soggetto adulto desidera in presenza dei requisiti della razionalità, capacità di intendere e volere, conoscenza dei fatti rilevanti, stabilità nel tempo dei desideri, sufficiente libertà da pressioni coercitive. Dunque, come dice chiaramente Feinberg sono ammessi interventi volti a stabilire, proceduralmente, quale sia la reale volontà del soggetto che vuole compiere attività gravemente dannose. In tal senso, io non credo, come già detto, nel diritto-pretesa al suicidio né che dovremmo dunque lasciare che le persone si gettino dal nono piano di un palazzo o accendano il gas per morire, perché non sappiamo se queste persone agiscono in stato di irrazionalità o incapacità di intendere e volere (non ripeterò tutti i requisiti già individuati), poiché tale intervento serve a determinare, tramite una procedura di accompagnamento alla decisione quale sia la reale volontà del soggetto. Mi sembra sufficientemente antipaternalista far scendere la persona in probabile stato di intossicazione da alcol dal nono piano, darle accesso al suicidio assistito tramite un colloquio con un medico e uno psicologo che accerti i quattro requisiti per un grado sufficiente di autonomia. Ciò che Diciotti dimentica, e forse non condivide, è che sono le stesse persone a richiedere in molti casi questo intervento, cioè che la polizia o i vigili del fuoco impediscano loro di uccidersi o automutilarsi in presenza di irraziona-

⁶ MANIACI 2012.

lità o incapacità di intendere e volere. Anche io vorrei essere salvato mentre mi sto gettando dal nono piano di un palazzo in preda ad un trip da LSD (che non ho mai consumato). Questi interventi volti a limitare la libertà dell'individuo di arrecare un grave danno a se stesso quando non è in condizione di ragionare sono paternalisti? No perché tutelano, a livello probabilistico-statistico l'autonomia della maggioranza delle persone che vorrebbe essere salvata in casi del genere. Lo stesso vale per la conoscenza dei fatti rilevanti. Se una persona inizia a consumare cocaina ed eroina, ignorandone non per sua colpa gli effetti sulla salute, perché ingannata dal contesto sociale in cui vive, cioè gli amici che si sbagliano sugli effetti della cocaina ed eroina, e la sua reale volontà, una volta conosciuti gli effetti sulla salute sarebbe di non consumare cocaina ed eroina, dobbiamo attribuirle, come dice Diciotti, il diritto di danneggiare sé stessa, contro i suoi reali interessi? Non credo che dovremmo farlo e non credo che tale interferenza sarebbe paternalistica, perché tuteliamo un soggetto debole, tuteliamo la sua autonomia, un soggetto che ignora fatti rilevanti non essendo responsabile della sua ignoranza, e che probabilmente vorrebbe essere salvato, cioè vorrebbe gli fosse impedito di consumare cocaina ed eroina, se ciò andasse contro la sua reale volontà. In secondo luogo, la procedura di accompagnamento alla decisione potrebbe, come dico nel mio testo, ampliare lo spettro di opzioni dell'individuo in modo rilevante. Se, ad esempio, una persona vuole consumare eroina per dimenticare e sopportare un evento tragico, come la morte della sua compagna, il medico potrebbe offrirgli un nuovo antidepressivo che potrebbe risollevarlo da questa situazione, nel qual caso non desidererebbe più consumare eroina. In terzo luogo, durante la procedura di accompagnamento alla decisione in cui il medico accerta l'assenza di irrazionalità e incapacità di intendere e volere, nello stesso lasso di tempo, il medico potrebbe informare il soggetto dei fatti rilevanti.

Ed è ovvio, sebbene Diciotti neghi che io possa farlo coerentemente, che distingo tra attività normalmente non dannose o pericolose da attività normalmente dannose e pericolose. E per due buone ragioni, come dico nel terzo capitolo in cui esamino questa distinzione. La prima è che più un'azione è dannosa più diminuisce la quantità di persone razionali che vorrebbe compierla, così come ci sono molti più consumatori di marijuana che di eroina. Dunque, dal punto di vista statistico c'è, nel caso di azioni gravemente autolesive come suicidarsi o automutilarsi, una probabilità maggiore di involontarietà o irrazionalità (praticamente sempre nel caso di gravi automutilazioni, come dice Feinberg). La seconda ragione è che è assurdo secondo me ed estremamente dispendioso e liberticida sottoporre i cittadini a colloqui pubblici obbligatori ogni qual volta intendano sposarsi, comprare una casa o una automobile per stabilire se conoscano tutti i fatti rilevanti o se siano stati impulsivi.

2.1. *Diciotti e l'argomento utilitarista*

Diciotti analizza un argomento, di tipo utilitarista, ricorrente nel dibattito sul paternalismo: l'argomento secondo cui «nessuno è completamente isolato», per cui risulta impossibile o quasi impossibile

«arrecare un danno serio o permanente a se stessi senza che il male si estenda almeno fino a chi ci è più vicino, e spesso molto oltre. Se un uomo lede le sue proprietà, danneggia chi direttamente o indirettamente ne traeva sostentamento, e generalmente diminuisce in maggiore o minore misura le risorse complessive della comunità. Se deteriora le sue facoltà fisiche o mentali, non solo fa del male a coloro la cui felicità dipendeva [...] da lui, ma si pone nell'incapacità di rendere i servizi di cui è in generale debitore ai suoi simili, e talvolta diventa un peso per il loro affetto e la loro benevolenza»⁷.

⁷ MILL 1997, 92; citato in MANIACI 2020a, 120.

Diciotti rileva correttamente che le norme che proibiscono ad una persona di deteriorare le sue facoltà mentali e fisiche, perché si trasformerà in un costo per la società che deve procurargli, nei paesi in cui il diritto alla salute è garantito a tutti, assistenza sociale e sanitaria, non è necessariamente paternalista, ma questo lo dico anche io nel libro; l'argomento utilitarista-organicista non è necessariamente paternalista. Anche se è legale, Diciotti fa l'esempio dell'alcolismo che potrebbe deteriorare le facoltà fisiche e mentali in modo da produrre un'alterazione grave dell'attività familiare e lavorativa e richiedere assistenza sociale e sanitaria. E poi aggiunge che

«In una società di questo genere non sarà dunque irragionevole, almeno in alcune circostanze, richiedere ai cittadini di non agire per il proprio piacere personale se ciò può provocare loro danni, al corpo o alla mente, che arrechino un costo eccessivo, in termini di cure e di assistenza, alla collettività. Quali siano esattamente queste circostanze sarà, nuovamente, una questione controversa, la cui soluzione dovrà essere affidata a un bilanciamento di valori dall'esito incerto».

In realtà, non condivido questa posizione di Diciotti, perché il bilanciamento di cui parla sopra non è né particolarmente difficile, né incerto o complesso, né controverso. In tutti i paesi occidentali in cui il diritto alla salute è riconosciuto come diritto costituzionalmente garantito a tutti, l'idea è che se un individuo, o una minoranza di persone, corre volontariamente un rischio di ledere le sue facoltà fisiche e mentali la società garantisce sempre il suo diritto alla salute e assistenza, come cure mediche e pensioni di invalidità. Farò alcuni esempi. Una persona che fuma due pacchetti di sigarette al giorno si espone ad un grosso rischio di contrarre un tumore ai polmoni e altre malattie, ma viene curato e assistito lo stesso dagli ospedali pubblici. Stessa cosa per chi pratica sport estremi, per gli alcolisti, per chi pratica la boxe e il wrestling, per chi nuota in tratti di costa dove sono stati spesso avvistati squali pericolosi, per chi fa sesso non protetto e contrae l'aids, per chi abusa di cibi ad alto contenuto di grassi e colesterolo diventando obeso, obesità che lo espone al rischio di malattie in futuro, per chi va in motocicletta. Tutti questi soggetti si espongono volontariamente, nel breve, medio o lungo periodo a eventi lesivi dell'integrità fisica e mentale, ma ciò non toglie nulla al loro diritto all'assistenza sociale e medica. Lo stesso vale in questi ordinamenti anche per le situazioni illegali, per cui vengono curati e assistiti anche gli eroinomani in overdose o i cocainomani con un infarto al miocardio, i fumatori di marijuana con nausea e allucinazioni o coloro che fanno un incidente automobilistico superando il limite di velocità. Per questa ragione, la normativa che proibisce il sesso sadomaso violento o il consumo di sostanze stupefacenti non è un giusto bilanciamento, ma semplicemente un'incoerenza rispetto a tutte le altre situazioni in cui le persone si espongono al rischio di una lesione dell'integrità psicofisica. E non è una questione di probabilità, perché molte delle attività lecite sopra individuate, come la boxe o l'alcolismo, hanno maggiori probabilità o probabilità simili di un rischio di una lesione rispetto al consumo di stupefacenti. Solo il 20-25% dei consumatori di cocaina, ecstasy o eroina è compulsivo, gli altri sono saltuari o occasionali, e solo 1/4 dei consumatori di cocaina ha problemi di salute collegati al consumo di stupefacenti, alcuni dei quali dipendenti dal proibizionismo, essendo le dosi a volte tagliate male o in sovradosaggio.

Un'eccezione potrebbe farsi nel caso in cui il comportamento della maggioranza produca eventi catastrofici, come non vaccinarsi nel caso di una pandemia da virus. Se la maggioranza non si vaccina, e contrae la malattia è una catastrofe, perché non ci saranno mai abbastanza posti letto per ricoverarli, trasformando la regione in una zona rossa, con grande catastrofe economica in caso di lock-down per i lavoratori indipendenti e autonomi. Ci sono alcuni diritti liberali che possono essere esercitati solo fino a quando sono esercitati da una minoranza, ma questo vale non solo per il diritto di consumare eroina e cocaina, ma anche per il diritto di emigrare, di essere curati, di abortire, di non fare figli. Se questi ultimi diritti fossero esercitati dalla maggioranza ci sarebbero grossi problemi di tenuta finanziaria, tributaria, socio-economica dello Stato. Ma è ovvio statisticamente che il desiderio di consumare cocaina ed eroina è proprio di una piccola minoranza in tutti i paesi occidentali.

In seguito, Diciotti critica fortemente l'idea secondo cui i doveri fondamentali degli individui che implicano un *facere* dell'individuo sono doveri nei confronti di individui specifici, come ascendenti e discendenti, ma non doveri nei confronti della collettività. Riconosco che tale affermazione appare fortemente estrema e necessita di essere specificata. Ciò che volevo dire è che i doveri che hanno un elevato grado di inderogabilità, indefettibilità, ineludibilità, e che implicano un *facere* dell'individuo, non sono doveri nei confronti della collettività. I doveri nei confronti della collettività, che implicano un *facere*, sono doveri *prima facie*, con un grado elevato di derogabilità, defettibilità, doveri facilmente eludibili, soprattutto l'obbligo di adempiere i doveri di solidarietà economica e sociale. Questo era il mio scopo principale, cioè mostrare che, al contrario di quanto sostenuto da alcuni costituzionalisti, l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale *presuppone, non impone*, la presenza di un reddito o della vita. Questo argomento non può essere utilizzato contro il suicidio assistito o l'eutanasia attiva. Per non assolvere l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale è sufficiente non lavorare, e farsi mantenere, non lavorare e mendicare senza molestie, fare l'eremita in alta montagna, emigrare all'estero, rifiutare trattamenti sala-vita, uccidersi bevendo grandi quantità di alcol, oppure un anziano misantropo può ritirarsi in isolamento nella sua campagna vivendo dei frutti della sua terra, pagando un contributo minimo in termini di tasse indirette per i semi e gli anticrittogamici da comprare via internet. Lo stesso vale per il contributo alle spese pubbliche.

Inoltre, i doveri individuati da Diciotti, l'obbligo di testimoniare in un processo, di soccorrere persone ferite sono sempre doveri nei confronti di persone specifiche. L'obbligo di testimoniare in un processo serve per realizzare nella misura maggiore possibile lo scopo principale del processo, cioè la ricerca della verità, dunque assolvere l'imputato se innocente o condannarlo se colpevole.

3. Il moralismo giuridico di Spina

In tutti e quattro i volumi di "The Moral Limits of Criminal Law" Feinberg distingue chiaramente quattro concezioni, due liberali, cioè l'*Harm to Others Principle*⁸ e l'*Offense Principle*⁹ e due illiberali, il *Legal Paternalism* e il *Legal Moralism*. Quest'ultimo viene definito nel senso che «It is necessary to prevent inherently immoral conduct whether or not such conduct is harmful or offensive to anyone», mentre il *Legal Paternalism* è una concezione secondo la quale «it is necessary to prevent harm to the very person it prohibits from acting, as opposed to others»¹⁰. Feinberg conserva questa terminologia, questa quadripartizione lungo tutti i volumi. Il fatto che nel passaggio citato da Spina¹¹ Feinberg definisca anche l'*Harm Principle* come un principio morale significa semplicemente che si tratta di un principio basato su giudizi di valore morali, ma, al contrario di quanto pensa Spina, si crea solo confusione se definiamo in generale l'*Harm to Others Principle* una forma di moralismo giuridico, perché se lo facessimo si creerebbe una confusione notevole, come una notte buia in cui tutti gli oggetti sono neri, e non potremmo più distinguere l'*enforcement of morals* di Devlin dalla posizione liberale di Hart o Mill, basata sul Principio del danno, non si capirebbe più nulla. Che Duff avvalori questa definizione, l'*Harm to others Principle* come una forma di moralismo giuridico, non sorprende perché Duff che è un moralista giuridico nel senso della quadripartizione feinberghiana, ha tutto l'interesse a mostrare che anche l'*Harm Principle* è una forma di *Legal moralism*, non uguale, ma dello stesso tipo del suo. Ma definire in ogni contesto giuridico e morale l'*Harm Principle* come una forma di *Legal moralism* è profondamente sbagliato e Feinberg non lo accetterebbe mai.

⁸ FEINBERG 1984.

⁹ FEINBERG 1985.

¹⁰ FEINBERG 1986, ix.

¹¹ SPINA 2021.

Una delle ragioni di questa confusione sta nel concetto di “harm” che Feinberg definisce in modo troppo generico come una lesione degli interessi altrui meritevole di tutela, a *wrong setback of interests*. Sarebbe preferibile, come faccio nell’articolo “Come interpretare il Principio del danno” e “Harm Principle e Offense Principle secondo un’etica liberale”¹² individuare i principali danni che secondo l’*Harm Principle* rappresentano una buona ragione per imporre una sanzione penale. Il danno fisico, la lesione della vita e dell’integrità fisica, il danno psicofisico, come una grave depressione che si manifesti dopo l’uccisione del compagno della persona depressa, il danno economico, e ciò che definisco *danno esistenziale*, cioè un’interferenza significativa nella sfera corporeo-percettiva che cagioni un danno psicologico o la violazione del domicilio, dell’onore, della privacy. Sarebbero casi di danno esistenziale un sequestro di persona, le molestie sessuali, lo stalking, o il caso di una persona che mi urini addosso. A ciò si può aggiungere la violazione delle regole di imparzialità della pubblica amministrazione. Questi sono i danni fondamentali che rappresentano una buona ragione per imporre una sanzione penale in ambito liberale. Il danno psicologico da solo non è una ragione sufficiente, in un’etica liberale, per giustificare l’uso della forza, perché Tizio potrebbe provare rabbia e disgusto al pensiero di due omosessuali che fanno l’amore, al pensiero che due omosessuali si stanno sposando in questo momento in qualche parte del paese o provi rabbia e disgusto per il fatto di sapere, anche se non lo vede o sente, che il vicino di casa organizza orge con prostitute e cocaina. Questa rabbia, questo disgusto morale sono del tutto irrilevanti dal punto di vista della criminalizzazione del comportamento altrui. Stessa cosa per il cosiddetto *moral harm*, che caratterizza propriamente il *legal moralism*; il *moral harm* non solo non è una buona ragione per criminalizzare un comportamento, ma in realtà essendo una forma di corruzione morale della persona, una sua perversione, non rappresenta neppure un danno vero e proprio dal punto di vista liberale. Una volta individuati i danni che rappresentano una buona ragione per infliggere una sanzione penale, in questo Spina ha ragione, è necessario per giustificare la criminalizzazione di un comportamento, per individuare l’oggetto intenzionale della criminalizzazione, che il danno sia ingiusto, *a wrong*, e questo è un requisito del tutto valutativo che dipende da complessi bilanciamenti tra principi costituzionali. Ad esempio, dato che la nostra costituzione garantisce la libertà di iniziativa economica non rappresenta un danno ingiusto il fallimento di un’impresa che non riesce ad affermarsi nel mercato capitalistico, cioè non riesce a competere con altre imprese nello stesso settore. La presenza di un danno a terzi rappresenta, tuttavia, un limite invalicabile, una condizione necessaria per la criminalizzazione di un comportamento, almeno nella concezione di Mill e nella mia, in cui non c’è spazio per l’*Offense Principle* per ragioni che non posso spiegare in questa sede. Basti dire che le molestie o le *offences* che Feinberg vorrebbe punire ricadono o nel danno esistenziale o in danni incrementali; cioè se il comportamento offensivo viene adottato da una persona sola, non succede niente, se lo fanno tutti o lo fa una minoranza significativa si creano problemi di igiene e salute pubblica, come chi urina, defeca, getta la spazzatura, o vomita intenzionalmente per strada o sull’autobus (cosa che tra l’altro induce gli altri a vomitare). Il principio del danno è, dunque, completamente differente dal moralismo giuridico. Quando impediamo, tramite la minaccia di una sanzione, ad una persona, un potenziale assassino, di uccidere altre persone non stiamo imponendo una concezione del bene, come potrebbe fare un moralista giuridico, una concezione, cioè, su ciò che un individuo, il potenziale assassino, dovrebbe fare per non sprecare la propria vita, né stiamo imponendo al potenziale assassino ideali di perfezione morale o di fioritura umana, come fa Duff che non vuole lasciare che i sadomasochisti praticino i loro rituali; non stiamo imponendo ideali paternalisti al potenziale assassino, o imponendo ideali di benessere psicologico o psicofisico al potenziale assassino, che potrebbe, invece, provare rabbia per non poter uccidere senza incorrere in una sanzione, non stiamo punendo una semplice *immoralità*,

¹² Cfr. MANIACI 2017, MANIACI 2019.

dunque, stiamo evitando un preciso danno a terzi, ad esempio fisico o esistenziale, contro la volontà razionale e autonoma del potenziale assassino.

Spena tenta, in seguito, di ricondurre il paternalismo indiretto al principio del danno. Si ha paternalismo diretto quando colui che compie il danno è la stessa persona la cui condotta si vorrebbe impedire, come nel caso del consumo di stupefacenti, mentre si ha paternalismo indiretto quando colui che cagiona materialmente il danno è un terzo, che agisce con il consenso dell'interessato, cioè del danneggiato.

Come fa a ricondurre al principio del danno il paternalismo indiretto? Perché, dice l'autore, a differenza dei casi di violenza sessuale e violazione del domicilio dove il consenso rende l'atto del tutto lecito, nel paternalismo indiretto, ci troviamo di fronte a

«casi nei quali il danno subito dal paternalizzato è indipendente dal suo consenso, quantomeno nel senso – minimale – che anche in presenza di un tale consenso si può dire che il soggetto subisca una lesione dei propri interessi. In un caso di omicidio del consenziente, ad es., o di lesioni personali inflitte ad un soggetto consenziente, il consenso non esclude la lesione dell'interesse: il bene della vita o dell'integrità fisica»¹³.

In realtà, Spena si confonde e dimentica che il paternalismo, come dico nell'introduzione all'edizione spagnola, adotta una teoria ideale degli interessi, una teoria oggettiva, per cui si potrebbe affermare che ci sarebbe una violazione di un interesse alla vita, anche contro le preferenze autonome dell'individuo, cioè contro la sua volontà di richiedere il suicidio assistito, una volontà razionale, basata sulla capacità di intendere e volere, sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sulla stabilità nel tempo dei desideri, sulla sufficiente libertà da pressioni coercitive. Ma la teoria ideale degli interessi, come dico nell'introduzione, è una teoria assurda, in base alla quale potremmo dire che chiunque ha un certo *interesse oggettivo*, ad esempio affermare che una escort ha un interesse alla castità. In realtà, se adottiamo, come dovremmo, una teoria moderatamente soggettiva degli interessi, dove gli interessi di qualcuno, il suo bene, il suo benessere psicofisico, dipende da ciò che egli stesso considera i suoi interessi, in presenza delle nostre quattro condizioni per un grado sufficiente di autonomia, che ho menzionato nuovamente poco fa. In questo senso, chi richiede e ottiene l'eutanasia attiva, con iniezione letale del medico, non sta ledendo il suo *interesse alla vita*, perché non ha, da un punto di vista soggettivo, alcun interesse a vivere, dunque ottenendo l'eutanasia sta realizzando il suo bene, il suo benessere generale, il suo benessere psicofisico, sta realizzando i suoi interessi. Solo tra virgolette possiamo dire che lede "il bene della vita", perché per lui, ad esempio malato terminale la vita non è più un bene. Il problema sorge solo con il concetto di "danno", perché quest'ultimo è parzialmente oggettivo, dunque possiamo dire che l'agente sta arrecando un "danno alla sua vita", ma sta tutelando i suoi interessi, anche l'interesse a non vivere. Quindi se sta tutelando i suoi interessi, se sta tutelando il suo bene, non ha alcun senso applicare il principio del danno, perché, al contrario di ciò che pensa Spena, esattamente come nei casi di violenza sessuale e di violazione di domicilio il consenso del soggetto che richiede l'eutanasia *trasforma*, rende lecita, tutelando il medico gli interessi del paziente, il suo benessere, l'eutanasia. E non è vero che, come dice Spena, «il terzo, in particolare, ha doveri morali che non svaniscono per il solo fatto di esaudire il volere del paternalizzato». Se il terzo è consenziente, se il medico è consenziente all'eutanasia non ha alcun dovere morale di non uccidere il paziente, in base ad una dottrina liberale. Così in un incontro di boxe dove uno dei pugili si rompe due costole e la mascella, possiamo dire, dal punto di vista oggettivo, che c'è una lesione dell'integrità fisica, ma che tale lesione tutela gli interessi del pugile, tutela la sua scelta autonoma di partecipare all'incontro di boxe, rischiando lesioni dell'integrità fisica, ma sta sempre tutelando il suo bene, il suo benessere, i suoi

¹³ SPENA 2021, 148.

interessi, non avendo un interesse assoluto, inderogabile, indefettibile, all'integrità fisica, partecipando ad un incontro di pugilato in cui rischia volontariamente determinate lesioni. Il consenso ha carattere trasformativo proprio perché il pugile sta rischiando volontariamente di subire lesioni fisiche, sta tutelando i suoi interessi, che sono quelli di partecipare normalmente per un possibile guadagno o un titolo, ad un incontro di pugilato.

Mi è, invece, incomprensibile come Spina possa ricondurre il paternalismo diretto al principio del danno. Egli afferma che «la logica qui operante sarebbe pur sempre quella di non cagionare danni a terzi, con la sola peculiarità che in tal caso il *terzo* non sarebbe che *l'altra parte* del medesimo individuo contro il quale si esercita la coercizione».

Cosa vuol dire *l'altra parte* del medesimo individuo che subisce la coercizione? In contrasto con quanto affermato prima nel suo contributo, è come se Spina dividesse l'individuo in due parti, un io diviso, una che subisce il danno e l'altra che lo cagiona. Ma non esiste un io diviso, salvo nei casi di schizofrenia con sdoppiamento della personalità. Non c'è un'altra parte, l'individuo che cagiona un danno a se stesso è unico, indivisibile, è sempre la stessa persona che ad esempio consuma cocaina. Considerare il consumo di cocaina come un caso di danno a terzi confonde le nostre concezioni abituali di ciò che rappresenta un danno a terzi, come l'omicidio, dove ci sono due persone, l'assassino e la vittima e il consumo di cocaina dove c'è una sola persona, quella che consuma cocaina che cagiona un danno a se stessa. Del resto è ovvio che se Spina ritiene riconducibile al moralismo giuridico il principio del danno, è riconducibile al moralismo giuridico anche il paternalismo giuridico, in particolare quello diretto. Perché è ovvio che il paternalista considera immorale la condotta dannosa del soggetto la cui libertà viene limitata. Spina sostiene, dunque, che il paternalismo giuridico non rappresenta un autonomo principio di criminalizzazione. Ma in realtà, per Spina non c'è che un autonomo principio di criminalizzazione, cioè il moralismo giuridico, e questo come ho detto prima crea solo confusione. All'interno del moralismo giuridico Spina sarebbe costretto, infatti, a distinguere quattro tipi di moralismo giuridico, che corrispondono al principio del danno, a quello dell'*offence*, al paternalismo e al moralismo in senso stretto, operazione concettuale del tutto inutile. Ciò che Spina non considera è che la gente comune, ancor prima degli intellettuali di professione, vede una grande differenza tra criminalizzare una condotta come l'omosessualità, cioè la sodomia, perché meramente immorale per lo Stato, e una condotta come la vendita e il consumo di sostanze stupefacenti, perché il 20-25% dei consumatori di cocaina diventa compulsivo e ha dei problemi di salute, mentre la maggioranza dei consumatori ha carattere saltuario o occasionale, e chi diventa compulsivo ha una certa probabilità, sebbene non alta, di deteriorare, nel lungo periodo, le sue facoltà mentali e fisiche. Questa differenza la si trova, ad esempio, in Hart, in *Law Liberty and Morality*, dove Hart difende la legalizzazione della sodomia, ma non probabilmente quella della vendita e consumo di sostanze stupefacenti. Questa differenza cruciale per la maggior parte delle persone rende il paternalismo un autonomo principio di criminalizzazione. Spina potrebbe replicare che questa aspettativa o desiderio delle persone comuni non regge ad un'attenta analisi concettuale dei principi di criminalizzazione. Come ho detto prima è la proposta di Spina di ricondurre tutto al moralismo giuridico, che rende, invece, confuso il quadro concettuale. Non posso negare che uso argomenti morali pro e contro il paternalismo giuridico, cosa che lo farebbe ricondurre al moralismo giuridico, perché sia l'argomento teologico, che quello perfezionista che quello utilitarista-organicista sono argomenti morali, quello teologico morale-religioso. Ed è ovvio, lo dico anche io nel mio testo, che l'argomento utilitarista-organicista si può, ma non si deve necessariamente, interpretare come un argomento non paternalista, in cui la libertà di una persona viene limitata per evitare una lesione del benessere generale, dell'utilità della maggioranza, della famiglia, degli amici e parenti, come nel caso in cui amici e parenti volessero impedire a Tizio di consumare eroina, se lo vuole, perché sarebbero molto preoccupati e spaventati da tale situazione.

Lo stesso vale per altri argomenti come la dignità umana e la sacralità della vita umana che sono affetti da grave indeterminatezza semantica, e, dunque, sono parassitari degli altri argomenti, cioè nascondono, dissimulano altri argomenti, cioè quello teologico, perfezionista o utili-

tarista-organicista. E non è vero che io applico questi argomenti morali a casi di mera immoralità della condotta, come farebbe il *Legal moralism*, ad esempio la sodomia, cioè un *free-floating evil*, un mero *wrongdoing*. Io applico l'argomento utilitarista al caso di un soggetto che emigra definitivamente, smette di lavorare e si fa mantenere, smette di lavorare e chiede l'elemosina, casi di un danno economico alla comunità. Analizzo il caso dell'impatto che il consumo di cocaina ed eroina ha sulla famiglia del consumatore o l'impatto psicologico sulla famiglia nel caso in cui uno dei figli dicesse loro, "vi odio e non voglio rivedervi mai più", che sarebbe un caso di danno esistenziale, con dolo diretto probabilmente, anche se si tratta di un danno giusto, perché l'individuo, ad esempio maltrattato da piccolo, ha il diritto di rescindere i legami affettivi originali, salvi gli obblighi di assistenza familiare nei confronti dei genitori privi di mezzi di sussistenza, anche se a tale sussistenza pensa normalmente lo Stato.

Lo stesso vale per l'argomento perfezionista che applico specificatamente al caso dell'eutanasia, dove il perfezionista morale potrebbe rilevare una forma di vigliaccheria, una mancanza di coraggio, nel soggetto che non vuole più soffrire e richiede l'eutanasia attiva. Sempre strutturata e applicata al caso dell'eutanasia è l'obiezione che chiamo di Amleto, secondo la quale se sono vigliacchi coloro che hanno paura del dolore e richiedono l'eutanasia, cosa che ovviamente non credo, sarebbero vigliacchi anche coloro che non richiedono l'eutanasia perché hanno paura della morte e dell'Al di là.

Lo stesso vale per l'argomento teologico, in cui affermo che più una assunzione metafisico-trascendente è complessa più è improbabile che sia vera, così come l'affermazione "Il Papa sostiene che Dio è contrario all'eutanasia" è più improbabile dell'affermazione "Dio esiste".

4. Il prof. Fiandaca e le due sentenze della Corte costituzionale italiana e quella tedesca

Ringrazio di cuore il prof. Fiandaca che, nonostante plurimi impegni, ha trovato un po' di tempo da dedicare al mio libro e alla sua discussione¹⁴. Dopo un iniziale e apparente assenso alla dottrina rawlsiana secondo cui le dottrine comprensive non possono avere accesso ai dibattiti pubblici, morali e giuridici, dunque nella sfera della ragione pubblica, e il liberalismo politico e morale, inteso come principio del danno, è considerato da Rawls una dottrina comprensiva, Fiandaca approda, con mio grande piacere, alla conclusione che sarebbe preferibile che le dottrine comprensive escano allo scoperto e vengano discusse in relazione a questioni morali e giuridiche molto controverse come le scelte di fine vita. In realtà, io sono un po' più radicale su questo punto, cioè non credo che esista un criterio concettuale, e non puramente ideologico, per distinguere dottrine comprensive da dottrine non comprensive, e credo che considerare il principio del danno una dottrina comprensiva che non può essere utilizzata nel dibattito della ragione pubblica, rappresenti un vero auto-gol per un teorico sedicente liberal. Inoltre, rispetto al prof. Fiandaca non credo che tutte le dottrine comprensive siano uguali, che quelle di stampo religioso, del tipo "Dio è contrario alla legalizzazione dell'eutanasia" o "il Papa sostiene che Dio è contrario al suicidio assistito" non siano utilizzabili nel dibattito giuridico per varie ragioni. La prima è la loro totale infalsificabilità e inverificabilità, a differenza di assunzioni come l'acqua bolle a cento gradi a livello del mare, si tratta di credenze totalmente arbitrarie, chi può sapere cosa pensa Dio ammesso che esista? Credenze che per la loro arbitrarietà spesso si legano ad un argomento di autorità, moralmente molto discutibile e probabilmente non sufficientemente razionale, o che denota scarsa razionalità. non importa se l'autorità è religiosa o politica. In secondo luogo, argomenti religiosi non sono ammissibili in uno Stato laico o secolare, dove sono ammissibili solo ragioni, appunto, secolari, non religiose, come le chiama Audi¹⁵.

¹⁴ FIANDACA 2021.

¹⁵ Cfr. AUDI 2009.

In seguito il prof. Fiandaca esamina due sentenze, una del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio 2020, e l'altra della Corte costituzionale italiana n° 242/2019 sulla tematica importante del fine vita, concludendo che io parteggerei per la soluzione tedesca. Per quanto riguarda la sentenza della Corte costituzionale tedesca, non leggendo il tedesco, ho letto alcune sintesi e articoli su internet, compresa l'ottima sintesi che lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha inserito in inglese nel suo sito¹⁶.

Decidere quale sentenza sia moralmente accettabile è molto difficile per me, probabilmente perché la sentenza tedesca si presta a varie interpretazioni e perché mi sembra di individuare criticità in entrambe le sentenze. Il punto più debole della sentenza italiana è identificato anche dal prof. Fiandaca che afferma:

«criticabile è apparsa – non solo a mio giudizio – la eccessivamente rigorosa fissazione dei presupposti atti a rendere lecito l'aiuto a morire prestato a persone affette da patologie irreversibili e gravemente sofferenti; tra questi presupposti, è stato infatti dai giudici costituzionali in particolare inserito un requisito (l'essere cioè il paziente sottoposto a strumenti artificiali di sostegno) concretamente presente nel caso Cappato *sub iudice*, ma che risulta – a ben vedere – irragionevole far assurgere a presupposto di portata generale».

In secondo luogo, altrettanto criticabile è confinare il suicidio assistito solamente alle malattie incurabili. La sentenza tedesca pone problemi diversi.

Inizialmente, sembra attribuire un diritto assoluto al suicidio, un diritto, dice, di togliersi la vita e di commettere suicidio, il diritto ad una morte autodeterminata, di cui il diritto all'assistenza al suicidio da parte di associazioni commerciali è solo un corollario. Inteso in modo così assoluto sembrerebbe che la Corte voglia salvaguardare il diritto-pretesa di ciascuno di uccidersi come e quando vuole, cui corrisponde l'obbligo di terzi di non interferire, anche gettandosi dal nono piano di un palazzo o impiccandosi in casa propria. Il problema più spinoso nasce dal fatto che la mia teoria prevede una procedura di accompagnamento alla decisione, di cui ho già parlato, in cui un medico e uno psicologo accertano i quattro requisiti per un grado sufficiente di autonomia, la razionalità e la capacità di intendere e volere, la conoscenza dei fatti rilevanti, la stabilità nel tempo dei desideri, la sufficiente libertà da pressioni coercitive. Come dico nel mio libro, un certo disturbo dell'umore, un certo grado di ansia e depressione sono normali in una persona che ha una diagnosi e una prognosi tumorale infausta, che quindi non sarebbe ostativa al diritto all'eutanasia, esattamente come ammette Feinberg.

Il problema è che la corte tedesca esclude come necessaria la presenza di un medico, perché, dice, i medici sono poco propensi a praticare il suicidio assistito a causa di regolamenti professionali e codici deontologici, che sarebbero seguiti anche ove fossero dichiarati giuridicamente non vincolanti, come accadrebbe o accade con una sentenza come quella della Corte tedesca. Vediamo cosa dice la Corte.

«To date, physicians have shown little willingness to provide suicide assistance and cannot be obligated to do so; the right to a self-determined death does not entitle the individual to request suicide assistance from third parties. The laws and codes governing the medical profession further curb the willingness to provide suicide assistance. The prohibition of suicide assistance from physicians, which has been incorporated into the professional codes of most State Chambers of Physicians (*Landesärztekammern*), not only makes the effective exercise of individual self-determination contingent upon geographical coincidence but also guides the actions of physicians in practice even where the relevant codes are not considered legally binding. However, access to options for suicide assistance must not depend on physicians being willing to deviate from written law and to disregard it on their own authority by invoking their constitutionally guaranteed freedom. As long as this situation persists, it creates a factual need for assisted suicide services».

¹⁶ LAZZERI 2020, TIGRINO 2020, BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2020.

Questo fenomeno, cioè che la stragrande maggior parte dei medici si rifiuterebbe di prescrivere al suicida farmaci letali, come il pentobarbital, sembra un fenomeno nuovo, che non corrisponde a ciò che succede in Belgio, Lussemburgo, Olanda (dove è in vigore l'eutanasia) e Svizzera (dove è in vigore il suicidio assistito), e adesso dopo la recente legge che ha legalizzato l'eutanasia attiva in Spagna.

Sembra empiricamente implausibile che le associazioni commerciali e le cliniche private non trovino un medico che prescriva farmaci idonei a cagionare la morte del suicida, ma se fosse davvero così, sicuramente la presenza del medico potrebbe essere riservata ad una parte iniziale della procedura, ove il medico accerti che il paziente non sia schizofrenico o gravemente depresso in assenza di malattie fisiche. La Corte tedesca è molto esplicita nel concedere il suicidio assistito a prescindere dal fatto che il soggetto abbia una malattia incurabile, o sia giovane (non importa la fase della vita). E, tuttavia, prescrive che il soggetto abbia una volontà libera e consapevole, che sia autentica e definitiva. A questo punto, sorgono i primi dubbi. Una persona gravemente depressa in seguito ad un fallimento lavorativo, ad un divorzio, ad un lutto importante, ha una volontà libera e consapevole? Possiamo imporre una procedura che accerti che il soggetto abbia una volontà libera e consapevole, che sia autentica e definitiva? Dopo aver affermato che ciascuno ha il diritto fondamentale a togliersi la vita, la Corte mette, tuttavia, alcuni paletti, che il legislatore potrebbe introdurre e che non sarebbero incostituzionali.

Vediamo quali.

«It does not follow that the legislator is completely barred from regulating suicide assistance. But any legislation on this subject must be guided by the notion of humans as intellectual-moral beings capable of pursuing and exercising their freedom in self-determination. In the context of organised suicide assistance, a broad spectrum of options is available to the legislator for ensuring protection of self-determination in decisions regarding one's own life. These include procedural safeguards such as statutory obligations to provide information or observe waiting periods; requirements to obtain administrative approval, which ensure the reliability of the assisted suicide services offered; as well as the prohibition of particularly dangerous forms of suicide assistance. The legislator may also resort to the use of criminal law in that regard, at least to secure compliance by means of criminal sanctions. The right to suicide does, however, prohibit linking the permissibility of suicide assistance to certain substantive criteria, e.g. by requiring a diagnosis of incurable illness. Nonetheless, different requirements may be set, depending on the relevant circumstances, with regard to establishing that the individual's resolution to commit suicide is sincere and final. At the same time, sufficient space must remain in practice for the individual to exercise the right to depart this life and, based on their free will and with the support of third parties, to carry out this decision on their own terms. This not only requires legislative coherence in the design of the legal framework applicable to the medical profession and pharmacists but potentially also requires adjustments of the law on controlled substances. This does not preclude the legislator from retaining certain elements of consumer protection and abuse prevention in the area of drugs and controlled substances law and incorporating them into a concept of protection relating to suicide assistance».

La Corte tedesca, che non sembra avere dubbi per i casi di depressione reattiva, in seguito ad un lutto, cosa di cui io dubito invece, perché la depressione è una malattia mentale e i pensieri suicidi sono uno dei sintomi, mette due paletti procedurali possibili che corrispondono alla conoscenza dei fatti rilevanti, (*obligation to provide information*) e la stabilità nel tempo dei desideri (*waiting periods*), cioè dare al suicida un certo tempo di riflessione per stabilire se la sua volontà sia, con le parole della Corte, autentica e definitiva (*sincere and final*).

Stando così le cose, sembra si possa escludere che un soggetto abbia il diritto-pretesa di gettarsi dal nono piano di un palazzo. Mentre nel caso della depressione reattiva, la procedura dovrebbe secondo me essere molto più lunga, almeno sei mesi, perché molto spesso la depressione

grave, anche se i farmaci non riescono a curarla, cosa non frequente, scompare dopo un certo tempo, per cui sarebbe una violazione della vita umana lasciare che muoia una persona di quaranta anni, che potrebbe vivere fino ad ottanta, per cinque mesi di depressione. In ogni caso, la depressione causa grave sofferenza al soggetto, quindi dopo un certo tempo, ad esempio sei mesi, il diritto al suicidio assistito dovrebbe prevalere, è un difficile bilanciamento. Né la corte si pronuncia su casi ancora più complicati come la schizofrenia. Dovremmo consentire ad una persona che ha un'allucinazione e pensa di lanciarsi nella piscina dei delfini quando, invece, si sta lanciando nella piscina degli squali tigre di suicidarsi? Non credo.

4.1. *La mia concezione e quella di Feinberg*

In un altro passaggio argomentativo, il prof. Fiandaca dubita che la mia concezione sia migliore di quella di Feinberg, per quanto riguarda la giustificazione dei requisiti del consenso, cioè la razionalità, la capacità di intendere e volere, la conoscenza dei fatti rilevanti, la sufficiente libertà da pressioni coercitive, la stabilità nel tempo dei desideri. Come dico nel secondo capitolo del mio testo,

«In conclusione, questa la domanda decisiva, perché l'interferenza dello Stato, diretta ad accertare che la decisione presa dall'individuo di compiere azioni gravemente dannose e irreversibili, non sia affetta da insufficiente razionalità o momentanea incapacità di intendere e volere, è verosimilmente non lesiva della sua autonomia?»¹⁷.

Per due ragioni fondamentali. Innanzitutto, una qualche procedura (colloquio con il medico, con lo psichiatra) che accerti che l'individuo che vuole compiere un'azione gravemente autolesiva (come il suicidio o l'automutilazione) non sia affetto da un grave disturbo di personalità (che provoca allucinazioni, deliri paranoici o altro) è importante perché, come abbiamo visto, la procedura che eventualmente autorizzerebbe uno schizofrenico a compiere un atto autolesivo dovrebbe essere molto più complessa e dovrebbe tenere conto di numerosi fattori: la rilevanza dei sintomi psicopatologici nell'impedire la realizzazione dei desideri dell'agente medesimo (se Tizio ha un'allucinazione e crede di gettarsi nella vasca dei delfini, mentre si sta gettando nella vasca degli squali tigre, il suo desiderio non è verosimilmente quello di suicidarsi), la possibilità di comprendere i desideri del paziente (che in alcuni casi di discorsi o comportamenti totalmente disorganizzati è impresa ardua), la praticabilità di terapie alternative, la sofferenza psichica del paziente. Insomma entra in gioco, nel caso di pazienti affetti da gravi disturbi di personalità, una valutazione molto più complessa, quella del loro benessere psicofisico.

In secondo luogo, sono convinto che una seria indagine statistico-probabilistica mostrerebbe che moltissime persone vorrebbero che la collettività impedisca loro di compiere azioni gravi e irreversibili, come suicidarsi, automutilarsi o correre un rischio elevato di perdere la vita, qualora si trovino in una condizione di temporanea incapacità o palese irrazionalità, ad esempio intossicazione da droghe, da alcol, psicofarmaci, stato di shock, di ipnosi. Il che presuppone la necessità di accertare tali difetti di razionalità o volontarietà. In questi casi, lo Stato tutelerebbe la loro effettiva volontà, volontà spesso manifestata in un tempo anteriore, e che loro stessi, se lo facessero, lascerebbero scritto in ipotetiche "dichiarazioni anticipate di trattamento". Tali ragioni (congiuntamente ad altre, ad esempio tutelare il benessere psicofisico dell'individuo) potrebbero, dunque, giustificare l'interferenza dello Stato diretta a *impedire* il compimento dell'azione gravemente dannosa, azione compiuta in presenza di insufficiente razionalità o momentanea incapacità di intendere e volere¹⁸. Credo che Feinberg condividerebbe tale giustificazione, perché

¹⁷ Sul punto cfr. DICIOTTI 1986, 574; FEINBERG 1986, 13.

¹⁸ MANIACI 2012. Qualcuno potrebbe obiettare che una soluzione genuinamente antipaternalista sarebbe lasciare che ciascuno scriva le proprie "dichiarazioni anticipate di trattamento", che determinino, in modo del tutto ri-

quando all'inizio di *Harm to Self* definisce e argomenta in favore del *soft paternalism*, che corrisponde al mio antipaternalismo moderato, afferma che in un caso in cui un soggetto voglia tagliarsi la gola con un coltello, mentre versa in uno stato di intossicazione da droghe, dovremmo impedirglielo, limitare la sua libertà, perché stimo tutelando la sua reale volontà (*voluntariness*), la sua *real choice*, il suo *real self*. Il problema fondamentale riguarda il requisito della conoscenza dei fatti rilevanti. Quando parla del *soft paternalism*, all'inizio del libro¹⁹, Feinberg tratta questo requisito come determinante per la *voluntariness*, il consenso deve essere *free and informed*, è un requisito determinante per accertare se esista la *substantially voluntariness*. Perché il *soft paternalism* ha il diritto di limitare la libertà dell'individuo quando la sua volontà sia *substantially non-voluntary*, o quando si tratta di accertare proceduralmente che l'azione autolesiva sia *substantially non-voluntary*. In realtà, per quanto riguarda il requisito della conoscenza dei fatti rilevanti le cose sono molto più complicate, come lo stesso Feinberg dice nel capitolo in cui si occupa precisamente del ruolo dei *false beliefs*²⁰. In questi passaggi argomentativi Feinberg ammette che l'ignoranza dei fatti rilevanti vizia il consenso, quando induce un soggetto a comportarsi in un modo completamente diverso da come si sarebbe comportato se avesse saputo che la sua credenza era falsa. Detto in altri termini, un consenso non basato sulla conoscenza dei fatti rilevanti non è necessariamente *substantially non-voluntary*. Semplicemente non sappiamo cosa farebbe il soggetto una volta scoperta la credenza falsa. Ad esempio, una persona che consuma cocaina perché pensa faccia bene alla salute potrebbe cambiare idea, smettere di consumarla una volta scoperto che un quarto dei consumatori, quelli compulsivi, hanno problemi di salute. E, tuttavia, una volta scoperta la credenza reale, quella vera, potrebbe decidere di continuare a consumare cocaina perché gli piace molto. Adottando una concezione limitata della razionalità di cui ho già parlato, le cose si complicano ulteriormente. Perché è possibile che un soggetto abbia difficoltà ad accertare se una credenza sia vera o falsa, perché ci vogliono molte e dispendiose risorse temporali, intellettuali e materiali per accertarne la verità o la falsità e potrebbe decidere di lasciar perdere, e di accettare la possibilità della sua falsità. Ad esempio tutti ormai, con la pubblicità aggressiva sui pacchetti di sigarette, sanno che il fumo di tabacco fa male alla salute e può cagionare un tumore ai polmoni o altre malattie, ma potrebbe essere più complicato sapere l'esatta probabilità statistica che il soggetto si ammali di tumore al polmone. Le statistiche della Fondazione Veronesi riportano che ogni anno in Italia circa 45.000 persone muoiono per tumori e malattie associate al tabacco, e che l'89% dei tumori al polmone dipende dal fumo di tabacco per gli uomini, il 70% per le donne. Questi sono i dati più diffusi sul web, tali dati non ci dicono qual è la percentuale di rischio, la probabilità di rischio di ammalarsi di tumore al polmone. Quindi, un soggetto potrebbe accettare la possibilità che la sua credenza sia falsa e ciò razionalmente. In questo caso, la sua decisione, la sua scelta non è *substantially non-voluntary*. Lo stesso se il sogget-

spettoso della sua volontà, cosa alcuni dipendenti statali, ad esempio i vigili del fuoco o le forze dell'ordine, devono fare nel caso in cui costui voglia compiere un'azione dannosa e irreversibile, ad esempio gettarsi dall'ottavo piano di un palazzo, e si trovi in una condizione di temporanea incapacità o irrazionalità. Tale soluzione, tuttavia, non è giuridicamente praticabile. Immaginate i pompieri o la polizia alla ricerca disperata delle "dichiarazioni anticipate di trattamento" scritte in precedenza da un individuo che, ubriaco, vuole gettarsi dall'ottavo piano di un palazzo. Le leggi devono essere anche ragionevolmente applicabili, e vi sono ragioni antipaternaliste per tutelare la maggioranza, maggioranza che probabilmente, in casi del genere, vorrebbe essere salvata. Ragioni antipaternaliste per limitare temporaneamente la minoranza che non vorrebbe essere salvata. Se, infatti, i vigili del fuoco perdono tempo prezioso alla ricerca delle dichiarazioni anticipate di trattamento di Tizio che, ubriaco, vuole suicidarsi e avrebbe voluto essere salvato in questa situazione, ciò rappresenta un danno significativo a Tizio, se poi Tizio muore. È preferibile, in un bilanciamento degli interessi, impedire temporaneamente a Caio, ubriaco, di suicidarsi, sebbene Caio voleva suicidarsi e non avrebbe voluto essere salvato in questa situazione. È sufficientemente liberale, a mio avviso, consentire al soggetto agente di suicidarsi, se realmente lo voglia, una volta che sia sceso dall'ottavo piano e sia tornato sobrio.

¹⁹ FEINBERG 1986, 17 ss.

²⁰ Cfr FEINBERG 1986, 273 ss., 300 ss.

to agente non aspetta due settimane prima di decidere definitivamente come comportarsi. Come si giustifica allora il requisito della conoscenza dei fatti rilevanti? Ci sono solo due strade. La prima è che nello stesso tempo in cui il medico accerta che l'individuo sia razionale e capace di intendere e volere lo informa dei fatti rilevanti. La seconda strategia che io adotto è tutelare le persone più povere e più deboli, che potrebbero ignorare i fatti rilevanti non per loro colpa, ma per ignoranza del medico curante, perché ingannati, anche semplicemente per ignoranza e colpa, dal contesto sociale in cui vivono, perché sono quotidianamente oberati da problemi economici, con i figli, problemi di salute, in modo da non avere risorse temporali e intellettuali sufficienti per conoscere i fatti rilevanti su certe questioni fondamentali per la propria salute. Stessa strategia adotto per giustificare il requisito della stabilità nel tempo dei desideri, dare al soggetto da parte del medico un tempo per riflettere, un periodo breve di riflessione, ad esempio una settimana per pazienti malati gravi e incurabili, un tempo per decidere se vuole realmente compiere l'azione autolesiva. Ad esempio, un medico potrebbe dare una settimana di tempo ad un soggetto agente che vuole consumare cocaina, dopo avergli spiegato tutti i rischi per la salute, consegnandogli un documento che racchiude le stesse informazioni rilevanti. In questo caso, si tratta di tutelare i soggetti impulsivi, superficiali, affetti da debolezza della volontà, e infelici di esserlo e i soggetti che ignorano fatti rilevanti non per loro colpa. In questi due ultimi casi, ma non ne sono certo, si potrebbe parlare forse di scelte *substantially non-voluntary*. In ogni caso, anche partendo da strategie argomentative parzialmente differenti, le conclusioni cui giungiamo io e Feinberg mi sembrano abbastanza convergenti. Così Feinberg afferma che lo standard di volontarietà (*voluntariness*) deve essere più forte più grave è il danno che il soggetto si autoinfligge, e più irreversibile è il danno²¹. Sono completamente d'accordo, se il tempo di riflessione per accedere al suicidio assistito dovrebbe essere una settimana per pazienti con patologie gravi e incurabili, per una persona sana di corpo e di mente il tempo dovrebbe essere più lungo, almeno un mese. Così come diversa dovrebbe essere, come già detto, la procedura per una persona depressa che non ha malattie o disabilità fisiche.

²¹ FEINBERG 1986, 113 ss., 117 ss.

Riferimenti bibliografici

- AUDI R. 2009. *Natural Reason, Natural Rights, and Governmental Neutrality Toward Religion*, in «Religion and Human Rights», 4 ss.
- BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 2020, *Criminalisation of assisted suicide services unconstitutional*, Press Release No. 12/2020 of 26 February 2020, Judgment of 26 February 2020 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bv_g20-012.html).
- DICIOTTI E. 1986. *Paternalismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 2, 557 ss.
- DICIOTTI E. 2021. *Alcune osservazioni sull'antipaternalismo moderato di Maniaci*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 95 ss.
- ELSTER J. (ed.) 1986. *Rational Choice*, Basil Blackwell.
- ELSTER J. 1983. *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge University Press.
- FEINBERG J. 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1985. *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Oxford University Press.
- FIANDACA G. 2021. *Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista. A proposito del libro di Giorgio Maniaci Contra el paternalismo jurídico*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 109 ss.
- LAZZERI F. 2020. *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"*, in «Sistema penale», 28 febbraio 2020, disponibile in: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-costituzionale-tedesca-illegittimo-divieto-aiuto-suicidio> (consultato il 14/12/2020).
- MANIACI G. 2008. *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli.
- MANIACI G. 2017. *Come interpretare il principio del danno*, in «Ragion Pratica», 48, 1, 141 ss.
- MANIACI G. 2019. *Harm principle e offence principle secondo un'etica liberale*, in «Criminalia», 643 ss.
- MANIACI G. 2020a. *Contra el paternalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- MANIACI G. 2020b. *¿Incentivos económicos a la cesión de órganos entre vivos?*, in «Doxa», 43 ss.
- MANIACI G. 2022. *Argomenti pro e contro la legalizzazione della maternità surrogata*, in corso di pubblicazione.
- MILL J.S. 1997. *Saggio sulla libertà (1859)*, il Saggiatore.
- MORESO J.J. 2021. *Acerca del pelagianismo de Maniaci. Comentarios a Contro il paternalismo giuridico*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 123 ss.
- SIMON H.A. 1955. *A Behavioral Model of Rational Choice*, in «The Quarterly Journal of Economics», 69, 99 ss.
- SIMON H.A. 1957. *Models of Man*, Wiley.
- SPENA A. 2021. *Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico. Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2021, 137 ss.
- TIGRINO A. 2020. *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?* in «Archivio penale», disponibile in: <http://www.archiviopenale.it/il-bundesverfassungsgericht-in-tema-di-aiuto-al-suicidio-prestato-in-forma-commerciale-verso-un-approccio-realmente-liberale-al-fine-vita/articoli/27010> (consultato il 14/12/2020).