

RICCARDO BIANCHINI
Avvocato del Foro di Prato
avv.riccardobianchini@gmail.com

IL COSTITUZIONALISMO E IL PARADOSSO DI UNA IEROCRAZIA MEDICA

THE CONSTITUTIONALISM AND THE PARADOX OF A MEDICAL HIEROCRACY

SINTESI

La scienza non conosce eresie, ma soltanto teorie: anche il più profondo dissenso è legittimamente ammesso e, anzi, proprio la possibilità che un'opinione del tutto minoritaria si imponga come nuovo paradigma scientifico è ciò che distingue la scienza dal dogmatismo. E in forza della propria capacità di fornire una neutrale ricostruzione dello stato delle cose, l'opinione scientifica si rende autorevole e, dunque, rilevante sia sul piano politico che su quello giuridico. Allo stesso tempo, l'ordinamento giuridico è sempre più teso verso il paradigma biopolitico: paradigma in cui il corpo umano diviene il terreno su cui si esercita il potere pubblico. Anche la tutela della salute degli individui si colloca in tale paradigma. Ma nel momento in cui l'ordinamento si fa carico del compito di promuovere la salute (individuale e collettiva) necessariamente esso deve delegare al sapere medico-scientifico parte dell'esercizio del suo potere. La definizione del rapporto salute/malattia (come le nozioni legali di vita e di morte) possono entrare nel circuito politico-giuridico solo attraverso la mediazione del sapere medico. Il paradosso provocatoriamente evocato nel titolo riguarda tale dipendenza delle scelte politico-giuridiche dal ruolo giocato dalla comunità medico-scientifica: un ruolo che svela l'inconsistenza dei presupposti teorici che ne avevano legittimato l'attribuzione. L'autorevolezza dei membri della comunità medico-scientifica deriva infatti dall'asserita neutralità delle loro opinioni, ma una volta che tali opinioni entrino nel meccanismo della co-produzione della scelta politico-giuridica svelano di non essere mai state tali, soprattutto quando – come oggi – su molte cruciali questioni bioetiche manca un consolidato paradigma scientifico. Il lavoro si propone di ricondurre nel terreno giuridico quelle acquisizioni ottenute nei vari filoni epistemologici raggruppati attorno all'idea post-positivista di una *theory-laden observation*: un'idea che critica ogni teoria del “puro dato”, minando alle fondamenta la contrapposizione – tutta moderna – tra fatto e norma. La prassi quotidiana, processuale come procedimentale, mostra con evidenza come sempre più questioni bioetiche siano risolte solo mediante l'adesione ad opinioni scientifiche che, tuttavia, non si sono ancora consolidate in uno stabile paradigma. Ma il diritto non ha strumenti per sindacare l'opinione scientifica: la modernità ha infatti costruito il sistema di tutela delle libertà costituzionali fondandolo su una distinzione tra fatto e norma che presuppone la neutralità dell'accertamento del fatto. Quando questo schema va in crisi, occorre ripensare radicalmente i meccanismi di tutela delle libertà individuali poiché di fronte ad una “decisione maggioritaria” della comunità scientifica non vi è alcun equivalente di una corte

costituzionale. O, meglio, non ve ne sono più dopo che, giustamente, si è abolito il credo religioso come fonte di legittimazione del sapere scientifico, aprendo alla possibilità che il vuoto lasciato dalla tradizionale ierocrazia sacerdotale sia adesso - e sempre più incisivamente - riempito da una ierocrazia medico-scientifica cui il giurista (con tutto il suo armamentario teorico) non può che prestare fede. La pandemia ha portato a piena evidenza questo stato delle cose.

ABSTRACT

In science there aren't heresies, but only theories: even the deepest dissent is legitimately permitted because what distinguishes science from dogmatism is the opportunity for a isolated opinion to stand out as a new scientific paradigm.

Based on its capacity to provide a neutral world vision, scientific opinion becomes trustworthy and, therefore, legally and politically influential.

Meanwhile, the legal system is more and more directed to the biopolitical paradigm: a paradigm in which the human body becomes the field where public power is exercised.

Even healthcare legal protection resides in this paradigm. But when the legal system takes charge of the duty to support healthcare (individual and collective), it has to necessarily delegate to medical-scientific knowledge part of its power. The definition of the healthcare/illness relationship (like the legal notions of life and death) can enter the political-legal decision only through the mediation of medical knowledge.

The paradox recalled provocatively in the title is related to this link between political-legal choices and the role of the medical-scientific community: a role that discovers the inconsistency of the theoretical presuppositions that legitimized its attribution.

Indeed, the prestige of the members of the medical-scientific community derives from the supposed neutrality of their opinions; but when these opinions enter into the machinery of law-making, it appears they have never been neutral, especially if – as today – there is not a consolidated scientific paradigm regarding a lot of crucial bioethical topics.

The paper aims to bring the acquisitions achieved by various post-positivist epistemological tendencies linked to the theory-laden observation into legal field: an idea that criticizes every “pure date” theory, undercutting the modern law-fact distinction.

The daily routine – in the courts such as in the public administration procedures – shows more and more bioethical topics are solved only with accepting scientific opinions that have not yet become an undisputed paradigm. But the law does not have the instruments to criticize scientific opinions: the modernity has build the constitutional liberties' system founding it on a law-fact distinction that premises the neutrality fact and its assessment.

When this frame is in a crisis, we need to radically rethink the instruments of liberties' protection because there is nothing such as a High Court to use against a “majority decision” brought by the members of scientific community. In other words: since we rightly suppressed religious faith as the source of legitimation of scientific knowledge, we have opened the opportunity that the void left by the traditional sacerdotal hierocracy can be filled – now and with increasingly force - by a medical-scientific hierocracy in which the jurist (with all his formal knowledge) can only have faith.

The pandemic has clearly showed this situation.

PAROLE CHIAVE: Biopolitica, Biodiritto, Distinzione tra fatto e norma, Opinione scientifica, Libertà fondamentali

KEYWORDS: Biopolitic, Biolaw, Fact-Law distinction, Scientific opinion, Liberties

INDICE: Premessa - 1. Biopolitica e scienza medica - 1.1 Malattia e salute - 1.2 Biopolitica come politica *della* vita - 2. Scienza medica e scelta politico-giuridica - 2.1 La a-modernità di Latour come svelamento della compromissione di scienza e politica - 2.2 La definizione normativa di scienza - 3. Puntuazione provvisoria - 4. Il fatto e il diritto nel diritto pre-moderno - 5. Biopolitica e diritto alla salute: una delega di potere - 5.1 Il tempo della decisione politica-giuridica, l'onere della prova e il biodiritto amministrativo - 5.2 L'insindacabilità giuridica del giudizio tecnico-scientifico - 5.4 Epistemologia e diritto - Conclusioni. Il paradosso e la tenuta delle garanzie del liberalismo

La scienza medica non si pone la domanda se e quando la vita valga la pena di essere vissuta. Tutte le scienze naturali danno una risposta a questa domanda: che cosa dobbiamo fare se vogliamo dominare tecnicamente la vita? Ma se vogliamo e dobbiamo dominarla tecnicamente, e se ciò, in definitiva, abbia veramente un significato, esse lo lasciano del tutto in sospeso oppure lo presuppongono per i loro fini.

(M. Weber)¹

Premessa

L'attualità ha portato a piena evidenza una debolezza strutturale che riguarda gli strumenti di tutela delle libertà.

Esse sono protette da dispositivi costruiti presupponendo una netta distinzione: da un lato il fatto, che – quando le conoscenze comuni non bastano – la migliore scienza ed esperienza consentirebbe di accertare in modo obiettivo; dall'altro la norma, suscettibile di discutibilità e che richiede contrappesi e bilanciamenti per evitare derive illiberali.

La scelta politica e la decisione giuridica trovano quindi la propria legittimità in accertamenti eseguiti da soggetti estranei al circuito giuridico-politico: gli esperti scientifici, intesi come neutrali verificatori.

Questa impostazione è il frutto della modernità (non solo giuridica): una modernità costruita sulla contrapposizione tra politica e scienza.

Ma la tenuta del sistema delle garanzie viene meno se l'accertamento del dato scientifico si fa: (i) sempre meno sicuro e (ii) sempre più implicato con l'esercizio di un potere pubblico che ha ad oggetto la cura del corpo fisico.

Se il fatto diviene discutibile e la discussione sull'accertamento del fatto riguarda l'applicazione di norme riguardanti il corpo umano, si verifica una compromissione del sapere scientifico (ed in particolare medico) tanto con il piano politico che con quello giuridico (assumendo una tenuta della tradizionale distinzione fra piano politico e piano giuridico: ed anzi nel prosieguo si userà proprio la dicitura “politico-giuridico” per segnalare la problematicità della di-

1 M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Torino, Einaudi, 1977, p. 26-27.

stinzione e la necessità di una presa di posizione sul punto²) che ha un rilevante impatto sulla tenuta del sistema di protezione delle libertà fondamentali.³

Questa premessa sarà sviluppata seguendo tre direttrici.

La prima – relativa alla dimensione di contesto – riguarda l'affermazione del paradigma biopolitico come fondato strumento di comprensione dello scenario attuale.

La seconda riguarda in linea generale la compromissione dei piani politico-giuridico e medico-scientifico nella prospettiva epistemologica post-positivista.⁴

La terza riguarda invece l'analisi dei meccanismi attraverso cui la compromissione si realizza.

La risultante è un paradosso circolare: in virtù di una supposta neutralità dell'accertamento del fatto, la decisione politico-giuridica relativa alla cura del corpo umano trova legittimità nelle opinioni dei membri della comunità scientifica, così attribuendo ad essi un ruolo politico-giuridico; ma l'attribuzione di tale ruolo svela essa stessa l'inconsistenza dei presupposti teorici che ne avevano legittimato l'attribuzione (ossia la neutralità dell'accertamento).

Un paradosso il cui esito è una ierocrazia medico-scientifica⁵ pericolosa quanto ogni dogmatismo religioso, in quanto l'opinione politica si ammantava del gergo scientifico avendone tuttavia perso completamente il metodo e il rigore scettico. Su questi presupposti, Agamben non ha esitato a intitolare uno dei suoi brevi scritti pubblicati sul portale dell'editore Quodlibet in modo inequivocabile: *La medicina come religione*⁶.

Non è qui in questione *questo* Governo e *queste* scelte concrete di fronte alla pandemia: il punto è generale, in quanto l'attualità conferma una modalità di funzionamento del circuito politico-giuridico pericolosamente privo di anticorpi nei confronti di opinioni politiche medicalmente assistite. E la circostanza

2 A tale riguardo pare d'obbligo il riferimento al recente lavoro di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza 2020, in cui, riprendendo argomentazioni già esposte in precedenti lavori e culminandole in una sintesi “di raccoglimento”, l'autore dichiara ormai vetusto e superato il principio di separazione dei poteri.

3 O meglio a protezione di un assetto che la società civile si dà in modo da poter convivere in modo pacifico e perseguire l'ideale di una buona vita, ché la stessa teoresi dei diritti e delle libertà individuali costituisce, essa stessa, una modalità di perseguire tale finalità pre-giuridica.

4 L'impostazione qui seguita appiattisce l'*ars medica* nella pratica medico-scientifica di tipo riduzionista. La questione potrebbe essere problematizzata approfondendo il tema, sotto il profilo del rapporto fra riduzionismo e metodo scientifico, nel senso di sondare se: (i) soltanto a una pratica fondata sugli assunti del naturalismo riduzionista possa attribuirsi il predicato di “sapere scientifico”; (ii) anche a pratiche non fondate sugli assunti del naturalismo riduzionista possa attribuirsi il predicato di “sapere scientifico”; (iii) a nessuna pratica fondata sugli assunti del naturalismo riduzionista possa attribuirsi il predicato di “sapere scientifico”.

5 Vale la pena di ricordare come all'origine del positivismo fosse stato proprio Comte ad accostare il ruolo di biologi e scienziati positivisti a quello di “nuovi sacerdoti” della auspicata era della *bio-cratie*. Sul punto: D. CAMMELLI, *Da Comte a Foucault attraverso Canguilhem. L'avventura ermeneutica della biopolitica*, in *Filosofia Politica* n. 1/2006, p. 21.

6 G. AGAMBEN, *La medicina come religione*, disponibile su www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione il cui *incipit* non lascia ambiguità: «Che la scienza sia divenuta la religione del nostro tempo, ciò in cui gli uomini credono di credere, è ormai da tempo evidente.»

za che le scelte così prese possano essere giuste, non esclude che il meccanismo sia comunque profondamente errato e pericoloso.

Due precisazioni finali sono d'obbligo.

La prima. Le argomentazioni esposte si articolano anche nella trattazione del rapporto tra fatto e norma: un tema, centrale nella storia del pensiero (non solo) giuridico, che imporrebbe un'analisi ben più minuziosa per essere affrontato in modo esaustivo. Ciò nondimeno si crede che, pur nei limiti del presente scritto (e dunque in modo consapevolmente e radicalmente incompleto), il tema debba essere posto, confidando nell'ammissione perlomeno provvisoria delle tesi qui sostenute, intendendole come momento logico di un più ampio ragionamento che altrimenti non potrebbe esser condotto.

La seconda. Molte delle considerazioni esposte non riguarda, in generale, il rapporto tra diritto e sapere scientifico. Ciononostante, per la stretta pertinenza del programma biopolitico con il tema delle libertà fondamentali e per l'evidenza empirica della stagione che stiamo vivendo, il *focus* pare inevitabilmente destinato a stringersi sull'ambito medico.

1. Biopolitica e scienza medica

Seguendo la ricostruzione di Foucault è possibile vedere come il corpo dell'essere umano sia sempre più il campo su cui opera l'azione politica. Nelle incisive parole di un suo noto passo: «*Per millenni, l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente ed inoltre capace di un'esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente.*»⁷

Il contesto attuale ha maturato a pieno questa attitudine a fare della vita il centro dell'interesse politico. Tant'è che: «*Oggi non è immaginabile una politica che non si rivolga alla vita in quanto tale – che non guardi al cittadino dal lato del suo corpo vivente. Ma ciò può avvenire in forme reciprocamente opposte che mettono in gioco il senso stesso della biopolitica: o la rivolta autodistruttiva dell'immunità contro se stessa o l'apertura al suo rovescio comune.*»⁸

Tale relazione tra potere politico e vita è mediata (anche) dal sapere medico-scientifico. E tanto la comunità medica può essere implicata nei peggiori programmi di svilimento della dignità umana (come nei casi accertati di coinvolgimento dei medici nei crimini nazisti), quanto, sul versante astrattamente e apparentemente opposto, essa è la necessaria intermediaria di azioni a tutela della vita.

Questa seconda prospettiva – che è quella presa in esame in questo scritto – presuppone tuttavia una netta presa di posizione su un tema cruciale quanto opaco: il tema della definizione della polarità salute/malattia. Un tema che peraltro si pone proprio come prodromo dello sviluppo del concetto stesso di biopolitica operato da Foucault: in particolare il lavoro di Canguilhem, con il quale viene problematizzato il rapporto tra fisiologia e patologia in una chiave

7 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 127.

8 R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, Einaudi, 2002, p. 170.

di filosofia della medicina.⁹ Una problematizzazione che apre a quella riflessione critica intorno al ruolo della medicina su cui Foucault potrà innestarsi attribuendo al vocabolo biopolitica una nuova veste concettuale.¹⁰

Conviene dunque ripartire proprio dall'opera di Canguilhem per poi riprendere quell'ambivalenza della mediazione medica nel rapporto tra politica e vita di cui si è detto poco sopra.

1.1 Malattia e salute

Canguilhem chiudeva il suo più noto lavoro¹¹ con una precisazione che segna una scelta di campo netta: «*È dunque innanzitutto perché gli uomini si sentono malati che vi è una medicina. È solo secondariamente – per il fatto che vi è una medicina – che gli uomini sanno in che cosa essi sono malati.*» Affermazione che trova il suo epilogo nella considerazione secondo cui «*l'anormale, logicamente secondo, è esistenzialmente il primo.*»¹²

Una scelta di campo, si è detto, in quanto viene assunta come priorità epistemologica il dato esistenziale, lasciando invece il ruolo secondario all'intervento tecnico del sapere medico-scientifico.

E a tale considerazione il filosofo francese aggiunge un ulteriore elemento: ossia che si debba definire lo stato di salute da quello di malattia, e non viceversa.

In altri termini, sarebbe l'esame della patologia (ossia di ciò che il malato percepisce come indesiderato) a fornire, in negativo, la chiave per ricostruire lo stato fisiologico, e non il contrario.

Il paradigma positivista si è però mosso in direzione opposta: partendo dalla considerazione che ogni malattia non è che una variazione quantitativa di uno stato fisiologico (il cosiddetto principio di Broussais, elevato da Comte a momento centrale della nascente biologia)¹³, è giunto ad una visione normativa dello stato fisiologico. È la conoscenza della fisiologia che rende possibile la comprensione della patologia, e dunque è la scienza medica che, conoscendo

9 G. CANGUILHEM, *Saggio su alcuni problemi riguardanti il normale e il patologico*, in ID. *Il normale e il patologico*, Torino, Einaudi, 1998 (1966), p. 5-194: saggio scritto nel 1943 ed edito nuovamente in modo inalterato, con delle considerazioni aggiuntive in appendice, nel 1966.

10 Per una sintetica ricostruzione della storia della parola "biopolitica" può vedersi R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, p. 7-16, dove viene indicato in R. KJELLEN, *Grundriss zu einem System der Politik*, Leipzig, 1920, p. 93, il primo utilizzo della parola, il quale motivava il lemma *bios* come vita culturale e non solo vita biologica (*zōē*): ciò in modo quasi paradossale, visto che l'influente sviluppo del concetto poi operato da Agamben individuerà il paradigma della biopolitica proprio nel ribaltamento di *bios* in *zōē*.

11 G. CANGUILHEM, cit., p. 190-191.

12 G. CANGUILHEM, *Nuove riflessioni intorno al normale e al patologico*, in *Il normale e il patologico*, cit., p. 206.

13 G. CANGUILHEM, cit., p. 24 e ss., il quale comunque nota che lo stesso Broussais avrebbe ripreso il principio da precedenti pensatori.

quale debba essere lo stato fisiologico, può prescrivere al malato a quali parametri debba corrispondere per uscire dallo stato patologico.¹⁴

Così facendo il rapporto tra malattia e salute compie una completa deviazione da quello che Canguilhem ritiene essere un principio irrinunciabile: «*che non vi sia nulla nella scienza che prima non sia apparso nella coscienza*»¹⁵. La clinica affronta malattie visibili, *in primis*, al malato stesso ed la percezione della malattia a fondare il bisogno di cura. Ma nel momento in cui la malattia diviene una modifica quantitativa di funzioni fisiologiche la prospettiva (per così dire, esistenziale) della percezione della malattia del malato (e del clinico) diviene irrilevante. Diviene cioè pensabile una malattia di cui clinici e malati siano perfettamente ignari.

Eccoci giunti d'un balzo ai nostri giorni in cui il tema del “malato asintomatico” diviene centrale e che è suscettibile di essere pensato soltanto a patto di acconsentire ad alcuni presupposti teorici: che si accetti la tesi della omogeneità qualitativa fra patologia e fisiologia e che, conseguentemente, si ammetta l'irrilevanza della percezione della malattia quale elemento costitutivo della stessa.¹⁶

In tal modo la scienza medica assume il potere di normare cosa sia o meno fisiologico. In altri termini: la fisiologia cessa di essere uno stato di fatto per diventare (anche) il dover essere a cui il singolo individuo debba corrispondere per evitare di ricadere nel patologico.

Da questa premessa generale sul rapporto tra malattia e salute si pongono le basi per una biopolitica fondata sul sapere medico-scientifico e volto alla cura del corpo umano.

1.2 Biopolitica come politica *della* vita

Una volta che il compito della scienza medica sia quello di individuare quale debba essere lo stato fisiologico del corpo umano, al medesimo sapere

14 Questo è uno dei temi che Canguilhem tenta di contestare nel suo lavoro affermando «*che i termini più e meno, nel momento in cui entrano nella definizione del patologico come variazione quantitativa del normale, abbiano un significato puramente quantitativo.*» (G. CANGUILHEM, *cit.*, p. 82). Il tema, per stessa ammissione dell'autore, riprende lo spunto hegeliano secondo cui una variazione quantitativa può determinare una variazione qualitativa.

15 G. CANGUILHEM, *cit.*, p. 66.

16 Un chiarimento è d'obbligo: non si nega che esista un virus che causi la malattia denominata Covid-19, né che persone che non presentano sintomi possano diffondere il virus stesso. Il punto è teorico (e quindi politico): si contesta, o comunque si vuol problematizzare, la possibilità di indicare come “malattia” una situazione in cui non vi è alcuna sintomatologia. A riprova, può citarsi il caso della meningite, dove nessuno pensa di chiamare “malati” (e neppure di additarli come “asintomatici contagiosi”) i portatori sani del meningococco. Si legge sul portale EpiCentro, coordinato scientificamente dal Centro Nazionale per la Prevenzione delle malattie e la Promozione della Salute (CNAPPS) dell'ISS: «*Il meningococco alberga nelle alte vie respiratorie (naso e gola), spesso di portatori sani e asintomatici (2-30% della popolazione). La sua presenza non è correlata a un aumento del rischio di meningite o di altre malattie gravi. Si trasmette da persona a persona attraverso le secrezioni respiratorie con un periodo di incubazione media di 3-4 giorni (ma che può variare da 2 fino a 10 giorni). La principale causa di contagio è rappresentata dai portatori sani del batterio: solo nello 0,5% dei casi la malattia è trasmessa da persone affette dalla malattia.*» Fonte: <https://www.epicentro.iss.it/meningite/>. Ultima consultazione: 08.10.2020.

medico-scientifico spetta, indirettamente, anche il compito di definire la stessa nozione di essere umano.

Definire il rapporto salute/malattia implica infatti l'adesione ad una qualche visione dell'essere umano, ad una specifica antropologia filosofica che sia assunta come cornice concettuale di riferimento per declinare il rapporto stesso. Una visione che si trasforma, quindi, in una antropologia medicalmente assistita, la quale, in ragione del punto di vista da cui viene a prodursi (ossia quello medico-scientifico), tende a rafforzare la tendenza della biopolitica di vedere nell'essere umano niente altro che un essere vivente inteso in senso biologico.¹⁷

17 Una serie di considerazioni che rischierebbero di portare lontano riguardano il tipo di antropologia filosofica veicolato dal sapere medico nell'attuale scenario. Deve tuttavia farvisi qualche brevissimo accenno. Sebbene un'analisi comparata delle culture mediche, soprattutto sotto il profilo temporale, potrebbe mostrare una molteplicità di visioni del rapporto uomo-salute-malattia, la storia occidentale degli ultimi secoli appare segnata da un percorso di netta confluenza verso la riduzione dell'essere umano al suo corpo e, al contempo, al concetto di salute legato al permanere in vita del corpo stesso. Sul punto vale la pena citare la provocatoria presa di posizione relativa alla proposta di inserimento di studi di religione e spiritualità nei corsi di medicina (K.M. COLLIER, C.A. JAMES, S. SAINT, J.D. HOWELL, *Is it time to more fully address teaching religion and spirituality in medicine?*, in *Annals of Internal Medicine*, 19 may 2020): una presa di posizione audace quanto autorevole, ma che mostra la chiara natura riduttivamente biologica dell'attuale stato del sapere medico predominante. Peraltro, ancora Canguilhem (*Normale e patologico*, cit., p. 16 e ss) poteva notare come si fossero da sempre fronteggiate una concezione "ontologica" e una concezione "dinamica" della malattia. La concezione "ontologica" vede nella malattia un qualcosa di esterno all'essere umano che vi si aggiunge (alterando le modalità di funzionamento dell'organismo). Una visione che accumuna, per quanto strano possa apparire, le pratiche magiche con la microbiologia: in entrambi i casi la narrazione che viene data dello stato patologico è quella di un qualcosa di esterno che disturba il funzionamento fisiologico di una parte dell'organismo, e che la tecnica medica può rimuovere, correggere, così eliminando la malattia. Una malattia in senso ontologico in quanto collegata ad una qualche entità (sia esso uno spirito maligno come un'infezione batterica) che l'uomo, ottimisticamente, può diventare capace di rimuovere. Al contrario la visione dinamica della malattia (fra le quali Canguilhem annovera la medica ippocratica come, più modernamente, «i disturbi endocrini e tutte le malattie con prefisso dis-»: p. 17) prende le mosse dall'idea che la salute sia soltanto una questione di equilibrio fra diverse funzioni e che un disequilibrio non crei causalmente la malattia: al contrario, il disequilibrio è la compensazione con cui l'organismo tenta di recuperare il proprio equilibrio, con cui tenta di guarirsi. In questa prospettiva, la tecnica medica sta quindi nell'aiutare l'organismo a recuperare uno stato fisiologico, assecondando i suoi moti. È decisamente evidente come questa contrapposizione si riproponga, nella nostra contemporaneità, nella alterità tra medicina convenzionale e forme di varie medicine "alternative", che richiamano metodologie e approcci "naturali" e "olistici": la circostanza poi che le seconde siano generalmente dette, appunto, "alternative" mostra in modo deciso come la partita, al momento, appaia vinta da una visione ontologica della malattia. Sia consentita una notazione a margine: quando diciamo che la causa di una malattia è una predisposizione genetica – senza peraltro essere in grado di spiegare in quali modi la mutazione genetica si sia prodotta (cosa che, notoriamente, costituisce da sempre il punto dolente del darwinismo e di ogni sua ripresa) – sentendosi così ottimisticamente appagati di aver raggiunto un adeguato grado di conoscenza, non si fa altro che reiterare ciò che Canguilhem indica come motivo antropologico di ogni teoria ontologica della malattia: il tentativo di dare una risposta all'ignoto indicandolo come un'entità esterna alla fisiologia dell'essere umano che la tecnica (oggi o domani) potrà abbattere. Una visione evidentemente viziata da profondo primitivismo mascherato (e quindi ancor più gravemente infettante) da rassicuranti espressioni linguistiche.

Ma, come si è evidenziato in apertura, la vocazione della biopolitica ad occuparsi in modo prioritario del corpo umano inteso in senso biologico (e dunque scevro dalla valenza relazionale del lemma *bios*, opposto a quello di *zōē*: della “nuda vita”, secondo l'efficace immagine usata da Agamben¹⁸) può muovere in due contrapposte direzioni: biopolitica intesa come soggettivazione e quindi, politica *della* vita; biopolitica come morte e oggettivazione e quindi politica *sulla* vita.¹⁹

Il potere della biopolitica è completamente altro rispetto al “tradizionale” potere della sovranità in quanto, come enfaticamente osserva Foucault in un passo molto citato: «*al vecchio diritto di far morire o di lasciar vivere si è sostituito un potere di far vivere o di respingere nella morte.*»²⁰ Biopolitica nel senso dunque di protezione della vita e, contemporaneamente, biopolitica come tanatopolitica, come potere politico che diffonde la morte.

Una nozione di biopolitica dunque che si contrappone a quella, tradizionale, di sovranità, in quanto, la seconda esercita se stessa nel potere di dare la morte mentre la prima (anche) nel curare la vita.²¹ Ma è proprio questo curare la vita in senso biologico che impone alla politica di legarsi al sapere medico, custode unico del rapporto malattia/ salute.

La biopolitica comporta dunque un'inevitabile compromissione tra sapere medico e potere politico, una compromissione che – nel momento in cui il decisore politico attua il proprio programma d'azione ed ha dunque necessità di un orizzonte di senso verso cui operare – fonda una antropologia filosofica medicalmente assistita.

2. Scienza medica e scelta politico-giuridica

Proprio dal sorgere di una tale antropologia, che rimane implicita e mai apertamente esposta, si matura una delega a favore della comunità di medico-scientifica. Una delega che affonda in un rapporto ambivalente fra politica e medicina che si muove, intensificandosi, lungo un ampio lasso di tempo.

Al riguardo Esposito ha mostrato come la trattatistica politica del Seicento segua una progressiva assimilazione del gergo medico e della metafora organologica che equipara corpo politico e corpo fisico nella diagnosi degli stati patologici.²²

Ma ciò che appare ancor più rilevante è la bidirezionalità della relazione: a fronte di un primo periodo in cui è la riflessione politica a mutuare il gergo medico, segue poi una fase in cui, a partire dalla metà dell'Ottocento, è il sapere medico ad adottare il lessico politico in una sorta di processo di ritorno²³. Tan-

18 G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Edizione integrale 1995-2015*, Macerata, Quodlibet, 2018, in cui il tema della “nuda vita” è il filo conduttore dell'intera ricostruzione.

19 Sul punto R. ESPOSITO, *Bios cit.*, p. 38 e ss.

20 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1976, p. 122.

21 R. ESPOSITO, *Immunitas cit.*, p. 162.

22 R. ESPOSITO, *Immunitas, cit.* p. 151 e ss.

23 R. ESPOSITO, *Immunitas, cit.* 155-156.

to che Canguilhem, a proposito del reflusso che si verifica in tal modo, può porre apertamente la questione della corrispondenza fra teorie mediche e teorie politiche: «una teoria biologica è dominata da una filosofia politica. Chi può dire se si è repubblicani per il fatto di essere sostenitori della teoria cellulare o, invece, se si è sostenitori della teoria cellulare per il fatto di essere repubblicani?»²⁴

L'attualità a noi contemporanea mostra poi un ulteriore elemento di compromissione. Un elemento – che è quello oggetto del paradosso che stiamo analizzando – apparentemente di senso opposto: la scelta politico-giuridica tenta di rinvenire una fonte di legittimazione politica e di legittimità giuridica nel sostegno che il sapere scientifico può darle. La scelta è giusta in quanto fondata su chiare evidenze scientifiche: questo il motto che – non da oggi, ma oggi più che mai – ridonda nel gergo politico e trova una sua immediata ricaduta nella sostanziale insindacabilità giuridica degli accertamenti tecnici e dell'esercizio della discrezionalità tecnica.

La compromissione tra sfera politico-giuridica e sapere medico-scientifico è quindi articolata su più fronti: da un lato politica e scienza-medica hanno proceduto parallelamente influenzando l'una il gergo dell'altra, come a segnalare la reciproca relazione; dall'altro l'opinione scientifica costituisce l'argomento decisivo per tacitare ogni dissenso politico e ogni sindacabilità giuridica.

Ma a fronte di questa apparente distanza tra le due sfere è possibile seguire percorsi che svelino, invece, come il rapporto fra di esse sia di piena e completa interferenza e compromissione; oppure (che è lo stesso) che il metodo scientifico e il suo connesso rigore scettico è radicalmente irriducibile alla scelta politico-giuridica e che dunque, quel sapere scientificamente fondato – giustamente tributato di fede privilegiata – non può rimanere tale una volta che entri nel circuito della decisione politico-giuridica.

2.1 La a-modernità di Latour come svelamento della compromissione di scienza e politica

I dispositivi concettuali utilizzati da Latour risultano particolarmente idonei allo scopo di svelare l'origine dell'idea secondo cui sfera politico-giuridica e sfera del sapere scientifico siano al contempo estranee l'una all'altra ma suscettibili di entrare in un rapporto per cui le attestazioni della seconda sono idonee a giustificare le scelte della prima.

Latour proclama in una delle sue più note opere che *Non siamo mai stati moderni*²⁵: con tale provocatoria enunciazione l'autore evidenzia come la modernità non consista in altro che una narrazione fallace secondo cui sarebbe possibile distinguere cultura e natura (sociale e natura, nel lessico dell'autore)

²⁴ G. CANGUILHEM, *La conoscenza della vita*, Mulino, Bologna, 1976, p. 108.

²⁵ B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, Milano, Eléuthera, 2018. Da notare, anche a giustificazione del titolo del paragrafo, come Latour si impegni intensamente nel confutare il paradigma post-moderno: per l'autore non si tratta di una modernità oramai superata, quanto invece di una modernità mai nata. Per questo esso preferisce il lemma di a-moderno.

depurando la narrazione da tutti quei fenomeni che implicano una commistione tra naturale e culturale di cui, paradossalmente, proprio tale rimozione rende possibile la proliferazione.

Non a caso nel suo lavoro Latour pone come chiave narrativa la contrapposizione tra Hobbes e Boyle: lo scienziato politico che si dedica con altrettanta cura all'esame di problemi matematici, e lo scienziato naturale che si dedica alla teoria politica. Solo la narrazione moderna successiva avrebbe individuato in Hobbes e Boyle la frattura tra politica e natura, attribuendo al primo al ruolo di capostipite della modernità politica e al secondo quello della modernità scientifica, quando invece erano entrambi immersi allo stesso modo nell'inestricabile groviglio di sociale e natura.

Semmai *Non siamo mai stati moderni* nel senso che ciò che chiamiamo modernità consiste, unicamente, nell'aver abbandonato l'idea che il ragionamento universale sia da solo fonte di conoscenza, sostituendolo con l'opinione controllata da *teams* di specialisti che operano in ambienti protetti (ossia gli scienziati che operano nei laboratori), mentre la modernità racconta sé stessa come un'altra cosa: come quello stadio della storia in cui finalmente sono emersi i fatti puri di una natura intesa come scindibile (e quindi scissa) dalla sfera del sociale (e dunque dalla morale e dal potere politico). Latour nota poi un elemento di particolare significato per il giurista: il divario tra scienza e politica nasce quando Boyle fonda la pratica empirica di dare prevalenza all'esperimento condotto in laboratorio piuttosto che al ragionamento teorico di stampo razionalista. Ma nel fare ciò Boyle si rifà esplicitamente alla pratica del tribunale: l'evidenza scientifica si costruisce infatti a partire da principio secondo cui un testimone autorevole può attestare l'esistenza di un fatto. Ossia, l'opinione qualificata (ma che rimane opinione) di un ristretto gruppo di persone attendibili, ossia i testimoni nel processo e gli scienziati in un esperimento in un laboratorio.²⁶

In altri termini, dalla pratica del tribunale pre-moderno, che operava in un contesto culturale in cui la scissione tra fatto e valore non era ancora così matura, sono state prese le mosse per edificare una narrazione della modernità che porterà a quella netta separazione fra fatto e diritto (sconosciuta negli ordinamenti premoderni).

Una notazione di estremo rilievo: Latour non sostiene affatto che la scienza debba collassare nel sociale. Esso, al contrario, contesta ogni teoria costruttivista per cui i fatti si riducono al potere e alla società, e rifugge da una qualsiasi riduzione del proprio pensiero ad una ermeneutica post-moderna che lasci collassare la realtà effettiva in una logica del discorso.²⁷

²⁶ B. LATOUR, *cit.*, p. 39 e ss.

²⁷ Gli attacchi più duri di Latour sono forse proprio rivolti verso i teorici del post-moderno, colpevoli di aver intravisto le deficienze e le incongruità della narrazione moderna, senza tuttavia aver saputo capire che era il paradigma di fondo ad essere sbagliato. Ossia quella contrapposizione tra natura e cultura che invece i post-moderni continuano ad utilizzare come sfondo della propria riflessione, così accettando il terreno dello scontro scelto dall'avversario contro cui muovono la propria critica. Il suo tentativo è semmai quello di fondare, come recita

Per Latour esiste semmai una rete composita che rende arbitraria ogni distinzione ontologica fra due sfere contrapposte: tutto appare semmai liquido, in un proliferare di ibridi di attori umani e attori non-umani in cui natura e collettivo si intersecano continuamente.

Seguendo il ragionamento di Latour e innestandolo nelle considerazioni sopra esposte, potrebbe quindi concludersi in una considerazione di sintesi provvisoria: politica e medicina risultano intrinsecamente connesse per una ragione fondante che Latour smaschera. Ossia per la circostanza che politica (e più in generale la sfera “culturale”) e medicina (e più in generale la sfera “naturale”) non sono mai state scisse, perché esse non sono affatto scindibili. Tesi fatta propria da una copiosa letteratura epistemologica che, pur variegata in molti distinti filoni, viene accomunata nella generale categoria del post-positivismo. Un insieme eterogeneo di prese di posizioni unite dal ritenere che «*There is no gulf between fact and value*»²⁸. Ossia nel contravvenire alla separazione tra fatto e valore introdotta da Hume.

2.2 La definizione normativa di scienza

La ricostruzione di Latour è chiara nel puntare verso un obiettivo: il sapere scientifico non è scisso dal sapere politico in quanto entrambe le sfere si costruiscono nella logica del collettivo. Il “fatto” è solo un dispositivo concettuale su cui il paradigma culturale²⁹ della comunità scientifica concorda.

Tuttavia la compromissione tra le due sfere emerge con evidenza anche constatando l'inevitabilità di un circolo vizioso per cui, da un lato, il paradigma biopolitico impone al potere politico-giuridico di munirsi di un adeguato supporto medico-scientifico per disciplinare la “nuda vita” ma, allo stesso tempo, è il sapere scientifico che può definirsi tale solo per mezzo di dispositivi politico-giuridici.

Il punto riguarda la circostanza che l'affermarsi del paradigma biopolitico comporta non una generica delega a favore di un astratto “sapere medico-scientifico”, quanto invece a favore dei membri della comunità medico-scientifica: sempre più (e sempre più in relazione a questioni cruciali) si pone la necessità di una delega politico-giuridica a favore di coloro che acquistano la *status* sociale di membro della comunità medico-scientifica.

Chiaramente si apre qui il tema di come l'attribuzione di tale *status* sociale (che è anche *status* politico-giuridico) non segua criteri “scientifici” riducibili alla logica della pura evidenza empirica.

un suo lavoro, un *umanesimo scientifico* (B. LATOUR, *Cogitamus. Sei lettere sull'umanesimo scientifico*, Bologna, Il Mulino, 2012).

28 J.H. ZAMMITO, *A nice Derangement of epistemes. Post-positivism in the study of science from Quine to Latour*, Chicago, The University of Chicago Press, 2004, p. 13, il quale offre una completa – per quanto assai critica – disamina delle varie anime del post-positivismo.

29 Il dispositivo concettuale del “paradigma” è quello fatto proprio nella notoria opera di Khun (in particolare T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1975): dispositivo analogo alla “black box” di Latour.

In altri termini, se già la giustificazione teorica di una “esperienza pura” (e dunque di un “dato puro”³⁰) pare fortemente compromessa in ambito epistemologico dalle correnti post-positiviste, la tesi che l'attribuzione dello *status* giuridico di “esperto scientifico” non segua criteri meramente scientifici risulta una mera tautologia.

Poiché l'acquisizione di uno *status* giuridicamente rilevante di “esperto scientifico” segue procedimenti amministrativi, pensare che l'acquisizione di un tale *status* segua criteri scientifici significherebbe immaginare un ossimoro: che possano esservi “procedimenti amministrativi scientificamente validi”, che sia possibile l'esercizio della discrezionalità amministrativa in modo “scientificamente accertabile”.

Dietro il lessico scientifico sempre più utilizzato per avvalorare in ogni ambito la fondatezza del contenuto delle proprie affermazioni rimane un dato ineliminabile: che l'ordinamento giuridico, nel momento in cui decide che certe “questioni di fatto” siano decise dal sapere scientifico, non può dimenticare che il sapere scientifico non è altro che l'opinione di una comunità di individui a cui l'ordinamento stesso attribuisce lo *status* di esperto. E che, allo stesso tempo, il modo in cui vengono selezionati i membri della comunità scientifica è una pratica sociale, e non un astratto e neutrale procedimento matematico di tipo logico-deduttivo.³¹

In altri termini, se da un punto di vista teorico la domanda di cosa sia o meno scientifico (e metodo scientifico) non ha ancora trovato una risposta definitiva, è invece evidente che, da un punto di vista giuridico, sia semplice evidenziare che gli appartenenti alla comunità scientifica non solo altri che coloro ai quali l'ordinamento attribuisce tale *status*.

Come ricorda, non senza enfasi, Foucault nel suo ultimo scritto: «*La vita e la morte non sono mai in sé problemi di fisica, neppure quando il fisico, nel suo lavoro, rischia la propria vita o quella degli altri; per lui si tratta di una questione di morale, o di politica, non di questione scientifica*».³²

3. Puntuazione provvisoria

Pare il momento di riepilogare quanto fin qui esposto, riassumendolo nei seguenti passaggi:

30 Una critica serrata al “dato puro” si ritrova in numerosi autori del Novecento, fra i quali spiccano Quine e Sellars, indicati da Rorty (nel saggio introduttivo a W. SELLARS, *Empirismo e filosofia della mente*, Torino, Einaudi, 2004) come gli autori che sconfessando il mito del “dato puro” hanno segnato l'abbandono del neopositivismo.

31 Una pratica sociale di cui la componente giuridica è solo una parte: come mostra con spirito etnografico Latour in una delle sue più note opere, in cui ricostruisce dettagliatamente come si affermino le teorie scientifiche: B. LATOUR, *Science in action*, Harvard, Harvard University Press, 1987.

32 M. FOUCAULT, *La vita: l'esperienza e la scienza*, postfazione a G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico cit.*, p. 280: ultimo lavoro di Foucault in quanto costituiva la prefazione allo scritto di Canguilhem per l'edizione americana, frutto della rielaborazione di un precedente saggio e consegnata all'editore pochi mesi prima della morte.

- (i) lo scenario attuale è sempre più dominato dal paradigma biopolitico;
- (ii) il paradigma biopolitico può volgersi, anche, verso la cura della vita biologica;
- (iii) la cura della vita biologica come obiettivo politico-giuridico comporta necessariamente una compromissione tra sfera politico-giuridica e sapere medico-scientifico;
- (iv) tale compromissione comporta necessariamente che il decisore politico-giuridico, perseguendo la cura della “nuda vita” dei consociati, assuma come presupposto una nozione di salute (e di malattia) che può mutuare solo dal sapere medico-scientifico;
- (v) si verifica così una delega di esercizio del potere politico-giuridico a favore dei portatori “sapere medico-scientifico”;
- (vi) tale compromissione, inoltre, è connessa alla stessa storia della modernità ed è circolare, nel senso che: *a)* il decisore politico-giuridico si appoggia al sapere medico-scientifico per stabilire quale sia la decisione “sorretta da evidenze scientifiche” e sulla base di tale appoggio trova la propria autorevolezza (politica) e legittimità (giuridica), ma al contempo; *b)* è solo in forza di processi sociali e procedimenti giuridici che viene acquistato lo *status* di “esperto” titolato ad esprimere quali siano le migliori evidenze scientifiche disponibili.

Nei successivi paragrafi si intende dunque evidenziare secondo quali dispositivi tale delega sia esercitata in concreto in campo giuridico.

Prima di ciò sembra tuttavia inevitabile soffermarsi su di un breve *excursus* relativo alla distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* e alla sua una storia prettamente moderna.

4. Il fatto e il diritto nel diritto pre-moderno

La tesi che si sta sostenendo può essere così riassunta: la modernità si è costituita attorno alla fallace narrazione di una serie di dicotomie. Le dicotomie natura/società, giudizio sul fatto/giudizio di valore: e la netta contrapposizione teorica tra fatto e diritto in campo giuridico (che è appunto netta solo sul piano teorico quando invece la realtà fenomenica ci mostra una gradazione di sfumature estremamente ampia) non è che il portato, in campo giuridico, di questa narrazione.

Eppure si potrebbe eccepire che il diritto, ancor prima della modernità, abbia conosciuto la distinzione tra diritto e fatto e che anzi proprio questa distinzione è stata una feconda immagine riportata in campo epistemologico per chiarire la distinzione fatto/norma (non ultimo la nota immagine di Kant posta nell'introduzione alla *Critica della ragion pura*).

Il punto è però che né gli antichi né il Medioevo conoscevano una così netta distinzione fra normatività e fatto. E soprattutto a tale alterità non veniva assegnato lo stesso significato che invece le assegna la modernità: quello per cui all'accertamento del fatto corrisponde un'analisi su di un dato oggettivo completamente esterno all'osservatore, passibile di un giudizio di verità.

È solo con la modernità che la prova ha ad oggetto un qualcosa di “non controverso”, un qualcosa che non deve essere ricostruito secondo una *ratio probabilis*, quanto invece un “dato oggettivo” esterno all'attività di accertamento.³³ Ed è solo con questa concezione moderna che la questione di fatto diviene autonoma dalla questione di diritto e viene ad essere rappresentata come un'operazione tecnica.³⁴

Il *factum* è letteralmente un “fatto” in quanto frutto di un percorso di costruzione artificiale³⁵: prima della modernità il fatto era concepito come l'esito di un processo di ricostruzione che prendeva le mosse da un giudizio di valore. E questo secondo una linea tradizionale che partendo dall'antica Grecia e dai giuristi romani, per tramite Cassiodoro, Boezio e Isidoro di Siviglia avrebbe contaminato la cultura europea medievale e rinascimentale fino alle soglie della modernità.³⁶

Tant'è che in epoca medievale risultava difficoltoso per i giuristi riuscire finanche a distinguere, in concreto, la *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*³⁷ e un illustre giurista rappresentativo del suo tempo - Cino da Pistoia - aveva ad affermare che «*omnis quaestio facti est quaestio iuris*».³⁸

Solo con la modernità giuridica, invece, prende pienamente campo l'idea che le due sfere (del fatto e del diritto) siano nettamente separabili.

Il paradigma biopolitico sembra proprio svelare questo, soprattutto in campo giuridico: che la separazione sia solo apparente e che, pertanto, si stia verificando una delega nell'esercizio della *potestas decidendi* a tutto vantaggio dei membri della comunità scientifica. E poiché molte delle più controverse questioni riguardano il corpo umano, la delega avviene a favore dei portatori del sapere medico-scientifico.

5. Biopolitica e diritto alla salute: una delega di potere

Biopolitica (intesa come “politica della vita”) e medicina sono connesse nel momento in cui l'ordinamento giuridico si fa portatore di promuovere il valore costituzionale della salute.

E il fronte della salute individuale è stato il congegno teorico più efficace per consentire la sfera delle posizioni giuridiche suscettibili di ottenere tutela giurisdizionale. Cosa che, evidentemente, rimette ancora al centro dell'azione l'opera del sapere medico-scientifico, “competente” a definire cosa sia “danno alla salute”, fornendo non solo la cornice concettuale (ossia il rapporto fisiolo-

33 A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 226.

34 M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 97-98.

35 M. VOGLIOTTI, *cit.*, p. 92.

36 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, (1989) 2009, p. 116.

37 M. VALLERANI, *I fatti nella logica del processo medievale. Note introduttive*, in *Quaderni storici* 3/2001 p. 667.

38 M. BELLOMO, *Medioevo edito e inedito. Vol. II Scienza del diritto e società medievale*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1997, p. 73.

gia/patologia) entro cui la giurisprudenza è chiamata ad operare ma anche a decidere, di volta in volta attraverso l'istituto della consulenza tecnica d'ufficio, la *quaestio facti* del caso concreto. A decidere, cioè, se e in quali limiti sia stata lesa la “salute” e attraverso quali processi causali.

Ma si tratta di un valore costituzionale (appunto quello della salute) che nella sua effettiva realizzazione si trova esposto alla necessità di una presa di posizione su due questioni cruciali di ricerca di equilibrio: l'equilibrio tra salute individuale e salute pubblica; l'equilibrio tra salute (pubblica o individuale) e altri valori costituzionali (in particolare le libertà individuali).

In entrambi i casi un equilibrio politico-giuridico che, tuttavia, ha bisogno per la sua realizzazione dell'acquisizione di saperi scientifici (e significativamente vi è chi ha parlato del sapere scientifico come parametro di costituzionalità interposto nell'interpretazione giuridica³⁹).

Il primo dei due equilibri (quello fra salute individuale e salute pubblica) appare consegnarsi completamente nelle mani del sapere scientifico, posta l'asserita possibilità di quantificare i rischi e i benefici di ogni possibile combinazione: dalla quantificazione segue infatti l'ascrizione della questione alla categoria del fatto (e non a quella del giudizio di valore) e dunque al dominio del sapere scientifico.

Ma anche la ricerca del secondo profilo non può prescindere dal confronto con il sapere medico-scientifico: solo un'ipotetica quantificazione di rischi connessi alla salute è in grado di porre una base per un “calcolo politico-giuridico” relativo alla possibilità di comprimere libertà individuali.

E conviene ricordare come non solo l'alterità salute/malattia sia completamente nel dominio del sapere medico-scientifico: ancor più significativamente occorre ricordare che del dato esistenziale per eccellenza, ossia l'alterità vita/morte, l'ordinamento dà una definizione fondata, anch'essa, sull'elaborazione medico scientifica. Ciò che potrebbe apparire come dato immediato e neutrale, il vivere e il morire, la comprensione se un soggetto sia o meno vivente, da momento antropologico qualificante diviene predicato di un giudizio medico dal quale discendono enormi ricadute bioetiche.⁴⁰

Non è qui interesse sondare l'enorme letteratura sul tema del diritto alla salute e della definizione di vita e di morte. Importa segnare un punto: di tutto ciò l'ordinamento non recepisce alcun dato immediato, dettando semmai definizioni normative sotto la guida del sapere medico-scientifico.

39 C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2016, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/-2_2016_Casonato.pdf

40 Pare superfluo richiamare l'ambito dibattito sul tema dell'inizio vita, mentre appare decisamente meno frequentato il tema della nozione legale di morte, sul quale può vedersi, in chiave storica e nel dibattito internazionale, C. A. DEFANTI, *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 2037 e ss., nonché, per un inquadramento normativo sulla definizione di morte e suo accertamento in Italia, P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: Aspetti normativi*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *cit.* p. 2053 e ss..

Se questo avviene su di un piano generale e, per così dire, teorico, un'indagine sulle effettive dinamiche che si innestano fra sapere tecnico-scientifico e ragionamento giuridico può illustrare come il sapere medico-scientifico si renda potere politico-giuridico.

5.1 Il tempo della decisione politica-giuridica, l'onere della prova e il biodiritto amministrativo

Un atteggiamento che sia autenticamente scientifico rinnega l'idea che possa aversi una qualche certezza immutabile. La scienza è tale proprio nel suo dinamismo, nel suo essere disponibile a rivedersi: la scienza si contrappone al dogmatismo in quanto ammette la legittimità di un'idea contraria che possa, alla prova empirica, risultare migliore.

La scienza non conosce eresie, ma solo teorie che, sebbene estremamente minoritarie, possono improvvisamente scalzare preesistenti convinzioni.

In modo esemplare, in pieno dibattito post-darwiniano, Huxely aveva a dichiarare: «*La storia ci insegna che le nuove verità hanno il frequente destino di cominciare come eresie e di finire come superstizioni; e oggi è facile prevedere che, di qui a venti anni, i ragazzi della nuova generazione, cresciuti nel clima attuale, correranno il pericolo di accettare le teorie dell'Origine delle specie con tanto poca riflessione, e fors'anche tanto poco fondamento, quanto gli uomini della vecchia che la rifiutavano vent'anni fa. Preghiamo ardentemente perché non sia così, perché la mentalità scientifica è più importante dei suoi prodotti, e verità professate in modo irrazionale possono essere più nocive degli errori razionali. L'essenza della mentalità scientifica è la critica.*»⁴¹

La scienza, per rimanere tale, deve godere di un lusso che la sfera politico-giuridica non può permettersi: la perenne rivedibilità delle proprie statuizioni, accompagnata da un costante scetticismo anti-dogmatico che consenta di ritenere completamente errato l'intero costruito di credenze su cui ci si era basati fino a quel momento.

O meglio, il sapere scientifico teorico può consentirsi un anti-dogmatismo che nessuna arte pratica chiamata a prendere decisioni irreversibili può sostenere. La decisione politico-giuridica necessita di risposte immediate, fornite dalla cosiddetta migliore scienza ed esperienza disponibile al momento. E allo stesso tempo l'*ars medica* è costretta a decisioni immediate non più correggibili, relative all'applicazione della terapia ritenuta più adatta in concreto e per il singolo caso.⁴²

Ciò presuppone però che vi sia una “migliore scienza ed esperienza” accertabile con criteri non politico-giuridici.

41 Traggio la citazione da G. BARSANTI, *Una lunga pazienza cieca*, Torino, Einaudi, II ed. 2005, p. 369, il quale indica in bibliografia i seguenti estremi: Huxley, T. H., 1880, 396, *The coming of age of the Origine of species*, *Nature* XXII 1-4 e ripreso in *Collected Essays*, London 1893-94 p. IV, 248-64.

42 L'analogia tra decisione giudiziale e decisione clinica potrebbe aprire ad altre suggestioni: che la clinica – come ogni attività pratica – sia irriducibile al sapere teorico e che invece essa, al pari dell'*ars interpretandi*, non viva che della creatività della decisione del caso concreto.

Al contempo, la decisione giuridica prevede anche l'ipotesi di mancanza di essa: il dispositivo dell'onere della prova è un criterio di decisione per il caso non accertato (o non accertabile), una compensazione pratica all'ipotesi in cui un fatto non sia accertabile. È lampante come l'assenza di prove di un fatto (sebbene possa fondare la decisione giuridica) non possa essere trasformato in un giudizio diverso: quello dell'assenza del fatto stesso.

Se il dispositivo dell'onere della prova esonera il diritto dal doversi dotare, in positivo, di una migliore scienza ed esperienza solo in alcuni ambiti (in particolare nel processo civile e penale), il progredire del paradigma biopolitico rende invece sempre più presente un diritto amministrativo che si fa biodiritto amministrativo: un biodiritto amministrativo esercitato in provvedimenti amministrativi fondati su valutazioni tecniche.

Il tema diviene sempre più quella della discrezionalità tecnica e del suo sindacato: e in questo caso, il principio dell'onere della prova non costituisce più una regola di giudizio. Di fronte alla discrezionalità tecnica, il privato si trova esposto alla sostanziale impossibilità di sindacare quella che l'amministrazione ha giudicato essere la migliore scienza ed esperienza disponibile. L'amministrazione, con la forza dei propri atti autoritativi, è infatti capace di imporre valore giuridico a quella che essa ritiene essere la migliore scienza del momento.

La conseguenza è che nel paradigma biopolitico, che si esercita in un biodiritto amministrativo denso di discrezionalità tecnica applicata al campo medico, il sapere scientifico perde il proprio connaturato scetticismo per dover, invece, affermare in positivo una teoria.

L'attualità ci pone tuttavia un tema critico: l'individuazione della migliore scienza ed esperienza quando (i) l'accertamento si fa incerto in ragione della mancanza di uno stabile paradigma culturale e, al contempo, (ii) l'accertamento incide sempre di più sul corpo umano e dunque sulle più rilevanti libertà fondamentali.

Riprendendo la ricostruzione di Latour, è facile constatare come solo allorquando vi sia un paradigma scientifico già consolidato possono rinvenirsi teorie così diffusamente accettate da costituire inequivocabilmente la "migliore scienza disponibile".

Ma la tenuta teorica di un tale assetto è messa radicalmente in discussione dallo sviluppo tecnico, scientifico e sociale in cui vengono a porsi le attuali questioni medico-giuridiche. La radicale novità di molti quesiti posti all'attenzione del biodiritto non consente agli esperti di volta in volta incaricati di fornire indicazioni che siano ancorate a un pacifico paradigma culturale. I quesiti tecnici necessari a risolvere una controversia giuridica sono sempre più contraddistinti dal riferirsi ad un settore ancora fluido: l'uso dei cellulari in quale misura è dannoso per la salute umana? Una dieta vegana è compatibile con la salute di un minorenne? Vi è una correlazione tra pratiche vaccinali e l'insorgere di alcune patologie? Sono quesiti a cui la comunità medica risponde senza che il trascorrere del tempo abbia consentito il costituirsi di un consolidato paradigma culturale entro cui essa accetti pacificamente di muoversi.

Riguardo a tali questioni manca una scienza che sia ritenuta “migliore” in forza di meccanismi diversi dall'attribuzione di un preciso *status* sociale⁴³, trasformando il dissenso scientifico in eresia politico-giuridica e, quindi, sovvertendo il principio cardine dell'anti-dogmatismo scientifico: ossia, come insegna la storia della teoria copernicana, che non devono esistere eresie, ma solo teorie.⁴⁴

La questione è quella posta con estrema chiarezza da Latour, del quale vale la pena riportare un intenso passaggio in cui mostra l'inadeguatezza della modernità giuridica a governare il presente: *«Se non spuntasse fuori che qualche pompa a vuoto, si riuscirebbe ancora ad archiviare in uno dei due classificatori, quello delle leggi naturali o quello delle rappresentazioni politiche, ma quando ci si trova invasi da embrioni surgelati, da sistemi esperti, da macchine a controllo numerico, da robot sensorizzati, dagli ibridi del granturco, dalle banche dati, dagli psicotropi forniti per legge, dalle balene dotate di radio-sonda, da sintetizzatori di geni, dagli analizzatori di audience e così via, quando i giornali riempiono le pagine con tutti questi mostri e nessuna di queste chimere si sente al suo posto né accanto agli oggetti né vicino ai soggetti e nemmeno a metà strada, bisognerà pur fare qualcosa.»*⁴⁵

In definitiva, se sempre l'appartenenza alla comunità scientifica è una questione di pratiche sociali, può considerarsi che tale pratica sociale riesce bene a mascherare la propria vera natura non schiettamente scientifica in tempi di stasi, mentre laddove il cambio di paradigma scientifico è in atto o in fase di consolidamento viene a piena evidenza la contaminazione tra sfera politico-giuridica e sfera scientifica.

5.2 L'insindacabilità giuridica del giudizio tecnico-scientifico

Il rapporto che l'ordinamento vivente pone tra valutazione tecnico-scientifica e valutazione giuridica è chiaro: un rapporto che trova nell'istituto della discrezionalità tecnica emerso nella giurisprudenza amministrativa un'efficace esemplificazione. È infatti in sede di giudizio amministrativo che la decisione tecnica (esposta dalla pubblica amministrazione nei propri provvedimenti che su di essa si fondano) può diventare effettivamente la base e il contenuto dell'esercizio del potere politico-giuridico.

E nell'ambito della giurisprudenza amministrativa sul tema della sindacabilità della discrezionalità tecnica emerge un orientamento oramai granitico secondo cui essa è *«notoriamente sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità nei soli casi di esiti abnormi o manifestamente illogici»*.⁴⁶

43 Un punto è qui essenziale ribadire: la circostanza che i vertici dei sistemi istituzionali siano coesi nel sostenere una tesi avversata da una minoranza di esperti non determina alcuna validità scientifica della tesi maggioritaria, quanto semmai una sua affermazione politica.

44 Pare una fertile suggestione quella di notare come il dominio del politico sia declinabile in termini teologici secondo il lessico di Schmitt, aprendo così alla possibilità di introdurre una dimensione religiosa e insieme politica del concetto di eresia.

45 B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, cit., p. 72.

46 Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2504.

Ma quando sono in discussione questioni non risolte in un paradigma scientifico consolidato dal tempo, la rimessione della soluzione della questione tecnica non è neutrale.

Il presupposto di fondo che ha portato ad un sistema di pesi e contrappesi in ambito giudiziario e politico è che sia irragionevolmente pericoloso assegnare ad un unico soggetto il compito di definire, in modo autoreferenziale, quale debba essere l'ultima parola. La comunità di giuristi è così disarticolata in una molteplicità di funzioni (legislativa, giudiziaria, di controllo di costituzionalità), ostacolando – o rendendo più difficoltoso – il consolidarsi di un monopolio.

Riguardo alla decisione tecnica (ossia alla interpretazione del fatto), l'ordinamento si accontenta di tenere separate le due sfere - della norma e del fatto – senza preoccuparsi quale sia la comunità di esperti deputati ad accertare il fatto.

Quella questione di fatto che, scientificamente accertata, dovrebbe fondare la legittimità della decisione giuridica è però risolta dal titolare di uno *status*, quello di esperto scientifico, che di per sé non dà (o, quantomeno, potrebbe non dare, nel nostro attuale contesto) certezze di neutralità.

Quando è in discussione questioni in cui si intrecciano valutazioni su temi controversi e non ancora consolidati, l'appartenenza alla comunità scientifica non è però un'assicurazione di neutralità.

Ma la legittimità giuridica, come quella politica, delle scelte effettuate trova comunque forza nel presupposto che l'accertamento del fatto sia un evento neutrale e rispetto al quale il decisore giuridico come quello politico non possa svolgere che un controllo estremamente superficiale: appunto volto a correggere solo abnormità e palesi illogicità.

Ciò concreta un vero e proprio paradosso: la forza legittimante starebbe in un accertamento neutrale del fatto, quando invece proprio la contaminazione dell'accertamento del fatto con il circuito della decisione politico-giuridica rende tale accertamento non neutrale. La scelta della persona fisica a cui affidare la valutazione tecnica su temi segnati dal cristallizzarsi di un dato paradigma scientifico può anche considerarsi neutrale, ma non può certo essere tale la scelta di chi debba prendere posizione su temi ancora non stabilizzati.

A meno che – ed è questo il rischio più grande e che motiva tutto il nostro ragionamento – non si intenda, surrettiziamente, contrabbandare la rilevanza dello *status* sociale dell'esperto con l'acquisizione di una stabilità della conoscenza scientifica. Cosa che significherebbe – come detto in apertura – accontentarsi del gergo scientifico e rinunciare, invece, a ciò che conferisce il crisma della scientificità: ossia il metodo e l'antidogmatismo.

In altri e più radicali termini: non è perché la maggioranza degli esperti di un settore disciplinare affermi una tesi che essa diviene scientificamente inattaccabile. Altrimenti, si scambia la forza politico-giuridica del meccanismo maggioritario con il contenuto delle tesi: ossia proprio ciò che la narrazione della modernità ha negato in ogni modo per edificare la distinzione tra norma e fatto. E come ricordano Allen e Pardo in un noto articolo dedicato al tema del-

la supposta distinzione tra fatto e norma, essa, nata nei sistemi anglosassoni per evitare “selvagge e capricciose” decisioni delle giurie sulle questioni di diritto, ha finito per legittimare altrettanto “selvagge e capricciose” decisioni di giudici e legislatori su questioni di fatto.⁴⁷

5.4 Epistemologia e diritto

Quanto fin qui esposto rischia di provare troppo.

E questo è il rischio che l'approccio post-positivista – come tutta l'epistemologia contemporanea – tenta di evitare ricercando altrove, lontano da un “dato puro”, un diverso momento di obiettività che non lasci naufragare in un prospettivismo in cui la nozione di realtà diviene nient'altro che funzione della volontà del più forte.

La ricerca di una teoria della verità che sostenga una realtà obiettiva con cui confrontarsi senza crollare in un completo soggettivismo è infatti la scommessa dell'epistemologia contemporanea: il complesso percorso di Putnam (che a più riprese ha cambiato orientamento sulla questione⁴⁸) come l'intero movimento del neo-realismo, o il tentativo di ritrovare una base di oggettività nelle pratiche discorsive e comunitarie sono la ricerca di ancorare il ragionamento alla possibilità di un fatto che non sia, come nel noto aforisma di Nietzsche, nient'altro che una mascherata interpretazione⁴⁹, secondo quel prospettivismo per cui «*Le verità sono illusioni di cui si è dimenticato la natura illusoria.*»⁵⁰

Un intento non solo ragionevole, ma imposto dalla necessità: in campo giuridico la stessa credibilità di un processo volto ad accertare responsabilità e nessi causali perderebbe di qualsiasi consistenza e, dunque, di qualsiasi possibilità di legittimazione, se si dovesse infine ammettere l'impossibilità logica di accertamenti di fatto.⁵¹

Ammettere che la condanna di un giudice possa fondarsi sulla tesi che non esistano fatti ma solo interpretazioni e, dunque, che essa prescinda da qualsiasi riscontro obiettivo è evidentemente l'anticamera del dispotismo e della non controllabilità delle decisioni.

Ma la soluzione a questo problema non si crede stia nel ribadire le tesi di un positivismo oramai superato, fondato sulla distinzione moderna tra fatto e norma: se l'ordinamento continua a muoversi su di un paradigma caratterizzato

47 R.J. ALLEN, M.S. PARDO, *Facts in Law and Facts of Law*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 7/3 n. 153, July 2003, p. 154.

48 Ma che assai significativamente intitolava un suo lavoro *Fatto/valore: fine di una dicotomia* (H. PUTNAM, *Fatto/valore: fine di una dicotomia e altri saggi*, Roma, Fazi, 2004).

49 «*Contro il positivismo che si ferma ai fenomeni: “ci sono solo fatti”, direi: no, proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni*»: F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi, 1885-1887*, in G. COLLI, M. MONTINARI (a cura di), *Opere di Friedrich Nietzsche, Vol III/1*, Milano, Adelphi, 1974, p. 290.

50 F. NIETZSCHE, *Su verità e menzogna in senso extramurale*, in G. COLLI, M. MONTINARI (a cura di), *Opere di Friedrich Nietzsche, Vol III/2*, Milano, Adelphi, 1973, p. 361.

51 Per un'ampia e articolata ricostruzione del tema, declinato in chiave giuridica, può vedersi G. CORRADO, *Processo alla verità o processo della verità?*, Pisa, Edizioni ETS, 2019.

dalla chiara distinzione tra fatti e norme, omettendo di considerare le aporie di cui stiamo trattando, si consegna ugualmente al rischio dell'insindacabilità delle decisioni.

L'incedere del biodiritto amministrativo rende infatti sempre più vistosa la presenza di provvedimenti autoritativi (così come atti legislativi) fondati su valutazioni attinenti ad una discrezionalità tecnica che, per costante giurisprudenza, diviene insindacabile. E allo stesso tempo, nell'ambito processuale, la mancanza di paradigmi scientifici stabilizzati, rende tutt'altro che neutrale la scelta relativa a quale consulente affidare la perizia.

La circostanza che sia difficoltoso trovare un dispositivo teorico sostitutivo della contrapposizione tra fatto e norma non può giustificare la cecità verso la disfunzionalità e i rischi del perseverare in questa impostazione.

Un'impostazione, come si è tentato di argomentare, che dà origine ad un paradosso circolare.

Conclusioni. Il paradosso e la tenuta delle garanzie del liberalismo

L'esito del percorso seguito fin qui è che il metodo scientifico e, in particolare, il rigore scettico che necessariamente lo accompagna, perda la propria identità nel momento in cui il sapere scientifico entra a far parte di una scelta politico-giuridica. Il presupposto dell'atteggiamento rigorosamente scientifico consistente nell'essere ogni credenza suscettibile di revisione e, dunque, teoreticamente transeunte, mentre una delle caratteristiche della scelta politico-giuridica è quella di non poter revisionare perennemente decisioni che devono essere prese irrevocabilmente nell'adesso.

E se pure la tradizionale formula giuridica secondo cui il diritto decide secondo la migliore scienza ed esperienza disponibile al momento abbia avuto una qualche possibilità di applicarsi nell'ambito di società "tecnologicamente stabili", in cui cioè il contesto tecnico-scientifico rimaneva immutato per periodi sufficientemente lunghi a far sì che si maturasse un sapere condiviso, certamente tale formula non è più seraficamente applicabile al contesto attuale.

In questo scenario il rapporto fra sapere medico-scientifico e decisione politico-giuridica evidenzia l'emersione di un potere politico-giuridico di cui gli appartenenti alla comunità medico-scientifica dispongono entro l'assetto istituzionale. Un potere esercitato nel momento in cui essi cooperano alla produzione della scelta politico-giuridica e debbano necessariamente spogliarsi del rigore scettico del metodo scientifico, della perenne falsificabile revisionabilità delle proprie teorie per asserire, invece, in positivo la piena fondatezza "scientifica" delle proprie tesi, rischiando di far collassare il funzionamento del meccanismo dell'onere della prova (mezzo con cui l'ordinamento giuridico, dovendo decidere immediatamente su di una controversia, stabilisce come decidere in caso di dubbio) nel paralogismo che trasforma la mancata prova di una relazione causale nella prova dell'assenza della relazione causale stessa (*id est*: la mancata prova di un nesso eziologico tra un vaccino e l'insorgere di una certa patologia si trasforma rapidamente nell'agone politico nella insostenibile tesi secondo cui

sarebbe dimostrata l'assenza di correlazione tra il vaccino e l'insorgere della patologia).

A dover essere messa in discussione è allora l'alterità fra scienza e politica. Un'alterità che però investe categorie concettuali più ampie: quelle del fatto e della norma. La distinzione (peraltro solo moderna) tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* consegna al consulente del giudice (in campo processuale) e alla pubblica amministrazione (nel biodiritto amministrativo) la piena signoria sulla ricostruzione, appunto, del fatto.⁵²

La conclusione è un paradosso circolare.

La comunità scientifica è tale perché persegue l'obiettivo di una conoscenza fondata su di un metodo, appunto, scientifico, e l'affermarsi della rilevanza di questa modalità di conoscere il mondo fa assumere uno *status* politico-giuridico ai membri della comunità scientifica; tuttavia, l'acquisizione di tale *status* porta i membri della comunità scientifica a cooperare all'assunzione di scelte politiche e giuridiche in modo determinante, ma tanto l'acquisizione dello *status* di membro della comunità scientifica quanto la decisione politico-giuridica cui essi partecipano non rispondono più ad un criterio "scientifico".

E la decisione così presa, una volta ammantatasi dell'aurea di scientificità, risulta politicamente e giuridicamente insindacabile.

L'esito cui conduce il paradosso è una ierocrazia scientifica in cui l'accostamento apparentemente ossimorico tra "ierocrazia" e "scienza" indica ad un tempo l'inconsistenza della distinzione fatto-norma e il collasso del sapere scientifico in credenza verso cui gli organi politico-giuridici non possono che effettuare un atto di fede.

La diretta conseguenza è che gli strumenti posti dal costituzionalismo moderno per preservare le libertà fondamentali dall'arbitrio del sovrano si scoprono basati su un modello del tutto inefficace. Ma se, come si crede, tale modello non è che un'altra delle tante mitologie della modernità⁵³, allora questi dubbi dovrebbero condurre a ripensare radicalmente i meccanismi di tutela delle libertà individuali posto che, di fronte ad una ipotetica "decisione maggioritaria" della comunità scientifica non vi è alcun equivalente di una corte costituzionale. O, meglio, non ve ne sono più dopo che, giustamente, si è abolito il

52 Vale la pena di ricordare come nei lavori di Pardo e Allen il tema della *law-fact distinction* fosse declinato proprio in senso allocativo, ossia come strumento di attribuzione della *potestas decidendi* al giudice togato o alla giuria di pari (R.J. ALLEN, M.S. PARDO, *cit.*, ID., *The Mith of Law-Fact distinction*, in *Northwestern Law Review*, n. 97-2003, p. 1769-1808).

53 Il richiamo evocativo è qui al lavoro di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007. Si coglie l'opportunità di questa nota per un'ulteriore suggestione: la dissoluzione della mitologia del legalismo (in Grossi come in altri autori a lui consoni, in particolare Zagrebelsky e, per certi versi, Habermas) svela la sua monolitica falsità nel momento in cui le costituzioni del Novecento veicolano un pluralismo di valori; da tale pluralismo deriva un nuovo ruolo per il giudice "inventore del diritto" e la "crisi della fattispecie" (per riprendere l'immagine con cui Irti a più riprese stigmatizza questo andare delle cose); analogamente si potrebbe vedere il suo corrispondente nel dissolversi di un unico monolitico paradigma della cultura scientifica, nel suo rendersi liquido e post-moderno, nel suo farsi "multiverso": tanto il pluralismo di valori costituzionali quanto l'adesione ad una epistemologia post-positivista attaccano, ciascuno dal proprio lato, la falsa contrapposizione tra fatto e norma.

credo religioso come fonte di legittimazione del sapere scientifico, aprendo alla possibilità che il vuoto lasciato dalla tradizionale ierocrazia sacerdotale sia adesso e sempre più incisivamente riempito da una ierocrazia medico-scientifica.

Finché si continuerà a nutrire fiducia nell'alterità fatto/norma affidando l'accertamento del fatto (ossia di quel dato che si presume verificabile in modo neutrale, al di là dell'apporto teorico, e quindi soggettivo, dell'osservatore) a soggetti in definitiva incontrollabili da parte di un giudice, non si farà altro che affidare la ricostruzione di quei principi e quei valori che dovrebbero fondare l'ordinamento giuridico nelle mani di una carismatica ierocrazia scienziasta, il cui imperscrutabile vaticinio non è poi troppo diverso da quello di una consimile ierocrazia sacerdotale che ci fregiamo (e illudiamo) di aver relegato in un nostro passato remoto.

Non solo *Non siamo mai stati moderni*, ma illudendoci di esserlo (o di esserlo stati) abbiamo smarrito ogni anticorpo contro quel tipo di menzogna rispetto alla quale una società a-moderna, che non conosca l'alterità tra fatto e potere, ha invece ben chiara la necessità di dover costantemente vigilare.

*

I tempi di un'epidemia globale in cui ogni scelta politica è assicurata da esperti e ogni decisione giudiziaria ipotecata dall'insidiabilità di valutazioni tecnico-scientifiche sono tristemente il momento migliore per rendersi conto dei rischi che oggi più che mai corre il liberalismo: non che le scelte prese oggi siano sbagliate – non è questo il punto – ma che il metodo con cui sono prese è assolutamente pericoloso, laddove induce la credenza che possano esistere scelte politiche e decisioni giuridiche scientificamente fondate.