

ALESSANDRO TESAURO

*Spunti problematici in tema di dignità umana
come bene penalmente rilevante*

ABSTRACT:

L'articolo intende sottoporre a revisione critica la tendenza del diritto penale a concepire la dignità umana come un bene giuridico pregiudizialmente sottratto al bilanciamento con il grappolo dei diversi interessi coinvolti dalle singole fattispecie incriminatrici. Una tendenza che bloccherebbe in partenza la possibile individuazione di tipologie casistiche (i c.d. casi generici) da sottrarre all'area dei comportamenti punibili. In particolare si sottolinea che, nella quasi assoluta maggioranza dei casi, la dignità, quale bene meritevole di tutela penale, si presenta come un concetto necessariamente valutativo, fatalmente compromesso con più ideali di vita buona in competizione tra loro. Se ne ricava la conclusione che l'argomentazione pubblica svolta in sede di deliberazione parlamentare o di sindacato giurisdizionale non può indicare in positivo quali beni ammettere alla tutela penale, ma tutt'al più tracciare in negativo i limiti dell'intervento punitivo secondo il c.d. modello del bilanciamento.

KEYWORDS:

dignità umana, bilanciamento, casi generici, paternalismo penale, ragione pubblica

ALESSANDRO TESAURO

*Spunti problematici in tema di dignità umana
come bene penalmente rilevante*

Chi dice umanità cerca di ingannarti (C. SCHMITT)

Non l’Uomo ma solo gli uomini abitano la terra (H. ARENDT)

Tra l’Idea e la realtà cade l’ombra (T.S. ELIOT)

1. Premessa – 2. Dignità e bilanciamento – 2.2 (segue) Due esemplificazioni giurisprudenziali – 3. La dignità come ‘bene complesso’ ricostruibile ex post – 3.1. (segue). La strategia della “categorizzazione” – 4. La dignità come concetto valutativo – 5. Dignità umana e paternalismo penale – 6. Dignità umana e ragione pubblica – 7. In conclusione.

1. *Premessa*

Scopo del presente saggio è quello di interrogarsi criticamente sul modo più generale di intendere in diritto penale ruolo, portata e limiti del concetto di dignità umana, un concetto frequentemente utilizzato nella prassi legislativa e giudiziaria come bene *omnibus* in grado di fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a pressoché tutte le fattispecie penali in cui si suppongono intuitivamente implicate questioni attinenti allo status morale-costituzionale della persona umana. Un’etichetta *tappa buchi* che, quando si presume che entri in gioco l’argomento riassunto

dallo slogan «*Simply in virtue of being human*» («semplicemente in quanto esseri umani»)¹, si ritiene di potere attaccare a qualsiasi interesse di cui non si riesca a definire (o confessare) più in dettaglio la specifica fisionomia²: al punto che il discorso (anche penalistico) sulla dignità umana, come quello convergente sui diritti umani, sembra avere progressivamente acquisito lo *status* privilegiato di una “*lingua franca* etica”³.

Più in particolare, parrebbe trattarsi, per un verso, di un (super-)valore cui viene spesso assegnata una funzione “taumaturgico-sedativa”: nel senso che esso viene sovente chiamato in causa allo scopo di arginare sentimenti di impotenza-angoscia-vulnerabilità prodotti dagli incessanti progressi in campo medico, scientifico e tecnologico, così come dai conflitti e dai connessi dilemmi morali (o pratici) che attraversano le società multiculturali e globalizzate della c.d. modernità avanzata⁴.

¹ È il titolo di un saggio di J. GARDNER, «*Semplicemente in quanto esseri umani*»: *titolari e giustificazioni dei diritti umani*, in “Ragion pratica”, 2007, n. 29, 413.

² G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e ‘post-secolarismo’*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2007, 558: “il diffuso consenso tributato alla dignità umana quale bene meritevole di tutela si spiega, verosimilmente, col fatto che essa rispecchia un valore a forte connotazione etico-emozionale, ma al tempo stesso dal contenuto generico e indefinito: come tale potenzialmente disponibile a fungere – per dir così – da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare quale oggetto di tutela un bene giuridico più specifico”.

³ J. TASIOLAS, *The Moral Reality of Human Rights*, in T. POGGE (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Oxford, 2007, 75.

⁴ Cfr. ancora, sia pure con specifico riferimento agli interventi del legislatore penale in campo bio-etico, FIANDACA, cit., 559, che segnala

Per altro verso, parrebbe di dover fare i conti con un bene che – almeno per il modo in cui è comunemente inteso – viene prevalentemente ricostruito secondo un’ottica che, sublimandolo in un’entità di tipo metafisico-trascendente, gli conferisce un notevole potenziale retorico-evocativo cui viene, quasi istintivamente, associata una “connotazione emotiva favorevole”⁵: un bene il cui richiamo o invocazione,

come “sia il contenuto vago, sia la carica emozionale del *topos* della dignità recano, dunque, un rischio: che esso si presti con eccessiva precipitazione e soverchio automatismo a fungere da bene-ricettacolo delle reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti di fronte alle nuove e sorprendenti *chances* di intervento manipolativo consentite dall’evoluzione della genetica e delle biotecnologie”. All’effetto ‘placebo’ spesso ricollegabile agli interventi del legislatore penale sul fronte della difesa della dignità umana, vista come un *topos* rassicurante e, in fondo, de-responsabilizzante, possono ben adattarsi, sul versante della riflessione etico-filosofica, le osservazioni di A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. a cura di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, 247, a proposito della “paura di dovere fare delle scelte e di prendere delle decisioni in circostanze che mutano e sotto la propria responsabilità”: “cercando la giustificazione delle nostre azioni in principi immutabili al di fuori di noi stessi, noi cerchiamo di liberarci dal fardello delle responsabilità. Se c’è una legge indipendente dalle nostre scelte e dal nostro piacere, che ci viene data come eterna verità basata sulla volontà di Dio o su una conoscenza a priori della ragione e ci detta il ‘giusto’ modo di agire, allora noi, obbedendo a questa legge universale, siamo soltanto particelle obbedienti di un ordine cosmico e siamo sollevati da ogni responsabilità”.

⁵ F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in “Ragion Pratica”, 2008, n. 31, 366. Che sul piano della comunicazione pubblica (nel nostro caso, sul piano delle operazioni di *marketing* politico-criminale) il linguaggio della dignità sia dotato di maggiore *appeal* rispetto alla più modesta grammatica dei diritti, a motivo della sua più toccante e intensa carica emozionale cfr. anche G.J. AGICH, *Reflections on the Functions of Dignity in the Contest of Caring for Old Peaople*, in “Journal of Medicine and Philosophy”, 2007, 483 e ss.

proprio per queste ragioni, funziona come argomento *Knock-down* in grado di chiudere la discussione in partenza, sbarrando la strada a ogni ulteriore sforzo argomentativo volto a ridurre, nei limiti del possibile, l'indeterminatezza del suo contenuto fluttuante e inafferrabile, soprattutto in rapporto all'esigenza di concedere legittimo spazio a eventuali contro-interessi antagonisti. Un concetto cui si fa cioè frequente appello – nelle conversazioni morali ordinarie, nei documenti internazionali, nelle pratiche argomentative dei giudici (non solo nazionali), nel lessico dottrinale, nelle discussioni parlamentari e nella prassi legislativa corrente – nel ruolo di “*conversation stopper*”: cioè alla stregua di una “ragione escludente”⁶ “che risolve ogni questione e non tollera ulteriori discussioni”⁷, al prezzo di un opaco occultamento delle basi reali del disaccordo.

Se non lo si ritiene un accostamento troppo azzardato o irrispettoso, si potrebbe trasferire ai più opinabili e controversi modi d'uso del concetto di dignità come bene giuridico nel senso del diritto penale quanto un intellettuale ‘irregolare’ e fuori dagli schemi come FURIO JESI, nell'illuminante saggio intitolato *Cultura di destra*, Roma (1979), 2011, osservava a proposito delle parole d'ordine del pensiero politico della destra populista, se messe in (sorprendente) relazione con il linguaggio tipico degli *spot* pubblicitari o, addirittura, dei romanzi *rosa*. Ciò che li accomuna sarebbe l'appello seduttivo a quelle che Jesi chiama “parole senza idee”: formulazioni ‘numinose’ e ‘carezzevoli’ – ma in realtà fisse e stereotipate – che fanno presa con la potenza irresistibile della suggestione. Dove ciò che conta è l'adesione emotiva. O l'obbedienza. Insomma Parole Maiuscole che sono “generalmente valori sostitutivi: compensazioni di valori assenti o non percepiti”.

⁶ Per la distinzione tra «ragioni escludenti» e «ragioni contribuenti», le prime più vicine allo statuto applicativo delle vere e proprie «regole», le seconde più consone all'argomentare per «principi» cfr. J. RAZ, *Reason for Action, Decision and Norms*, in ID., *Practical Reasoning*, Oxford, 1978, 128 e ss.

⁷ J. SIMON, *Human dignitas a regulative instrument for human*

Così inteso, il bene dignità si rende agevolmente disponibile a funzionare come argomento-bavaglio “che uccide la discussione”⁸: nel senso che giocare la carta della dignità umana ha spesso l’effetto di rendere superflua, da un lato, la ricerca di più ponderate intese deliberativo-discorsive al tavolo delle decisioni politico-criminali; e, dall’altro, quello di potere risparmiare un supplemento di oneri argomentativi al giudice disposto ad assecondare acriticamente le scelte di tutela delle maggioranze parlamentari in questo campo.

Quasi sempre – e questo è il punto – con l’obiettivo (più o meno dichiarato) di rendere tale principio supremo immune alla logica del bilanciamento con altri eventuali contro-interessi concorrenti (o anche all’influenza di altre tecniche interpretative in grado di relativizzarne il profilo)⁹.

genomeresearch, in *Etica della ricerca biologica*, a cura di C.M. MAZZONI, Firenze, 2000, 41 e ss., che così ne sintetizza il possibile impiego a fini strategici. Già più di sessant’anni addietro B. MORRIS, *Dignity of Man*, in “Ethics”, vol. 57, n. 1, 1946, 57, osservava che “poche espressioni reclamano atti d’assenso e mettono fine all’analisi così prontamente come ‘la dignità dell’uomo’”.

⁸ Così W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in “Ars interpretandi”, 2007, 62

⁹ La caratteristica della non bilanciabilità con altri interessi costituzionalmente garantiti è il tratto saliente della dignità all’interno della tradizione costituzionale di matrice tedesca: “dalla sua collocazione al vertice del sistema di valori delineato dal *Grundgesetz*, emerge una connotazione per così dire «assoluta» della dignità che la esclude per definizione da un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti” (M.E. GENNUSA, *La dignità umana e le sue anime. Spunti ricostruttivi alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in AA.VV.), fino al punto da far ritenere che “qualunque limitazione equivale a una sua violazione” (E. KLEIN, *Human Dignity in German Law*, in *The concept of human Dignity in Human Rights*

2. Dignità e bilanciamento

L'uso 'strategico' del diritto fondamentale alla dignità umana, come *lasciapassare* argomentativo che 'tappa la bocca'

Discourse, a cura di D. Kretzmer e E. Klein, 2002, 148). Espressiva del trattamento riservato dal costituzionalismo d'oltralpe a tale bene fondamentale la sentenza (BverfG, 1BvR 357/2005 vom 15.02.2006, Absatz-Nr. 124) con cui il tribunale costituzionale federale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del § 14, Abs.3 della Legge sulla Sicurezza Aerea (*Luftsicherheitsgesetz*) che, nel clima di panico globale seguito all'attacco terroristico alle torri gemelle, autorizzava le forze dell'aeronautica militare ad abbattere aereomezzi civili in volo nello spazio aereo tedesco in caso di dirottamento per scopi stragisti. Secondo le cadenze argomentative del ragionamento seguito dalla corte costituzionale tedesca, considerazioni utilitariste di sicurezza collettiva relative al presumibile maggior numero di vite umane da salvare tra i civili a terra non possono giustificare un sacrificio di vittime innocenti (i passeggeri e i membri dell'equipaggio), neanche quando le loro *chances* di sopravvivenza in vita fossero pressoché nulle. Lo impedirebbe appunto la dignità umana, come diritto costituzionale di ciascun individuo ad essere trattato sempre come fine e mai come mezzo, il quale esclude che "si possa fare dell'uomo un mero oggetto della volontà statale".

In sintesi, secondo la Corte federale il dovere dello Stato di proteggere la vita delle vittime potenziali di un attacco terrorista in conformità al disposto dell'art. 2.2 GG ("ogni persona ha diritto alla vita e all'integrità fisica") deve retrocedere di fronte al dovere categorico di rispettare la dignità umana dei passeggeri: "il modo in cui lo Stato avrebbe potuto disporre unilateralmente della vita delle persone a bordo dell'aereo avrebbe loro negato il rispetto dovuto per se stesso a ogni essere umano". Sulla sentenza in questione v. le osservazioni di A. De PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, e V. BALDINI, *Stato di prevenzione v. Stato costituzionale: un nuovo capitolo di una storia infinita*, entrambi in "www.associazionedeicostituzionalisti.it". Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel proclamare l'inviolabilità della

con la forza autoritativa di un principio indiscutibile per blindare decisioni politico-criminali dietro le quali, in realtà, possono spesso celarsi giudizi di valore altamente opinabili, è dunque una mossa cui sovente si ricorre per occultare la realtà del conflitto con altri possibili contro-interessi di pari rango costituzionale e superare la necessità di un loro bilanciamento in sede legislativa o giudiziaria.

In effetti, sul doppio versante della politica parlamentare dei beni giuridici e della concreta prassi applicativa, l'ancoraggio al valore-chiave della dignità umana equivale spesso a

dignità umana, sembrerebbe alludere a un 'valore supercostituzionale' concepito come matrice genetica di tutti gli altri diritti fondamentali con i quali non può entrare in bilanciamento (secondo le note esplicative del *Presidium* "la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali. Ne consegue, in particolare, che nessuno dei diritti sanciti dalla presente Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui"): per questa linea argomentativa v. A. SPATARO, *La carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2001, 629 e 642; sul punto v. anche P.F. GROSSI, *Dignità e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di M. SICLARI, Torino, 2003, 43 e ss. Anche se, accanto alla lettura che attribuisce al valore dignità prevalenza su tutti gli altri, convive una diversa impostazione che colloca i sei valori protetti dalla Carta (dignità, libertà uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia) in un rapporto di equiordinazione gerarchica, con la conseguenza che sarebbe affidato alla singola decisione del giudice il compito di stabilire di volta in volta come, secondo quali punti di equilibrio variabili, essi vadano bilanciati: in tal senso cfr. G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in "Rassegna di diritto pubblico europeo", 2002, 40-1.

servirsi di un comodo “ascensore retorico”¹⁰ per trasferire ai piani più alti della gerarchia delle fonti un’ eterogeneo campionario di interessi più specifici non di rado privi di univoca, sicura e incontrovertibile base costituzionale. Non è da escludere, cioè, uno sfruttamento opportunistico della dignità umana come clausola generale di copertura con funzioni di convalida *ex post*: nel senso che la relativa garanzia costituzionale non di rado si presta senza troppe difficoltà, ad essere utilizzata, secondo una logica ‘fondazionalista’, come ‘supplemento d’anima’ per rivestire in panni nobili scelte di tutela che – ad un livello inferiore di generalità e astrattezza – apparirebbero in realtà fondate su interessi concreti meno incontrovertibili sotto il profilo del consenso etico-politico ad essi tributabile¹¹. La rappresentazione idealizzata degli interessi realmente protetti attuata grazie alla mediazione retorica offerta dal bene-contenitore della dignità umana può perciò costituire, in molti casi, il frutto di strategie comunicative insufficienti o ingannevoli che “dissimulano i reali argomenti in campo, dietro il paravento di altri argomenti che appaiono o sono, nell’ambito della discussione pubblica più plausibili, ragionevoli o di maggior successo (...): ragioni che, se esplicitate, sarebbero facilmente rigettate dall’uditorio di riferimento”¹². Al punto che potrebbe in alcuni casi non

¹⁰ BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 38.

¹¹ Lo sottolinea anche C. MCCRUDDEN, *Human dignity in Human Rights Interpretation*, in “European Journal of International Law”, 19, 2008, 675, secondo cui la clausola della dignità opera soprattutto come espediente ‘metalinguistico’ cui si ricorre per mancanza di accordo nel discorso sui diritti umani da tutelare (“a place holder for the absence of agreement”).

¹² Così G. MANIACI, *La force du pire argument. La rhétorique paternaliste dans l’argumentation morale et juridique*, di prossima pubblicazione in “Revue des droits de l’homme”, 2011, 2 e ss., il

essere molto lontano dalla realtà il perentorio monito di Carl Schmitt riportato in epigrafe secondo cui non di rado “chi dice umanità cerca di ingannarti”¹³.

Da questo punto di vista, le reali condizioni d’uso di tale concetto sul piano della prassi politico-criminale di fatto vigente potrebbero mettere allo scoperto la presenza di un nucleo fortemente metaforico e allusivo nell’idea di dignità umana come bene penalmente rilevante: nel senso che, sul terreno delle tecniche penalistiche di tutela, può acquistare risalto ancora maggiore il rilievo di chi, dal versante della speculazione teorica generale, ritiene che “l’attribuzione di dignità non aggiunge nulla di sostanziale all’attribuzione di diritti”¹⁴ o di chi osserva che “parlare di dignità umana è un modo per *esprimere* un insieme di problemi morali, piut-

quale, nelle affermazioni che reputano una determinata condotta contraria alla dignità umana o al bene comune, ravvisa spesso una “modalità argomentativa insufficiente, oltre che molto spesso ideologica”: “nella misura in cui viene specificato in che cosa consiste la “dignità dell’uomo” o il “bene comune”, l’argomento utilizzato si rivela o affetto da una *petitio principii*, oppure è riconducibile ad un altro argomento, cioè un argomento teologico, utilitarista/collettivista, perfezionista, ecc.”. Sul punto v. anche ID., *Contro il paternalismo giuridico*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 2011, n. 1, 133 e ss. Sul piano della ragione pubblica, l’uso in chiave ‘assolutista’ di un argomento ad altissimo tasso di indeterminazione come quello che fa leva sulla dignità umana si rivela, il più delle volte, una manovra razionalmente insoddisfacente (quando non addirittura una manovra più o meno intenzionalmente depistante o confusiva) perché, essendo solitamente ‘parassitario’ rispetto ad altri argomenti soggiacenti, impedisce di discutere l’argomento che resta nascosto.

¹³ *Le categorie del politico*, trad. it. a cura di P. Schiera, Bologna 1998, 139.

¹⁴ A. GEWIRTH, *The Epistemology of the Human Rights*, in “Social Philosophy and Policy”, vol.I, 1984, 1-24.

tosto che una tecnica per *risolverli*”¹⁵. Non è da escludere, in altri termini, che la dignità possa agire nell’esperienza penalistica come “un vago parametro di sostituzione che opera di fronte all’assenza di concettualizzazione dei diritti umani” candidati alla tutela penale¹⁶.

¹⁵ D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value*, in “Public Law”, 1999, 688 (traduzione e corsivinostris). L’esigenza segnalata dall’autore è quella di verificare se la clausola generale della dignità umana, lungi dal rappresentare una mera abbreviazione semantica per la raccolta di una serie aperta e indeterminata di più specifici diritti umani fondamentali (o presuntivamente reputati come tali in base a morali soggettive), aggiunga qualcosa in più rispetto alle ordinarie tecniche di protezione dei diritti della persona ad essa soggiacenti.

¹⁶ Così J. HABERMAS, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de lo derechos humanos*, in “Diánoia”, vol. LV, n. 64, 2010, 3-25, il quale, in senso contrario, sostiene la tesi teorica più generale secondo cui è sempre esistito un vincolo concettuale *interno* tra la nozione morale di dignità umana e la concezione giuridica dei diritti umani: contro posizioni scettiche e strategie deflazioniste, il noto filosofo della politica, di fronte alla domanda “se la ‘dignità umana’ è un concetto normativo fondamentale e sostanziale, a partire dal quale i diritti umani possono essere dedotti mediante la specificazione delle condizioni in cui sono vulnerati, o se, al contrario, si tratta di un’espressione che si limita semplicemente a fornire una formulazione vuota che riassume un catalogo di diritti umani non relazionati tra loro”, ritiene che “la ‘dignità umana non è unicamente un’espressione classificatoria, come se si trattasse di un parametro di sostituzione vuoto che raggruppa una molteplicità di fenomeni differenti”, ma che “al contrario, costituisce la ‘fonte’ morale dalla quale tutti i diritti fondamentali derivano il loro sostegno”. Attraverso “l’intuizione soggiacente dell’umiliazione”, la dignità umana disimpegna la “funzione creativa” di un “sismografo che registra ciò che è costitutivo di un ordine legale democratico”, nel senso che “*la dignidad humana configura el portal a través del qual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho*”. Insomma, l’idea di dignità umana è “il

Tutto ciò al preciso scopo di rendere i reali interessi protetti impermeabili al confronto con la costellazione degli altri beni costituzionali in gioco e ai connessi impegni argomentativi che tale confronto esigerebbe (i c.d. “oneri del giudizio” di cui parla Rawls), secondo il dispotico (e poco sportivo) principio per cui *the winner take all*. Anzi, viene il sospetto che sia proprio la consapevolezza di questa possibile interferenza a suggerire di alloggiare obiettivi contingenti di tutela sotto il generoso e capiente ombrello della dignità umana, immancabilmente concepita come *preferred position* da proteggere in modo incondizionato e “indefettibile”¹⁷.

Né, del resto, l’uso simbolico-espressivo di macro-oggetti di tutela in larga parte privi di autonoma consistenza ma politicamente molto redditizi proprio allo scopo di aggirare la necessità del bilanciamento, non è una caratteristica esclusiva del discorso penalistico sulla dignità umana: una analoga linea di tendenza si riscontra anche in altri settori, dove si registra la spinta crescente a stilizzare a definito e plausibile bene giuridico nel senso del diritto penale entità poco afferrabili che, come la dignità, mescolano, in un impasto inestricabile, componenti emozionali a elementi

ponete concettuale che collega la morale del rispetto egualitario di ogni persona con il diritto *positivo* e con il processo di legislazione democratica”. Quel che resta in ombra è che tra l’ideale morale del rispetto egualitario per tutti e la forma legale dei diritti umani “tradotti in termini concreti dalla legislazione democratica o specificati, caso per caso, nelle decisioni giudiziali” spalanca davanti a sé una pluralità di opzioni ricostruttive potenzialmente illimitata.

¹⁷ Sull’implausibilità dell’ideale dell’“indefettibilità” v. B. CELANO, ‘Defesibility’ e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, in “Ragion pratica”, 2002, fasc. 18, 223 e ss. Sul ruolo svolto dalla defettibilità nella teoria del ragionamento giuridico v. da ultimo P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXXVIII, n. 2, 2008, 471.

oggettivi non sempre suffragati da ragioni empiricamente convalidabili: si allude al sempre più enfatizzato bene *sicurezza*, un bene di portata omnicomprensiva con un contenuto per molti versi fantasmatico e apparente coincidente col generico rispetto dell'ordinamento penale vigente nel suo complesso, vieppiù declinato, nell'attuale prassi politico-parlamentare, in chiave "securitaria" (o autoritaria) e insistentemente presentato come briscola vincente capace di imporsi anche qui su ogni altro argomento o considerazione confliggente¹⁸.

¹⁸ Per una panoramica a tutto tondo sul riemergente 'diritto penale della sicurezza', non esente da forti intonazioni critiche mosse in nome di un'appassionata difesa della concezione costituzionale dell'illecito penale v. di recente W. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in "Critica del diritto", 2008, 15. Nella dottrina penalistica italiana cfr. sul punto G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in "Foro italiano", V, 2011, 8 (che assegna alla scienza penalistica il difficile compito di «procedere all'elaborazione di paradigmi e principi volti a implementare un nuovo e potenziato diritto penale della sicurezza, adeguato alle aspettative diffuse in questo momento storico, ma tutto ciò pur sempre nel rispetto di limiti o barriere invalicabili (di matrice liberale) a difesa dei diritti fondamentali. Insomma, si riprospetta – sia pure in termini riveduti e aggiornati – un'esigenza ineludibile di bilanciamento tra esigenze e valori concorrenti, in modo che una rafforzata e ammodernata protezione della sicurezza collettiva non si spinga sino al punto di trasformare la democrazia liberale in fortezza blindata (...). Sicché il punto davvero decisivo è e rimane quello del bilanciamento: come porre in accettabile equilibrio sicurezza e diritti?»), e D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2009, 547 e ss. Nella letteratura teorico-generale, per l'idea che concepisce invece i diritti come assoluti costituzionali preventivamente sottratti al gioco dei bilanciamenti con le ragioni della sicurezza cfr., di recente, J. WALDRON, *Torture, terror and Trade-off. Philosophy for the White House*, Oxford University Press,

Insomma, la mossa di trincerarsi, sia in sede di deliberazione parlamentare che di applicazione giudiziale, dietro una ragione giuridica ‘potente’, come quella che fa appello al valore ‘unanimista’ della dignità dell’uomo in una delle sue molteplici (e quasi sempre ‘discutibili’) proiezioni, può spesso assomigliare a una “retorica dell’enunciazione”¹⁹ dietro cui si cela, in realtà, una tattica di insabbiamento per ‘mettere in

Oxford, 2010, 547 (soprattutto il saggio intitolato *Security and Liberty. The Image of the balance*), il quale perviene a tale conclusione – oltre che col richiamo all’immagine un po’ abusata dei diritti come carte sempre vincenti destinate a prevalere su considerazioni di utilità sociale – in base al duplice rilievo per cui, per un verso, le misure securitarie hanno di solito una portata solo simbolica (sono volte a dare l’illusione che i poteri pubblici “stanno facendo qualcosa”); e per altro verso, che per sacrificare i diritti dovremmo avere l’assoluta certezza (o un’elevata probabilità) che tale sacrificio sia fruttuoso, ossia che la sicurezza verrà di fatto incrementata. Di contrario avviso A. PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010, 126, per la quale «la sicurezza, per quanto in parte genuinamente riconducibile all’effettività e alla protezione del godimento dei diritti (ossia all’anzidetta “sicurezza dei diritti”), non può essere interamente ridotta a questo, ma ha un’eccedenza di contenuto. Questo contenuto eccedente non è però ricostruibile come un diritto soggettivo autonomo e ulteriore rispetto ai diritti già noti (un “diritto di sicurezza”), ma è piuttosto qualificabile come un *interesse generale* o un *bene collettivo*. Bene o interesse e non diritto, ma non per questo meno nobile e meno importante dei diritti dei singoli, coi quali si intreccia e va costantemente contemperato». Per un possibile modello di bilanciamento tra offensività e sicurezza pubblica cfr., volendo, A. TESAURO, *Corte costituzionale e sorveglianza speciale: una breve analisi filosofico-giuridica tra uguaglianza e ragionevolezza*, in “Giurisprudenza Costituzionale”, 2010, 5259 e ss.

¹⁹ E. DICIOTTI, B. PASTORE, *Presentazione a Il futuro dei diritti: proliferazione o minimalismo?*, in “Ragion pratica”, n. 31, 2008, 375.

quarantena' la tecnica argomentativa del bilanciamento e i suoi annessi teorici: ossia, la ricerca di regole generali e astratte di compatibilità tra la dignità e gli altri diritti o principi coinvolti; e la conseguente possibile «dissociazione» di tipologie casistiche (i c.d. «casi generici» o «paradigmatici») in grado di aprire una deroga all'interno della fattispecie posta a presidio del super-principio invocato²⁰.

Come abbiamo già avuto occasione di segnalare in altra sede²¹, il bilanciamento, almeno per come è stato configurato in sede di riflessione teorico-generale, è una tecnica argomentativa di risoluzione dei conflitti fra diritti, principi,

²⁰ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, cit., 62, secondo cui l'atteggiamento di "chi si limita a enunciare diligentemente il principio della dignità umana, e poi a derivarne il risultato da essa" rende del tutto superfluo uno "sguardo attento alle circostanze del caso, alla costellazione casistica che deve essere valutata": "il principio della dignità umana ha già parlato e sistemato tutto. Il risultato è un'argomentazione che non fa progressi in relazione a un problema giuridico, perché sostituisce l'attenzione al problema con la violenza". Sulla stessa linea G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit., 559, il quale segnala che "un ulteriore possibile inconveniente dell'uso del concetto in questione è che esso può funzionare, proprio per il particolare peso del valore che vi è sotteso (una sorta di 'asso di briscola'), come uno stratagemma per interrompere e bloccare una discussione che potrebbe teoricamente invece continuare, impedendo così un processo di approfondimento argomentativo attento alle peculiarità delle diverse costellazioni di casi concreti".

²¹ Ci sia consentito rinviare a A. TESAURO, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2004, 1083; e *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2009, 143, e letteratura *ivi* citata.

interessi o interessi diversi che si conclude con la formulazione di apposite «leggi di collisione» tramite le quali il legislatore o i giudici (costituzionali o ordinari) fissano le condizioni generali e astratte in presenza delle quali un principio, un diritto, un interesse o un valore costituzionale può prevalere su un altro²². Più precisamente, in mancanza di bilanciamenti legislativi direttamente operanti sul terreno del fatto tipico, toccherebbe alle corti il compito di formulare una ‘regola di compatibilità’ fra gli interessi in conflitto basata sulla generalizzazione di ulteriori proprietà rilevanti estranee al testo dell’enunciato legislativo e selezionate in rapporto a specifiche tipologie casistiche da sottrarre all’area dei comportamenti punibili²³.

La linea di tendenza a più riprese riemergente nella prassi legislativa e giudiziaria sembra, invece, andare spesso nella direzione di una ipervalorizzazione politico-criminale e interpretativo-applicativa del bene dignità, visto come una categoria rassicurante, ‘quietista’ e, in fondo, deresponsabilizzante, come un Universale Assoluto che esonera da ogni possibile sforzo di concretizzazione-relativizzazione condotto in rapporto alla costellazione dei diversi interessi in gioco e alle correlative diverse tipologie casistiche prospettabili in concreto²⁴.

²² Per tutti R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, 75 e ss.

²³ Più in particolare, l’individuazione di ulteriori ‘proprietà differenziatrici’ legalmente non previste, operata con l’obiettivo di distinguere all’interno della fattispecie tra *tipi di casi* punibili e non punibili, costituisce il risultato di una *ridescrizione* in chiave universalistico-generalizzante del caso concreto prospettato in giudizio.

²⁴ “È per questa ragione che, lungi dall’utilizzare il *topos* della dignità come *passé partout* buono per risolvere quasi ogni situazione applicativa, appare più corretto un lungo e paziente lavoro argomentativo

In proposito si può fin d'ora osservare che, forse proprio perché, ad una considerazione più realistica, si tratta di un bene giuridico che, di per sé, si presenta in larga parte privo di un'effettiva vincolatività in astratto, la dignità sembra esibire una sua strutturale, costitutiva, inclinazione 'casistica': nel senso che – come è stato esattamente osservato – mancando una idea razionale-stabile-uniforme di dignità umana come dato preconstituito accessibile *ex ante*, i suoi contenuti si colgono meglio sul piano 'esistenziale' delle singole violazioni ad essa concretamente arrecabili, piuttosto che sul piano della definizione concettuale astratta²⁵. Il che non può che confermare la necessità – quando si pretende di calare l'*asso piglia tutto* della dignità umana – di ricorrere al ragionamento particolaristico per casi paradigmatici tipico del bilanciamento. Insomma, “parlare della dignità senza fare riferimento ai casi umani concreti è forse permesso solo ai teologi e ai filosofi, ma non ai giuristi (...). La dignità è quindi impensabile e giuridicamente inafferrabile senza il richiamo alla ragionevolezza del caso”²⁶.

orientato secondo le particolarità delle diverse situazioni concrete: non esiste in questo senso un concetto di dignità 'predato' all'interprete che valuta i casi; il suo contenuto si determina e si specifica a diretto contatto con le singole fattispecie”: G. FIANDACA, cit., 559.

²⁵ Cfr. sul punto F. SCHAUER, *Speaking of Dignity*, in *The Constitution of rights: Human dignity and American Value*, 1992, 178 e ss (M.J. Meyer, W.A. Parent eds.) e O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in “American Journal of International Law”, n.77, 1983, 848, il quale nota che una violazione della dignità umana può essere più facilmente riconosciuta in situazioni concrete anche se il termine astratto non può essere definito.

²⁶ J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo nel sapere giuridico*, a cura di A. Cerri, O. Pfersmann, vol II, Roma, 2007, 185.

2.2 (segue) Due esemplificazioni giurisprudenziali

Sintomatica della ricorrente tendenza a spendere nell'arena penalistica l'argomento della dignità umana come un 'assoluto costituzionale' cieco rispetto al necessario confronto con le tipologie casistiche generate dal bilanciamento con gli altri interessi in campo è la vicenda relativa alle opzioni incriminatrici del legislatore nostrano in materia di fecondazione assistita: una normativa che, in nome di un certo paternalismo bioetico – e non senza scontare il peso di pregiudiziali valutative di stampo «neo-confessionale»²⁷ – si caratterizza, ad avviso prevalente dei commentatori, per avere accordato una protezione 'a senso unico' al bene embrione, concepito appunto come specifica emanazione dell'*atout* intoccabile «dignità della persona umana» di cui agli art. 2 e 3 Cost.: e, per questa sola ragione, reputato in sede legislativa come capace di

²⁷ All'uso 'militante' della dignità umana da parte delle gerarchie ecclesiastiche, quale fonte di nuovi diritti (e correlative richieste di tutela) da fare valere nel dibattito pubblico, può adattarsi quanto osserva, sul piano più generale delle discussioni sui diritti e sulla loro origine, M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008, 170, secondo cui “ tutto quello che può dirsi sul nesso diritti-religione va nella direzione opposta ai tentativi odierni della Chiesa di appropriarsi del tema dei diritti: virandolo in una direzione personalistica e favorevole a società intermedie come la famiglia più o meno «naturale». Si sta verificando, a questo proposito, il fenomeno opposto alla nota metamorfosi degli dèi delle vecchie religioni nei démoni della successiva; dell'appropriazione cattolica di questo tema, al contrario, si potrebbe dire che i démoni della Chiesa preconciliare – i diritti – stanno diventando gli dèi di quella postconciliare. Questo non deve fare dimenticare, peraltro, che sino a tempi recenti i diritti sono stati valori esclusivamente laici: invocati non insieme, ma in concorrenza con i valori religiosi”.

imporsi, *senza se e senza ma*, sui contro-interessi rivali della libertà di ricerca scientifica di cui all'art. 33 Cost., della salute come fondamentale diritto dell'individuo di cui all'art. 32 Cost., e della maternità di cui all'art. 31 Cost. Emblematica è, al riguardo, la fattispecie che impone il divieto di produzione e crioconservazione di un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto e comunque non superiore a tre, di cui all'art. 14, primo e secondo comma della legge n. 40 del 2004, e il correlativo obbligo del loro immediato trasferimento in utero di cui al terzo comma dello stesso articolo. Di fronte a una scelta di tutela categorica e incondizionata del bene "dignità della generazione umana" – peraltro attuata 'a colpi di maggioranza', senza cioè fare ricorso a procedure deliberative basate sullo scambio pubblico di ragioni – è poi toccato alla Corte Costituzionale procedere al bilanciamento tra il bene dignità (dell'embrione) e il bene salute (della aspirante gestante), attraverso la formulazione di una regola generale di composizione del conflitto basata sulla proprietà aggiuntiva della pericolosità in concreto del trattamento per la paziente che vi si deve sottoporre: col risultato finale di incrementare i presupposti della punibilità e, correlativamente, di introdurre una «clausola di eccezione» non prevista a livello testuale²⁸.

²⁸ Corte Cost., sentenza 1 aprile 2009, n. 151, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 2009, 928, con nota di DOLCINI, *Embrioni nel numero "strettamente necessario": il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, secondo cui "è costituzionalmente illegittimo l'art. 14 comma 2 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». La norma comporta la necessità di moltiplicare i cicli di fecondazione, poiché non sempre i

Non è però sempre così che vanno le cose: non mancano infatti pronunce del giudice delle leggi che, all'opposto, si mostrano propense a patrocinare un uso

tre embrioni sono in grado di dar luogo a una gravidanza. Ciò determina sia l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie collegate all'iperstimolazione ovarica, sia, nei casi in cui siano maggiori le possibilità di attecchimento, un pregiudizio diverso per la salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime. La previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo sia della ragionevolezza che dell'uguaglianza, poiché il legislatore riserva lo stesso trattamento a situazioni dissimili, e con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna ed eventualmente del feto, ad esso connesso. È costituzionalmente illegittimo l'art. 14 comma 3 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. La caducazione dell'art. 14 comma 2, pur mantenendo fermo il principio per cui non devono essere creati embrioni in numero superiore a quello necessario, secondo accertamenti demandati al medico, nella fattispecie concreta, esclude, però, l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e il numero massimo di embrioni da impiantare: ciò introduce una deroga al generale divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dello stesso art. 14, con conseguente necessità del ricorso alla tecnica del congelamento degli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica". Sulla stessa linea si può qui utilmente richiamare l'impegnativa presa di posizione del Tribunale costituzionale tedesco BVerfGE 30, 1 (25) che, sia pure con riferimento alla materia delle intercettazioni, ha affermato su un piano più generale che "per quanto riguarda il principio della inviolabilità della dignità della persona menzionato nell'art. 1 L.F., tutto dipende dalla considerazione delle circostanze in presenza delle quali può essere violata la dignità umana. Evidentemente non è possibile dare una risposta generale, dovendosi sempre tenere conto del caso concreto".

‘anti-argomentativo’ del bene dignità visto come ‘generatore simbolico di tutti i valori’.

In alcune occasioni, infatti, la Corte costituzionale, proprio per evitare di impegnarsi nella procedura argomentativa razionale del bilanciamento con gli altri principi e diritti in campo (o in ancora più invasive pronunce di annullamento totale), ha optato per una ridefinizione ermeneutica in termini di dignità umana del più circoscritto bene specificamente protetto dalla fattispecie denunciata, con l’obiettivo di decretarne il salvataggio integrale. Espressiva di una simile tendenza all’astrazione generalizzatrice del bene concretamente tutelato in chiave di dignità umana, allo scopo evidente di sfruttarne tutto il suo potenziale ‘tirannico’, è, per esempio, la sentenza con cui il giudice costituzionale ha dichiarato non fondata, con riferimento agli art. 3, 21 e 25 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 15 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 (*Disposizioni sulla stampa*). Tale norma, nel sanzionare penalmente, ai sensi dell’art. 528 c.p., l’utilizzazione di immagini televisive o di «stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da potere turbare il comune sentimento della morale e l’ordine familiare o da potere provocare il diffondersi di suicidi o delitti», lederebbe, secondo i giudici remittenti, il principio di tassatività-determinatezza, il diritto alla libera manifestazione del pensiero, e il principio di ragionevolezza-uguaglianza. Orbene, ad avviso della Corte, “solo quando la soglia dell’attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalla pubblicazione di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall’intera comunità, scatta la reazione dell’ordinamento. (...). Non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale,

poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana. La descrizione dell'elemento materiale del fatto di reato, indubbiamente caratterizzato dal riferimento a concetti elastici, trova nella tutela della dignità umana il suo limite, sì che appare escluso il pericolo di arbitrarie dilatazioni della fattispecie, risultando quindi infondate le censure di genericità e indeterminatezza" (*sic!*). In base alle suddette premesse, la Corte conclude nel senso di ritenere che "quello della dignità della persona umana è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale. Nella stessa chiave interpretativa si dissolvono i dubbi sul fondamento della previsione incriminatrice. Onde non v'è lesione degli artt. 3, 21 e 25 Cost."²⁹.

Ecco che, anche dinanzi ai tribunali costituzionali, il generico e indifferenziato appello al bene *flou* della dignità, concepita come astratto e omnicomprensivo "valore pre-esistente"³⁰ indisponibile al bilanciamento (oltre che ricostruibile, almeno a detta della Corte, in modo tendenzialmente univoco e intersoggettivamente controllabile), può mettersi al servizio di operazioni di legittimazione di norme incriminatrici costituzionalmente dubbie per contrasto con altri principi o diritti fondamentali.

Detto per inciso: a volere evitare una declaratoria secca di incostituzionalità della fattispecie per contrasto con il

²⁹ Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in "Giurisprudenza costituzionale", 2000, 2239, con nota di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*.

³⁰ Per la più tradizionale concezione di stampo giusnaturalista che intende la dignità umana come entità pre-data cfr. G. DURIG, *Der Grundrechts-satz von der Menschenwürde*, in "Archivdes öffentlichen Rechts", 1956, 117 e ss.

principio di determinatezza (più empirico-fattuale che linguistica, sulla falsariga della nota sentenza sul plagio) o con il diritto fondamentale alla libertà di espressione, un possibile modello di bilanciamento volto a mettere, come si dice, ‘in equilibrio riflessivo’ i diversi interessi in causa avrebbe potuto fare leva sul requisito dell’interesse collettivo alla conoscenza di fatti non documentabili o rappresentabili se non in modo scioccante, sconcertante, sconvolgente

3. *La dignità come ‘bene complesso’ ricostruibile ex post*

Da quanto detto fin qui, sembra dunque emergere questa prima conclusione: la dignità umana, quando viene interpretata da giudici e legislatori in chiave idealistico-emozionale alla stregua di un’imprecisata e intangibile entità concettuale astratta da preservare a tutta oltranza, si presta ad assumere facilmente i tratti di un “diritto insaziabile”³¹: un bene «onnivoro» che, per essere solitamente presentato sotto le vesti di un «assoluto non bilanciabile», è per sua conaturata vocazione ‘egemonica’ portato a divorare *per intero senza eccezioni* lo spazio conteso con altri eventuali diritti o principi concorrenti.

Una prassi giuridico-penale della dignità umana non di rado incline a concepire il bene in questione in chiave ‘newtoniana’, come un *totem* assoluto che si presume di poter lasciare agire da solo in uno spazio morale vuoto³² finisce così per affidarsi interamente ad una “sensibilità per l’umano” con una spontanea e immediata “vocazione alla

³¹ Prendo a prestito l’efficace espressione di A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, ora in *Democrazia e diritti. Settestudianalitici*, cit., 83.

³² A. LARMOR, *On the limits of rights*, in “Law & Philosophy”, 1997, 7.

positività”³³: apprendo in tal modo la strada a forme di tutela penale della dimensione esistenziale della persona umana costruite su basi intuitive o ‘ispirazionali’, che si autogiustificano da sé in base a premesse di diritto naturale più percepite impressionisticamente che discusse criticamente alla luce degli altri interessi coinvolti.

La ‘faccia in ombra’ dei controversi rapporti tra democrazia penale e dignità umana lascia così emergere il ricorso, spesso disinvolto, a un repertorio aperto, eterogeneo e instabile di ‘diritti prepolitici della persona umana’ considerati come inalienabili e indisponibili proprio perché aprioristicamente concepiti, con gli ‘occhiali rosa’ del ‘giusto per natura’, come specifiche gemmazioni del *quod decet hominum*³⁴.

Più precisamente, il rischio di una gestione politica (o giurisprudenziale) del bene dignità come ‘sostituto dell’argomentazione’ – come un *master of system* preventivamente sottratto al gioco delle interazioni con la rete degli

³³ S. AMATO, *Difesa innaturale del diritto naturale. Un tema, qualche chiarimento e un esempio*, in *Ragione pubblica e separazione tra diritto e morale*, a cura di G. Maniaci, G. Pino e A. Schiavello, Palermo, 2009, 11.

³⁴ Come segnala M. IGNATIEFF, *Diritti umani come idolatria*, in *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, 56, nel quadro di una strategia pragmaticamente orientata in senso minimalista che mira dichiaratamente a contenere le spinte inflazionistiche di una nozione confusa e controversa come quella di dignità, che gli esseri umani abbiano una “dignità innata o naturale”, che siano dotati di un “valore naturale e intrinseco” sono affermazioni che “confondono ciò che è con ciò che deve essere”. Per la c.d. *concezione dignitaria dei diritti umani individuali* (anche di quelli penalmente tutelabili) che, nel quadro di una visione razionalistica di chiara matrice kantiana, concepisce la dignità in chiave deontologica, nel senso che “i diritti conseguono dal dovere di rispettare l’umanità di sé e degli altri”, cfr. da ultimo U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari, 2009, 32 e ss.

altri interessi messi ‘sotto *stress*’ dalla fattispecie incriminatrice – è quello di una più che probabile “deriva dei contenuti”³⁵: il rischio cioè di una proliferazione incontrollata di oggetti di tutela potenzialmente riconducibili al lessico della dignità umana, spesso non esente da enfattizzazioni di comodo o banalizzazioni al ribasso³⁶; e quello, non meno preoccupante, di una determinazione degli assetti di tutela irrimediabilmente viziata da ‘sovra-inclusione’ di casi (generici, cioè di tipologie casistiche, di fattispecie astratte). Svelandone così il suo più inquietante “lato oscuro”³⁷.

In questa prospettiva, il bene dignità, oltre ad essere inflazionisticamente rivendicato, in base a progressivi arricchimenti semantici non sempre ben sorvegliati, per legittimare fattispecie incriminatrici molto eterogenee e distanti fra loro (alcune delle quali fortemente compromesse con il *coté* ideologico del paternalismo penale)³⁸ – dal caso

³⁵ Lo segnalano tra gli altri, nell’ambito del dibattito bio-etico, J.D. RENDTORFF–P. KEMP, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. I, *Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, Copenhagen-Barcelona, 2000.

³⁶ Per l’idea che la dignità umana, quando viene invocata per fornire giustificazione al rispetto dovuto agli esseri umani, oscilla schizofrenicamente fra il “sentimentalismo” del “kitsch morale” e la tendenza sacralizzante alla “deificazione” cfr. A. MARGALIT, *La dignità umana tra kitsch e deificazione*, in “Ragion Pratica”, 2005, n. 25, 507 e ss.

³⁷ O. O’NEILL, *The Dark side of Human Rights*, in “International Affairs”, 81, 2005, 427 e ss.

³⁸ Cfr. sul punto G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e ‘post-secolarismo’*, cit., 559, il quale, premesso che “la vaghezza del concetto fa sì che esso si presti a essere duttilmente riferito a situazioni applicative anche molto differenti e distanti tra loro – ad esempio, dall’accompagnamento di un detenuto in uniforme da carcerato all’udienza pubblica alla clonazione umana, con in mezzo un’infinità di casi intermedi”, nell’alternativa fra

del manichino giustiziato sulla sedia elettrica (considerato come un atto lesivo della dignità umana e incriminato in base alla fattispecie degli atti contrari alla pubblica decenza)³⁹ al divieto di commercializzazione di gameti ed embrioni o di maternità surrogata, dalla clonazione umana alla mera detenzione di materiale pornografico minorile (anche virtuale), dalla riduzione in schiavitù allo sfruttamento della prostituzione, dalla tortura alla propaganda a favore della discriminazione razziale, dalle mutilazioni (consensuali e non patogene) di organi genitali femminili alle percosse o lesioni *sadomaso* fra adulti consenzienti, dalle fattispecie a tutela della reputazione individuale a quelle poste a presidio della moralità pubblica – viene di solito astrattamente ricostruito, secondo le cadenze assolutistiche e ipostatizzanti tipiche dell’oggettivismo e del cognitivismo etico, come ‘una strana entità esistente là fuori nel mondo’. Come se la dignità umana fosse una verità morale che avanza – come si dice – una “pretesa di oggettività” (*a claim of objectivity*); come se fosse, cioè, un “universale naturale” di per sé autoevidente, un argomento valido sotto ogni condizione (in ogni circostanza e di fronte a qualsiasi argomento contrario), uno *standard* oggettivo *ipso iure* sempre in grado di disegnare attorno a sé una barriera magica di intangibilità, uno spazio di “indecidibilità normativa”⁴⁰ preventivamente sottratto alle negoziazioni

proliferazione e minimalismo, raccomanda di opporre, a “questo uso opportunistico e inflattivo – una sorta di tirannia della dignità”, “un uso molto parsimonioso, circoscritto cioè alle costellazioni estreme di casi”.

³⁹ *La Repubblica* 23 luglio 2008, con commento di F. MERLO, *Quando l'orrore diventa spettacolo*.

⁴⁰ L’idea dell’«indecidibile normativo» come recinto sacro che abbraccia l’intero arco dei diritti fondamentali è sostenuta da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in “Teoria politica”, 2, 1988, 15 e ora

parlamentari, così come alle “risignificazioni” operate in sede interpretativo-applicativa⁴¹: qualcosa di “così essenziale e reale, di così nascosto in bella vista sotto gli occhi di tutti”⁴², da richiedere il compimento di mere operazioni di «rinvenimento del valore»⁴³. Il profitto ideologico di simili operazioni

ribadita in *Principia juris: teoria del diritto e della democrazia*, Roma, 2007, par. 11.18, 12.1 e 12.6.

⁴¹ La quota di idealismo metafisico giusnaturalista che si nasconde dietro un trattamento penalistico del bene dignità solidale con la prospettiva meta-etica del “realismo ontologico”, e per questo solitamente incline a concepirlo come un *a priori* sottratto al principio del discorso, si mostrerebbe sotto questo profilo refrattaria al gioco delle c.d. “iterazioni democratiche”, concetto di recente proposto da S. BENHABIB, *Cittadini globali. Cosmopolitismo e democrazia*, (ed. or. 2006), Bologna, 2008, trad. it. a cura di Valeria Ottonelli, 64 e ss. La studiosa di scienza politica, sul presupposto di filosofia del linguaggio per cui “nel ripetere un termine o un concetto, noi non produciamo mai semplicemente una replica dell’uso originale o del suo significato inteso” perché “in realtà ogni iterazione è una forma di variazione”, sottolinea come, nell’esperienza giuridica, “ciascuna iterazione implica un’attribuzione di senso all’originale in un contesto nuovo e diverso. L’antecedente acquista una nuova posizione e un nuovo significato attraverso usi e riferimenti successivi”. In questa ottica, “le iterazioni democratiche costituiscono ripetizioni linguistiche, giuridiche, culturali e politiche in trasformazione, richiami che sono anche *revoche*”. Si tratterebbe cioè di “processi giusgenerativi” nel corso dei quali “un popolo che si considera vincolato a certe norme e principi guida, intraprende azioni iterative riappropriandosene e reinterpretandole” attraverso “interventi creativi che mediano tra le norme universali e la volontà delle maggioranze democratiche (...) attraverso il dibattito, la contestazione, la revisione e il rifiuto”.

⁴² D.F. WALLACE, *Questa è l’acqua*, Torino, 2009.

⁴³ Come sottolinea N. HOERSTER, *Zur Beteadung des Prinzips der Menschenwürde*, in “Juristische Schulung”, 1983, 93 e ss., la dignità non è “ein vorgegebenes erkennbares Etwas, überdassichobjektiv

è evidente: fare della dignità umana l'impossibile oggetto di uno sguardo neutrale-innocente 'da nessun luogo'.

Le cose, con buona probabilità, stanno molto diversamente: nel senso che, fuori da "costellazioni casistiche estreme"⁴⁴, fuori da esigui 'universali antropologici' su cui sussiste un consenso pressoché unanime, la dignità umana è un bene inevitabilmente destinato a smarrire per ampi tratti la sua pretesa funzione critico-limitativa. E ciò perché, nell'orizzonte post-metafisico che fa da sfondo alle moderne democrazie costituzionali, la dignità umana, per parafrasare Willard Quine, si presenta ad un tempo come "deserto" e "foresta di oggetti" (penalmente tutelabili).

In realtà, il riconoscimento della necessità di tutelare penalmente la dignità della persona umana (in una delle sue molteplici possibili dimensioni) non procede quasi mai con la neutralità che si addice alla scoperta di una 'verità analitica': la decisione di stabilire ciò che sta dentro e ciò che sta fuori dall'area semantica coperta dal principio in questione non appartiene al regno delle 'inferenze deduttive'⁴⁵.

fustelle liebe, velchehandlungen es verletzenoderschutzen" (qualcosa di esteriormente riconoscibile che possa valere come presupposto per stabilire quali condotte tutelare e punire), e questo perché, come si dirà più oltre, la sua determinazione presuppone sempre "eine frageder Wertung" (una questione di valori).

⁴⁴ L'espressione è di W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, cit., 60, il quale ritiene che solo se il principio della dignità umana viene riservato a tale ristretto ambito può mantenere intatta la sua forza argomentativa, e consentire di sottrarsi alla "tirannia della dignità",

⁴⁵ Cfr sul punto le dense osservazioni di W. HASSEMER, *ult. cit.*, 61: "Prima di determinare se un certo evento concordi o meno con la dignità umana, non solo tiriamo delle conclusioni, ma anche effettuiamo delle valutazioni. Il risultato di una valutazione non si trova già

E in effetti, nel mutato clima segnato dal definitivo consolidarsi del moderno costituzionalismo democratico-pluralista, non sembra possibile accreditare un uso politico o giudiziario della dignità umana come un *a priori* assiomatico, qualcosa di simile a un *abracadabra* dal quale arrivano soluzioni già pronte, “una nuvola lontana dalla quale piovono i risultati”⁴⁶: come ha ben osservato Hilary Putnam, non senza una marcata dose di scetticismo sull’oggettività dei «principi universali», “pochi sono i problemi reali che possono essere risolti se trattati come semplici istanze di una generalizzazione universale”⁴⁷.

In questa prospettiva, la dignità umana non può essere rappresentata – quasi alla stregua di un *Ens causa sui* – come un’ineffabile entità di stampo (neo)platonico che autocertifica da sé i propri contenuti nella sua solitaria perfezione astratta: e ciò perché è anch’essa ineludibilmente caratterizzata da uno stretto nesso di interdipendenza concettuale con lo ‘sciame’ degli altri diritti o principi costituzionali che contribuiscono a delinearne il profilo. Nello scenario di una Costituzione con una dimensione etico-sostanziale pluralista e antinomica, in cui i principi e i diritti fondamentali che di volta in volta concorrono a individuare il volto concreto della dignità umana sono molteplici-indeterminati-incommensurabili⁴⁸, tale concetto non può certo essere presentato sotto le insegne di una realtà

pronto in un concetto o principio, da cui esso sarebbe ricavabile tramite una semplice deduzione”.

⁴⁶ La suggestiva immagine è di W. HASSEMER, *ult. cit.*, 62,

⁴⁷ *Etica senza ontologia*, trad. it. di E. Carli, Milano, 2005 (ed. or. 2004), 11.

⁴⁸ Su tali caratteristiche della disciplina costituzionale dei diritti B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in “Filosofia Politica”, 2005, n. 3, 427.

oggettiva decifrabile in anticipo grazie a un mero esercizio di realismo morale. In questo scenario, la dignità umana tende semmai ad atteggiarsi come un *meta-valore* privo di una solida identità pre-definita, un bene ‘complesso’ all’interno del quale convivono dialetticamente *più* diritti fondamentali in attesa di aggiustamento reciproco: sicché, gli specifici contenuti che essa può assumere non sono un *prius*, ma semmai un *posterius*, seguono necessariamente il bilanciamento, senza poterlo disinnescare in partenza.

In questa prospettiva, appare allora destinato a trovare più smentite che conferme il dato per cui la teoria del bene giuridico possa agevolmente disporre di un unico ‘Grande Oggetto finito’ in possesso di una sua individualità specifica (su cui sia possibile, come si dice, ‘teorizzare separatamente’) cui riservare il nome di «dignità umana»: semmai, ciò di cui può più realisticamente disporre è, il più delle volte, un ‘oggetto indefinitamente plurale’ il cui contenuto è necessariamente co-determinato dall’insieme variabile dei diritti o dei principi costituzionali implicati dalle singole discipline penalistiche.

Al contrario, nell’uso che se ne fa come base legittimante di un’eterogenea serie di incriminazioni che ad essa si richiamano in chiave di bene penalmente tutelato, la raffigurazione che si dà della dignità come valore oggettivo universale pregiudizialmente sottratto al bilanciamento finisce col basarsi interamente su una “argomentazione deontologica” completamente autoreferenziale (un’argomentazione appesa su se stessa, modello ‘Barone di Munchausen’): una (pseudo)argomentazione che si caratterizza come strutturalmente “insensibile alle conseguenze” (*Folgen-indifferent*) perché, nel delegittimare completamente gli altri interessi in ballo, non compara razionalmente costi e benefici di una determinata misura legislativa⁴⁹.

⁴⁹ Lo mette bene in evidenza NEUMANN, *Die Tyranneider Würde*.

Al cospetto del c.d. “politeismo dei valori”⁵⁰, quale tratto tipico del moderno costituzionalismo dei diritti, la dignità umana, nella quasi assoluta maggioranza dei casi, non può vantare una auto-legittimazione ‘ontologica’, ma può ricevere solo una legittimazione ‘argomentativa’, quale emerge dal confronto con le diverse costellazioni casistiche generate dal bilanciamento con le altre ragioni costituzionali in gioco.

3.1. (segue).La strategia della “categorizzazione”

Più precisamente, l’obiettivo di ‘sterilizzare’ il conflitto con il cespuglio degli altri diritti o principi in gioco di volta in volta perseguito da ogni operazione meramente “dichiarativa” (o *definitoria*) sulla dignità umana come bene meritevole di tutela penale si appoggia ad una strategia argomentativa che la teoria generale dei diritti fondamentali denomina “strategia specificazionista” (o anche “categorizzazione”)⁵¹: la quale consiste nello stabilirne *a priori* e *in astratto* il suo perimetro “naturale”, il suo effettivo campo di applicazione. Nelle intenzioni dei suoi sostenitori, il saldo finale delle operazioni di “categorizzazione” della dignità umana compiute a livello di politica legislativa – e/o di atteggiamenti interpretativi orientati in senso

Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip, in “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, 1998, 153 e ss.

⁵⁰ Sull’opposizione “monoteismo” vs “politeismo” dei diritti v. per tutti M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Bari, 2006, 157 e ss.

⁵¹ Sulle caratteristiche essenziali di tale strategia argomentativa v. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Bologna, 2010, 156; nella letteratura giusfilosofica nord-americana v. F. SCHAUER, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 34, 1981, 265 e ss. e K.M. SULLIVAN, *Post-liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in “University of Colorado Law Review”, vol. 63, 1992, 293 e ss.

conforme di dottrina e giurisprudenza – dovrebbe consentire di predeterminare una volta e per tutte, in maniera certa, stabile e definitiva, il “contenuto essenziale” di tale diritto fondamentale (*ciò che la garanzia della dignità umana non può non includere*); e di fissare correlativamente – come suo sottoprodotto – i limiti “naturali” (o impliciti) all’esercizio del diritto che con essa entra in tensione (*ciò che la garanzia del diritto concorrente non può e non deve includere*): si tratterebbe in sostanza di due aspetti complementari di una medesima operazione concettuale astratta. E così, solo per fare un esempio tra i tanti, una volta stipulato in linea puramente ‘teorico-ideale’ che la propaganda razzista, in tutte le sue possibili forme di manifestazione, lede *per definizione* un interesse che costituisce “specificazione” del diritto fondamentale alla dignità personale, si introduce contemporaneamente un limite “logico” insuperabile all’ambito di estensione della libertà di espressione, senza distinguere tra forme di intolleranza gratuita e ingiustificata basate sul vocabolario esplicito della razza e del sangue e forme di dissenso motivato e ragionato⁵².

La strategia della categorizzazione, spesso presentata sotto le vesti neutrali di un’operazione puramente “semantica” (condotta cioè in termini puramente *descrittivi*), aspira pertanto a precostituire in astratto una gerarchia assiologica *assoluta e non ulteriormente rivedibile* tra la dignità umana e gli altri beni con essa in conflitto: e ciò nell’auspicata prospettiva di mettere in mora la possibilità per le corti di

⁵² Sul punto, anche per un’analisi ragionata della giurisprudenza in materia, v. C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in “Jus17@unibo”, n. 1, 2009, 191 e ss. Per un’indagine teorica sui danni prodotti dal discorso razzista nei suoi rapporti con la libertà di parola v. G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in “Politica del diritto”, n. 2, 2008, 287 e ss.

ricorrere alla tecnica del bilanciamento e all'argomentazione 'per casi paradigmatici' con cui essa tipicamente procede. Lo scopo perseguito dagli atteggiamenti ispirati in sede politico-criminale e interpretativo-applicativa al metodo della specificazione è, cioè, quello di affermare il primato 'violento' del bene dignità (o meglio di quel *quid* che di volta in volta ne costituirebbe specifica emanazione) e l'arretramento *totale* degli interessi con essa in competizione: senza che sia, cioè, ragionevolmente possibile ipotizzare, alla luce delle conoscenze teoriche ed empiriche disponibili, *nemmeno un caso* in grado di invertire la relazione di precedenza definitivamente prefissata in sede legislativa. Più precisamente, le strategie di specificazione della dignità umana attuate in sede di politica penale dei beni giuridici (ad essa di volta in volta variamente ricondotti) mirano all'obiettivo di 'chiudere' la lista delle proprietà rilevanti in sede penale attraverso una loro predeterminazione conclusiva e immutabile, in modo da 'trincerare' la fattispecie incriminatrice alla stregua di un condizionale inderogabile ed escludere così la possibilità che il suo antecedente sia rimesso in discussione in sede di giudizio di bilanciamento. Il che però può avvenire solo sotto pena di un'arbitraria restrizione dell'universo dei possibili casi di conflitto ragionevolmente ipotizzabili all'interno della comunità istituzionale cui il giudice appartiene: di quei casi cioè che, al ricorrere delle circostanze generali e astratte selezionate nella c.d. legge di collisione, siano in grado di ribaltare l'ordine logico-astratto di priorità prefigurato in modo definitivo e irrevocabile in sede di configurazione legislativa dei fatti punibili⁵³. Casi che finirebbero dunque con l'essere

⁵³ Su un piano più generale cfr. A. SEN, *L'idea di giustizia*, trad. it. di Luca Vanni, Milano 2010 (ed. or. 2009), 252, secondo cui "la ricerca di pesi fissi e predeterminati non è solo concettualmente

ineluttabilmente ‘aspirati’ in un Universale Spietato concepito come una categoria della Ragion Pura che abolisce totalmente il Reale Scabroso delle differenze singolari.

Fiantjura, pereatmundus, sarebbe forse una didascalia appropriata per le scelte unilaterali e inderogabili di tutela dei diritti morali della persona umana che, attraverso la tecnica della specificazione, il legislatore penale riporta sotto il cappello magico della dignità.

È appena il caso di ribadire che, in ogni evenienza in cui si tenti di accreditare un uso del bene dignità come una *trump card* (una ‘carta sempre vincente’) insensibile al ragionamento ‘per casi generici’ tipico del bilanciamento, l’impegno di decisori politici e interpreti giudiziari dovrebbe essere piuttosto quello di passare da una visione che lo irrigidisce in un bene dotato di un’astratta e pregiudiziale “completezza assertiva”, ad una più modesta immagine di tale valore costituzionale come bene contraddistinto da una strutturale “incompletezza esplorativa”, aperta alle ragioni del particolarismo e del pluralismo⁵⁴.

A tal proposito, in una recente analisi sui rapporti tra diritti fondamentali e interpretazione nello stato costituzionale contemporaneo, si è opportunamente fatto osservare come, in uno “spazio giuridico saturo di diritti”, nessun diritto (neppure la dignità umana), per quanto altolocata sia la sua posizione nel supposto ordine gerarchico della Costituzione, sia un argomento sempre decisivo su ogni altra considerazione concorrente, come tale destinato a

infondata, ma non tiene conto del fatto che i valori e i pesi da usare possono ragionevolmente essere influenzati dal nostro esame incessante della realtà, nonché dalla portata del dibattito pubblico: una prospettiva poco compatibile con il rigido uso di pesi predeterminati in forma non-contingente”.

⁵⁴ Mutuo tale terminologia da A. SEN, *op. ult. cit.*, 118.

prevalere, sotto ogni possibile circostanza e in ogni sua possibile declinazione, sull'insieme degli altri interessi in gioco. In una cultura giuridica neocostituzionalista, il riconoscimento di un diritto (per esempio un aspetto della dignità umana da tutelare penalmente) segna infatti solo l'inizio della discussione, non la sua conclusione: nel senso che la dignità non può essere apoditticamente intesa e praticata come 'un argomento che sbatte i pugni sul tavolo', ma è semmai anch'essa una ragione *prima facie* che può solo godere di un regime di "assolutezza condizionata". In questa prospettiva, "dire che la dignità umana è intangibile è solo una formula retorica, se non chiariamo le circostanze in cui vogliamo opporre la tutela della dignità a qualche altro interesse concorrente: e quando avremo calato l'idea astratta di dignità nelle circostanze concrete, ci accorgeremo che cambiano le situazioni che potrebbero essere valutate come lesive della dignità. E questo perché ovviamente cambia il tipo di ragione che giustifica la possibile limitazione di ciò che astrattamente ricade nell'idea di dignità"⁵⁵. Si tratta insomma di un concetto con una connotazione 'vocazione dialettica', che cioè nasce *dalla e per* la controversia, un'idea che 'è lì per essere discussa' alla luce delle diverse costellazioni casistiche generate dal bilanciamento con gli altri interessi in gioco.

Dietro l'uso "nominale" e "totalista" della dignità umana come "giusto non gerarchizzabile" per definizione, tipico di una prassi penalistica ispirata a una "prospettiva trascendentale" chiusa a "stime comparative" con gli altri interessi in gioco⁵⁶, non è comunque difficile intravedere sullo sfondo la

⁵⁵ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., 214.

⁵⁶ Prendo a prestito questo vocabolario da A. SEN, *L'idea di giustizia*, cit., 109 e ss.

«dottrina dei principi supremi» e la «teoria dell'ordine oggettivo dei valori»⁵⁷: immaginare, all'interno del catalogo dei beni costituzionalmente rilevanti, la presenza immanente di un *ObjektiveWertordnung* al vertice del quale è stabilmente acuartierato il principio supremo della dignità umana (o ciò che si pretende di inserire di volta in volta al suo interno), ha tutta l'aria di essere un espediente argomentativo per stabilire, *ex ante* e in astratto, quali, fra una pluralità di ragioni costituzionali conflittuali, debbano inderogabilmente vincere e quali, invece, debbano restare definitivamente sconfitte, secondo rigidi rapporti di prevalenza/soccombenza. Cosa

⁵⁷ Su tali prospettazioni teorico-costituzionali e su alcune delle loro più vistose insufficienze v. il quadro riassuntivo che ne traccia G. PINO, cit., 144 e ss. Sulla consueta rappresentazione della dignità come principio costituzionale supremo, in qualche senso sovraordinato sul piano della gerarchia assiologica ai principi costituzionali comuni, come “valore *superconstituzionale* nei confronti delle libertà positivamente protette e degli stessi diritti inviolabili dell'uomo” (A. RUGGERI-A. SPATARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in “Politica del diritto”, 1991, 343), cfr. M. BARBERIS, cit., 192: “Quanto al carattere *fondamentale*, la dignità umana sembra il principale candidato al ruolo di valore, principio o diritto supremo, nel senso del monoteismo dei diritti: il diritto gerarchicamente sovraordinato a tutti gli altri, che li giustifica o fonda in ultima istanza, senza esserne a propria volta giustificato o fondato. Che la dignità umana sia il principale candidato a questo ruolo dipende sia dalla sua maggiore genericità, sia alla sua universalità (...). In realtà, per stabilire quando un valore sia superiore a un altro, sembra esservi un solo test: il bilanciamento in caso di conflitto. Quando un valore, principio o diritto prevale su un altro allora può dirsi superiore ad esso. Il bilanciamento, peraltro, si dà solo caso per caso: non si può mai escludere che lo stesso valore, principio o diritto oggi prevalente, domani non debba soccombere. Di fatto, chi ritiene la dignità umana sottratta al bilanciamento invita poi a invocarla il meno possibile: come se non volesse esporla al rischio di un bilanciamento con altri valori”.

che, alla fine, non può che risolversi in una negazione del pluralismo etico tipico dei sistemi costituzionali contemporanei.

4. *La dignità come concetto valutativo*

Se si vuole evitare il rischio di trattarlo in sede penalistica con il *pathos* idealistico di una 'teodicea', occorre allora riconoscere francamente che il bene dignità non si presenta con le fattezze di un 'arredo del mondo' che si auto-rivela da sé in modo oggettivamente inoppugnabile, reclamando tutela assoluta e incondizionata. Come se si trattasse di una realtà sostanziale autosufficiente sempre e comunque capace di imporsi *jure proprio* sugli eventuali altri diritti (principi, interessi, valori) con i quali può entrare di volta in volta in competizione: più che una vaga idealità morale suscettibile di consenso universale, essa sembra invece più realisticamente assumere, nella maggioranza dei casi, i tratti di un 'oggetto politico conflittuale'.

Il fatto che nella maggioranza dei casi la dignità umana non possa legittimamente aspirare al rango di un 'oggetto neutrale' disponibile *a scaffale*, e come tale suscettibile di pura custodia tecnica da parte di legislatori e giudici, lo testimonia il fatto che ci troviamo di fronte ad un bene dai contorni così indefiniti e imprevedibili, che la concretizzazione dei suoi contenuti specifici non può non risentire fatalmente del peso degli atteggiamenti etico-normativi di maggioranze politiche e giurisprudenze costituzionali e ordinarie sul diverso modo di concepire e trattare i beni in conflitto: atteggiamenti su cui confluiscono inevitabilmente visioni del mondo, concezioni 'comprehensive' del bene, scelte valutative su ciò che più strettamente pertiene alla sostanza antropologica dell'uomo, in concorrenza tra loro.

Che sia così, che gli specifici contenuti sostanziali di tale (meta-)diritto fondamentale candidati alla tutela penale non possano essere identificati in chiave *essenzialista* come oggetti auto-applicativi che si annunciano da sé secondo le pretese del “naturalismo etico” – e non possano per questo essere concepiti in premessa come valori ‘non negoziabili’ da imporre al mondo – lo conferma perciò questo quasi ovvio rilievo: in realtà, la dignità umana – almeno nei ‘casi difficili’ correntemente inventariati sotto l’etichetta alla moda delle ‘questioni eticamente sensibili’ – è anch’essa un concetto per ampi tratti valutativo (o *valueladen*). Un concetto, cioè, che, al di là di un nucleo solido presumibilmente molto ristretto (un *minimum core* nel quale rientrano per esempio la riduzione in schiavitù, la tortura o i trattamenti inumani e degradanti)⁵⁸, appare necessariamente

⁵⁸ Il nucleo minimo dei diritti umani oggetto di un consenso intersoggettivo diffuso indipendente da concezioni morali particolari potrebbe coprire un ambito grosso modo coincidente con quello adombrato dalla c.d. “concezione politica dei diritti umani”: una concezione che si propone di superare la necessità (e le connesse difficoltà) di definire i diritti umani sul piano concettuale astratto mediante il ricorso a nozioni di per sé poco vincolanti come il mero essere persona, e ne prospetta una visione più pragmatica, secondo cui “i diritti individuali sono diritti umani se neutralizzano un certo argomento contrario all’intrusione esterna nelle faccende di uno Stato. Neutralizzare la difesa «non sono affari tuoi» è il tratto decisivo della concezione politica dei diritti umani”: così J. RAZ, *Diritti umani senza fondamenti*, in “Ragion Pratica”, n. 29, 2007, 462. Sul punto v. più diffusamente M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, cit., 26. Per una riflessione sul significato complesso di termini *highly-charged* come ‘inumano’ e ‘degradante’ v. di recente J. WALDRON, *Cruel, Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves*, *NYU School of Law*, “Public Law Research”, 2008, *Paper* n. 08-36. Per un’ipotesi specifica di trattamento crudele, inumano o

compromesso con *più* “ideali di vita buona” in competizione tra loro. I quali variano anche (e soprattutto) a seconda dello spazio più o meno ampio che si sia disposti a concedere agli interessi confliggenti che di volta in volta entrano con essa in tensione.

Come mette bene in evidenza J. Raz⁵⁹, oltre una certa soglia minimale di casi chiari su cui siamo tutti d'accordo, “non possiamo più fare affidamento soltanto sul valore del mero essere persona”: nel senso che la dignità umana è, in buona parte, un “artefatto culturale”,⁶⁰ con dimensioni normative neanche troppo nascoste, di cui sono possibili versioni divergenti in larga misura dipendenti dalle opzioni valutative del legislatore o dell'interprete in ordine al diverso peso attribuito ai beni in conflitto. Quando non piuttosto una metafora concettuale psicologicamente rassicurante che fa velo a intuizioni ideologicamente ispirate sul senso ultimo dell'essere umani, sul nucleo fondamentale della nostra identità antropologica, che risente in misura cospicua del peso di ‘considerazioni morali sostanziali’ di segno diverso sia in fase di produzione, sia in fase di applicazione del diritto.

Da tali premesse sembra potersi ricavare questa ulteriore, e forse scontata, conclusione: la dignità umana, come punto

degradante potenzialmente in contrasto con i diritti umani fondamentali v. NICOSIA, *Il 41-bis è una forma di trattamento crudele, inumano o degradante?*, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, 2009, 1240.

⁵⁹ In *Diritti umani senza fondamenti*, cit., 456, nota 16.

⁶⁰ Come rileva O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in “*American Journal of International Law*”, n. 77, 1983, 848 “we do not find an explicit definition of the expression “dignity of the human person” in international instruments or in national law. Its intrinsic meaning has been left to intuitive understanding, conditioned in large measure by cultural factors”.

di confluenza di valori potenzialmente conflittuali, è un concetto che, oltre a non essere concretamente praticabile in diritto penale come concetto *free-contest*, indipendente dalle costellazioni casistiche generate dal bilanciamento con le altre ragioni costituzionali in gioco, non può neanche essere raffigurato come concetto avalutativo (o *wertfrei*), indipendente da assunzioni etico-normative di sfondo⁶¹. Ed è quasi superfluo ribadire che i due piani sono inevitabilmente destinati a interagire (e retroagire) strettamente tra loro.

Nella prospettiva appena abbozzata, ci si potrebbe chiedere allora: la teoria del bene giuridico – col suo caratteristico procedere per astratti concettualismi dogmatici per lo più privi di reale selettività, soprattutto quando si tratta di maneggiare un oggetto complesso, polivalente, impalpabile e a trama così aperta come la dignità – può mai persuasivamente candidarsi al ruolo di dottrina etico-politica dei diritti umani penalmente tutelabili capace di funzionare in modo tendenzialmente controllabile? Sembra proprio di no⁶².

⁶¹ Lo sottolinea G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit., 560, a giudizio del quale “oltre che orientato ai diversi contesti situazionali, quello di dignità umana è – e non potrebbe essere diversamente – un concetto variabile nel contenuto e nei confini. Esso è un “costrutto storico”: muta con l’evoluzione delle concezioni morali e dei modelli culturali che orientano l’immagine e l’autocoscienza dell’essere umano. Ma vi è di più. Essendo influenzato dalle concezioni morali, l’idea di dignità umana consente ricostruzioni *pluralistiche*”.

⁶² In una prospettiva più generale, sulla “ambiguità politica della categoria del bene giuridico, come categoria potenzialmente aperta ad usi anche in chiave illiberale o autoritaria”, v. le osservazioni di G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in corso di pubblicazione in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, 2011

La c.d. “dottrina etica dei diritti umani” – da intendere qui come altrettante dimensioni della dignità penalmente rilevante⁶³ – coltiverebbe l’ambizione di stabilire *standards* potenzialmente vincolanti in grado di indicare preventivamente ‘quali diritti umani abbiamo’: *standards* attraverso i quali giudicare e orientare “la pratica dei diritti umani” (o, nel nostro più limitato ambito, la politica penale della dignità umana)⁶⁴. Nel tentativo di stabilire cosa significa che un diritto è un diritto umano, alcune recenti teorie, senza timore di incorrere in una forma di ragionamento scopertamente

⁶³ Lo stretto nesso concettuale dignità-diritti umani, nella duplice alternativa teorica se la dignità sia il fondamento (*ground*) dei diritti o il contenuto (*content*) della loro rivendicazione v. J. WALDRON, *Dignity and Rank*, in “Archives Européennes de Sociologie”, 48, 2007, 201-37. L’idea di “una corrispondenza biunivoca tra ‘diritti umani’ e ‘dignità umana’, nel senso che questi due concetti normativi si implicano e si giustificano a vicenda: uno richiama l’altro e viceversa, poiché entrambi esprimono una comune e coestensiva ontologia dei valori morali umani” (E. MAESTRI, *Genealogia della dignità umana*, in “Diritto e Questioni pubbliche”, n. 9, 2009) trova formale ed esplicito riconoscimento in ripetute affermazioni contenute in Costituzioni nazionali e in Patti, Accordi e Convenzioni di livello internazionale: quanto alle prime è scontato il riferimento all’art. 1 della Costituzione tedesca che, dopo avere affermato al primo comma l’intangibilità della dignità umana, aggiunge al secondo comma che “il popolo tedesco riconosce *quindi* gli inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo”; quanto alle seconde, a titolo esemplificativo si può citare la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, il cui preambolo afferma che i diritti in essa contenuti (dall’integrità fisica contro detenzioni arbitrarie, tortura e uccisioni all’imparzialità del processo penale, dal diritto a non subire discriminazioni alla libertà di pensiero, di associazione e riunione, fino ai diritti di partecipazione politica) “derive from the inherent dignity of the human person”.

⁶⁴ Sul punto cfr. J. RAZ, *Diritti umani senza fondamenti*, cit., 450.

tautologico, si mostrano perciò propense a rilanciare il punto di vista tradizionale secondo cui sono da considerare diritti umani in senso pieno quell'insieme di diritti morali basilari *radicati nell'idea stessa di umanità*⁶⁵. Come è facile intuire, il limite principale soggiacente a tutti i tentativi (vecchi e nuovi)⁶⁶ di prospettare una nozione come quella sommariamente descritta è così riassumibile: gli argomenti che consentono di affermare la presenza di un diritto umano meritevole di tutela penale attraverso il filtro della dignità “non dipendono da *alcun fatto contingente ulteriore* rispetto alle leggi di natura, alla natura dell'umanità e al fatto che il titolare del diritto sia un essere umano”⁶⁷.

Il punto è però che, quando si propone di “*derivare*» i diritti umani dalle *caratteristiche basilari* degli esseri umani”, la prassi politico-criminale della dignità può spesso

⁶⁵ A titolo esemplificativo si veda A. GEWIRTH, *Human rights*, Chicago, 1982, 41, secondo cui “possiamo assumere come vero per definizione che i diritti umani sono diritti che tutte le persone hanno semplicemente in virtù della loro natura umana”.

⁶⁶ Di recente v. ad es. J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, 2008, che, per rimediare ai rischi di indeterminazione radicale cui è esposto il catalogo dei diritti umani, ne propone un resoconto su basi teleologico-sostanziali imperniato sul concetto di *personhood* (cioè sullo *status* di persona) e di *normative agency* (cioè sulla capacità di agire propria dell'essere umano): posto che “i diritti umani possono essere considerati come protezioni della nostra condizione umana, del nostro essere persona”, si ravvisa lo specifico tratto distintivo di tale condizione nella capacità di agire per il perseguimento dei propri piani di vita. I diritti umani sarebbero quindi diritti morali universali, riconoscibili in base a una comprensione di tipo intuitivo (c.d. *recognition model*) la cui funzione sarebbe quella di garantire le condizioni necessarie per la piena espressione dell'*human agency*. Il che, secondo questa prospettiva, dovrebbe imporre “vincoli palesi sul loro contenuto”.

⁶⁷ Così J. RAZ, ult. cit., 451.

svelare un salto logico-argomentativo tra “l’essere qualcosa di valore” (sempre, o quasi sempre, secondo ricostruzioni eticamente condizionate) “ed avere un diritto ad essa” (per giunta penalmente tutelato)⁶⁸.

Nello specifico contesto discorsivo dei dibattiti politico-parlamentari sulla dignità umana, le ‘enunciazioni’ relative all’esistenza di un ‘diritto morale’ della persona umana da positivizzare nelle forme di un *legal right* penalmente sanzionato, se analizzate con gli strumenti della filosofia del linguaggio, mostrano infatti una caratteristica sovrapposizione tra registro ‘descrittivo’ e registro ‘prescrittivo’: nel senso che tali ‘enunciazioni’, mirando candidamente a presentarsi come mere ‘descrizioni’ di stati di cose depurate da giudizi di valore, puntano ad abolire la distanza che separa le proprietà *valuative* di un’azione (e cioè il fatto che un’azione sia ritenuta buona, in base a concezioni etiche ‘spesse’ – e ‘discutibili’ – del bene) dalle proprietà *deontiche* (cioè il fatto che una certa linea di condotta sia da ritenere doverosa, obbligatoria)⁶⁹.

Insomma, quando si decide di criminalizzare specifiche forme di offesa a un bene così indeterminato ed eticamente

⁶⁸ *Ibidem*, 451.

⁶⁹ Che tra i due poli suddetti esista una discrepanza fondamentale, una vera e propria scissione, è un’acquisizione data per assodata almeno a partire dal noto saggio di J.O. URSMON, *Saints and Heroes*, in *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, 1958, 198 e ss. In realtà, se – come sembra più aderente alla realtà – “si ritiene che le enunciazioni relative a diritti morali abbiano carattere normativo, occorre riconoscere che la loro forza retorica è rafforzata dal fatto di presentare una forma sintattica apparentemente descrittiva: dal fatto che il loro carattere normativo è mascherato sotto la forma di un’asserzione, come se tale diritto esistesse già e, pertanto, non fosse necessario primariamente accettare il giudizio di valore insito in tali enunciazioni, ma direttamente agire per attuare il diritto cui si riferiscono”: così, F. POGGI, cit., 371 (nota 16).

controvertibile come la dignità umana, è sempre in agguato un rischio tutt'altro che trascurabile. Il rischio cioè che il legislatore – nel fornire copertura penalistica ad un sempre più inflazionato ed eterogeneo catalogo di “beni umani fondamentali” razionalisticamente dedotti da una determinata antropologia della natura umana (legittima ma molto spesso arbitraria)⁷⁰ – finisca con l'incorrere in quella che già David Hume definiva “fallacia naturalistica”: e cioè l'incontrollata tendenza a dedurre *prescrizioni* da *asserzioni*. Asserzioni che vengono per lo più presentate come la traduzione di un codice etico-giuridico dotato di validità universale – nel doppio senso del c.d. universalismo dei *titolari* e del c.d. universalismo dei *fondamenti*⁷¹ – ma che in realtà sono molto spesso basate su una concezione etica particolare, su una determinata morale soggettiva e ‘integrale’.

⁷⁰ Valga per tutti il riferimento alla *New Natural Law Theory* di J.M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980, trad. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, il quale elabora un catalogo di “beni umani fondamentali” indimostrabili ed auto-evidenti la cui tutela costituirebbe la premessa indispensabile per un'integrale realizzazione della persona umana. In realtà “l'evidenza dei ‘beni umani fondamentali’ appare più problematica di quanto Finnis sostenga. Si ha l'impressione che alcuni di questi possano avere validità universale, ma a patto di considerarli in un'accezione molto generale: il catalogo dei beni sembra insomma presupporre la scelta di un ben definito modello di natura umana o di *human flourishing* da cui viene poi inferito un preciso orizzonte normativo, connotato assiologicamente e segnato culturalmente”: così L. BACCELLI, *Diritti fondamentali: i rischi dell'universalismo*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzarese, Torino, 2002, 124.

⁷¹ Sulla frequente identificazione di questi due tipi di universalismo, un classico *leitmotiv* del giusnaturalismo moderno v. L. BACCELLI, *ult. cit.*, 118.

In questa ottica, quando gioca il *jolly* della dignità umana, il legislatore si trova permanentemente esposto al sospetto del surrettizio inserimento di un particolare ideale di vita buona nella nozione di «essere persona» nel senso più pieno⁷². E questo perchè il concetto di «essere persona» sotteso all'idea di dignità umana è così onnipervasivo da includere potenzialmente tutte le condizioni che, da diversi punti di vista, fanno una vita buona: così insofferente a restrizioni contenutistiche da arrivare virtualmente a fondare un diritto a qualunque cosa si ritiene che possa promuovere il bene o la « fioritura umana» (il c.d. *Human Flourishing*).

Ciò di cui la nozione di «essere persona» rimarrà sempre debitrice è quindi la disponibilità di criteri, anche solo tendenziali, atti a stabilire gli *standards* minimali per identificare i diritti morali universali da incorporare nel diritto penale come altrettante specifiche manifestazioni della dignità umana. L'aspirazione (e l'ipocrisia) di ogni politica penale della dignità umana sta perciò tutta nella pretesa di riuscire a dotarsi di una nozione veramente capace di “generare la maggior parte della lista convenzionale dei diritti umani” meritevoli di tutela⁷³. Il punto è però che, per generare tale lista convenzionale dei diritti umani universali

⁷² I diritti morali universali della persona umana che il legislatore penale pretende di garantire attraverso lo schermo della dignità umana “non possono essere giustificati facendo riferimento solo all'umanità degli esseri umani. La loro giustificazione deve includere argomenti specifici che vanno oltre qualunque plausibile resoconto di cosa occorre per essere un umano ed essere trattato come essere umano (...), e non lo si può fare senza aggiungere valori o principi ulteriori al di là di quelli che sono incorporati nell'idea stessa di essere umano”: così J. GARDNER, «*Semplicemente in quanto esseri umani*»: *titolari e giustificazioni dei diritti umani*, cit., 430.

⁷³ Così J. GRIFFIN, *First Step in an Account of Human Rights*, in “*European Journal of Philosophy*”, 9, 2001, 306 e ss.

che gli individui hanno (o avrebbero) in virtù della loro nuda umanità, ci si deve necessariamente appoggiare “sulla difesa delle condizioni che rendono probabile una vita buona”⁷⁴: cioè su visioni parziali del bene che cadono sempre sotto una determinata ‘caratterizzazione di desiderabilità’. L’argomento della necessaria dipendenza della tutela penalistica della dignità da assunzioni etico-normative preliminari resta pendente e, con esso, cade la pretesa di fare di tale bene un ‘assoluto non bilanciabile’.

5. *Dignità umana e paternalismo penale*

Senza contare poi che, nell’ottica sopra tratteggiata, l’impiego di un bene giuridico essenzialmente contestato e “primariamente valutativo” – per dirla con Hare – come quello di dignità umana, può non di rado tramutarsi in uno strumento al servizio di politiche penali di stampo paternalista ispirate a ideali di «perfezionismo morale»⁷⁵: l’uso paternalista del concetto di dignità umana per imporre con la forza del diritto penale un modello di virtù (uno stile di vita considerato moralmente ed esteticamente accettabile), e mettere in tal modo al bando preferenze giudicate come vol-

⁷⁴ RAZ, cit., 456.

⁷⁵ Cfr. in tal senso G. MANIACI, *La force du pire argument*, cit., 7 e ss., il quale segnala che nel dibattito paternalismo/antipaternalismo l’appello alla dignità è un argomento molto pericoloso, in quanto si presta ad un uso fortemente paternalista o peggio autoritario (basta infatti affermare infatti che determinati comportamenti sessuali vanno proibiti perché “indegni”) e in quanto si tratta di un valore spesso costituzionalizzato in Occidente, un valore parte integrante della *Koiné* argomentativa contemporanea, a livello costituzionalistico e filosofico-giuridico e politico.

gari, oscene, perverse o mercificanti, ruota attorno all'idea di fondo per cui si danno "bisogni, desideri, inclinazioni, capacità *propri all'uomo in quanto uomo*, e che, nel soddisfacimento di questi bisogni, nell'esaudimento di questi desideri, nell'esercizio di queste capacità, consista *il compimento della natura umana (il bene per l'uomo)*"⁷⁶.

Più in particolare, l'incriminazione categorica e incondizionata di comportamenti come, per esempio, la mera detenzione di materiale pedo-pornografico (anche se acquisito in forme tali da non finanziare, neppure indirettamente, il mercato e da rendere anonimo e irricorsibile il minore), lo sfruttamento della prostituzione (anche se consensuale), la surrogazione di maternità (anche se attuata per motivazioni altruistiche), o la cessione di gameti maschili o femminili (anche se decisa per promuovere la sperimentazione scientifica) – al netto di non incontestabili profili di possibile «danno ad altri» – si fonda su argomenti perfezionisti di carattere "teleologico" basati su una determinata teoria "funzionalista" della natura umana che potrebbero risultare potenzialmente in contrasto con il valore morale-costituzionale dell'autonomia individuale⁷⁷. In casi come questi,

⁷⁶ B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica*, Torino, 1994, 566. (corsivi aggiunti). Sui rapporti tra diritto penale e paternalismo v. di recente D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in "Studi in onore di Mario Romano", Napoli, 2011, 489 e ss., nonché A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, 83 e ss.

⁷⁷ Sul concetto di autonomia, e sui suoi nessi con il tema dei diritti fondamentali e della libertà individuale v. B. CELANO, *L'eguaglianza nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale*, in AA.VV., *Mai praticamente uguali. Studi e ricerche sulla disuguaglianza e sull'inferiorità nelle tradizioni religiose*, a cura

ciò che si nasconde dentro il “labirinto della dignità”⁷⁸ è spesso un’etica teleologica della natura umana, uno *Human Nature Perfectionism*⁷⁹ che, dietro le quinte di nozioni apparentemente neutrali come quella di ‘benessere oggettivo dell’uomo’, dissimula l’imposizione di modelli dignitosi di comportamento fatalmente compromessi con codici morali di stampo comunitarista⁸⁰. La dignità, messa al servizio di

di F. Squarcini, Firenze, 2007, 11 e ss.: “per ‘autonomia’ si deve qui intendere l’idea (o l’ideale) che ciascuno plasmì da sé la propria vita, orienti il corso della propria esistenza: che ciascuno sia, o divenga, almeno in parte l’artefice di sé stesso, l’autore della propria vita, che egli possa considerare la propria vita, la propria esistenza, il modo in cui finisce per vivere, come qualcosa che lui ha scelto, o comunque come qualcosa che gli è proprio, qualcosa di autenticamente suo: come il frutto delle proprie scelte, o come un’opera nella quale egli si identifica (...). Sono autonomo quando sono l’artefice di me stesso, quando mi identifico, riflessivamente, criticamente, con ciò che sono: quando i miei desideri sono i desideri che voglio avere, le mie opinioni sono le opinioni della cui verità o fondatezza sono convinto, le mie abitudini e i miei modi di comportarmi sono i modi di comportarsi con i quali mi identifico, che riconosco (riflessivamente, criticamente), per l’appunto, come *miei*”. Sul punto cfr. anche E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in “Ragion Pratica”, n. 24, 2005, 100 e ss.

⁷⁸ La suggestiva espressione è di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Trento, 2006, 47.

⁷⁹ Sull’ideale perfezionista v. S. WALL, *Liberalism, Perfectionism and restraint*, New York, 1998.

⁸⁰ In questo senso v. J. JONES, «*Common Constitutional Traditions*»: *can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice*, in “Public law”, 2004, 178-180, per il quale, se la dignità umana viene concepita come un insieme di valori “intrinseci” alla persona umana (*a fact because of human existence*), tale “inerenzialità” (*inerhentness*) è suscettibile di restringersi o espandersi a seconda delle richieste della comunità di cui si fa interprete lo

quello che Foucault avrebbe definito Biopotere⁸¹, finisce in tal modo con l'assomigliare molto da vicino ad una *metafisica dei costumi*, se non addirittura con lo sconfinare in un'*ideologia del carattere*, spesso non lontana dalle suggestioni del *tipo d'autore*: un'ideologia della decenza col compito di prevenire i rischi di una 'fedeltà indesiderata al proprio male'. Come è stato lucidamente osservato: "è verosimile che il progetto teleologico della natura umana sia viziato da fallacia di composizione. Nella stragrande maggioranza dei casi, la definizione della natura umana in termini funzionali, la nozione di essere umano 'ben riuscito', è servita, e serve tuttora, a dare il sigillo dei fatti, della 'necessità naturale', ad assunti normativi e valutativi che costituiscono l'espressione di concezioni etiche particolari (...), i termini 'anormale', 'patologico' ecc. sono stati e sono nella stragrande maggioranza dei casi veicolo di pregiudizi che non accettano di presentarsi come tali"⁸². Sotto questo

Stato: "the State knows best when individuals must be protected from themselves in the interest of the greater good".

⁸¹ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, trad. it. a cura di M. Bertani e V. Zini, Milano 2005, si preoccupa di mostrare in modo convincente come il Potere tenda a manifestarsi come una volontà di manipolazione della vita che mirerebbe a rendere progressivamente sempre più obsolete le distinzioni tra pubblico e privato, tra il particolare del soggetto e l'universale della *polis*, pretendendo di raggiungere una definizione essenziale di cosa è umano e di cosa non lo è: come segnala S. FORTI, *Il Grande Corpo politico della totalità: immagini e concetti per pensare il totalitarismo*, in AA.VV., *Forme contemporanee del totalitarismo*, a cura di M. Recalcati, Torino, 2007, 33, Foucault individua il tratto tipico del potere biopolitico nella pretesa di definire "i confini dell'umano: di ciò che è incluso e di ciò che è escluso, di volta in volta, nel grande corpo dell'umanità, nell'organismo dell'Iper-Umanità".

⁸² B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., 577. Sui rischi di un uso illiberale della garanzia *omnibus* prestata dalla

profilo, l'appello politico-criminale al 'mito redentore' della dignità della persona umana può non di rado servire per mascherare una riedizione sotto mentite spoglie di esigenze di tutela tradizionalmente espresse dai meno seducenti, anche se più 'sinceri', beni del buon costume o dell'ordine pubblico⁸³.

Tutto dipende ancora una volta dal diverso modo di concepire e intendere la dignità come bene penalmente tutelabile: se si propende per una concezione "oggettiva" (o *sostanziale*) della dignità come dato preconstituito, auto-assertivo e non bilanciabile, l'esito che in molti casi ci si può attendere è quello di trasformarla in uno strumento coattivo per l'imposizione eteronoma di valori maggioritari sempre destinato a prevalere, senza deroghe o eccezioni, sull'autonomia personale (e sul complesso dei diritti fondamentali e libertà individuali che ne costituiscono espressione); se invece si propende per una concezione "sog-

clausola della dignità a un'eterogenea serie di interessi di tipo comunitarista – non di rado confinante, in società aperte attraversate dal pluralismo etico-culturale, con la "manifestazione brutale di un codice morale particolarmente oppressivo" – cfr. C. NEIRINCK, *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*, in "Mélanges Christian Bolze", Paris, 1999, 39.

⁸³ Sul punto cfr. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Dignité de la personne*, in "Juris Classeur Libertés", fasc. 540, Juillet 2007, 5: "la notion de dignité, en raison de son haut degré de généralité et d'abstraction ainsi que des conceptions plus ou moins intuitives dont elle peut faire l'objet, renvoie à un ordre de valeurs ultime: l'irréductible Humanité de l'homme. Elle s'inscrit ainsi dans un renouveau de la terminologie des fondements des discours juridiques. Sa force rhétorique est indéniable, puis que recourir à un terme qui renvoie à une représentation implicite de l'Humanité de l'homme apparaît plus porteur et persuasif quel'usage de standards traditionnels, écules et devenus suspects, comme ceux de bonne moeurs, de moralité publique, voire d'ordre public".

gettiva” (o *procedurale*) della dignità come strumento di autorealizzazione della persona umana e come dato che si specifica solo *a posteriori* (all’interno di processi di negoziazione/argomentazione sviluppati a diretto contatto con i diversi contesti situazionali prospettabili in concreto), i suoi contenuti saranno inevitabilmente co-determinati dall’autonomia personale (e dal complesso dei diritti fondamentali e delle libertà individuali che ne costituiscono espressione)⁸⁴.

In questo senso, ha ragione chi ritiene che “non appena diventa uno strumento nelle mani di legislatori e giudici, il concetto di dignità umana si presenta come un’arma a doppio taglio (*a two-edged sword*)”⁸⁵, sempre ambiguamente sospesa tra “modello sostanziale” e “modello procedurale”, tra difesa di istanze comunitariste più o meno impropriamente riferite al genere umano nel suo complesso e garanzia

⁸⁴ La concezione soggettiva della dignità come autonomia è quella più solidale con la tradizione costituzionale nordamericana: è al c.d. *right to be alone*, al diritto di autodeterminarsi nelle scelte più intime concernenti la propria *privacy*, che è affidato il compito di esprimere il nucleo essenziale dell’idea di dignità: nella nota sentenza *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* in materia di aborto, la Corte Suprema ha, ad esempio, dichiarato che le decisioni personali relative alla procreazione – come anche quelle relative al matrimonio, alla contraccezione, all’educazione dei figli – costituiscono espressione del diritto “di essere liberi da ingerenze statali ingiustificate in ambiti che riguardano fundamentalmente l’individuo. Questi ambiti, coinvolgendo le scelte più intime e personali che un individuo può effettuare durante la sua vita, scelte centrali per la dignità personale e l’autonomia, costituiscono il nucleo centrale della libertà tutelata dal XIV Emendamento. Al cuore della libertà sta il diritto di determinare la propria idea di esistenza, del significato dell’universo e del mistero della vita umana. La fede in queste cose non potrebbe definire le caratteristiche della personalità se esse prendessero forma per costrizione statale”

⁸⁵ D. FELDMAN, cit., 685.

dell'autonomia personale, tra “diritti dell'umanità” e diritti individuali⁸⁶. Con il curioso paradosso che la dignità concepita in senso “soggettivo” come autonomia può essere

⁸⁶ Per l'alternativa concettuale tra “modello sostanziale” e “modello procedurale” di dignità v. G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, “Rivista di diritto civile”, 2002, 832-833 e nota 80: il modello «procedurale», insistendo soprattutto sull'aspetto di *Abwehrrecht* della dignità e definendone il contenuto in maniera servente rispetto ai valori dell'autonomia, è quello che più garantisce dai rischi di «tiranìa dei valori», ma a sua volta è quello che (...) offre minore tutela nei confronti di tutti quegli interessi avvertiti come fondamentali dalla collettività in un determinato momento storico; il modello «sostanziale», invece, prefissando in via autoritativa un ben preciso *set* di interessi sottratti alla libera disponibilità del loro titolare, innalza sensibilmente il livello della protezione (...), ma presenta il tipico rischio insito nell'imposizione di un *Menschenbild* etero-determinato, ossia la delegittimazione dei valori minoritari e la stigmatizzazione delle differenze”. I termini della complessa dialettica tra dignità e autonomia sono ben illustrati da B. JORION, *La dignité de la personne humaine la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in “Revue du droit public”, n. 1, 1999, 218: “se la dignità dell'uomo è superiore alla sua libertà, l'inconveniente, a partire dal momento in cui una tale concezione abbandona il terreno morale di una definizione astratta e quasi metafisica di ciò che deve essere l'uomo, per diventare, con un livello di certezza sufficiente, una categoria giuridica, è quello di imporre un comportamento-tipo, un ordine morale, e di limitare la libertà al cospetto di questo standard comportamentale. All'inverso, se la libertà è superiore alla dignità, la dignità della persona umana non sarebbe dunque se non ciò che ciascuno stabilisce da sé. Si può allora essere presi da vertigine dinanzi a questa possibilità che si apre di definire non soltanto la propria dignità ma anche quella degli altri. Oltre all'impossibile utilizzazione giuridica di una nozione assai relativa, essa è allora parimenti inadeguata a fondare «un minimum di etica comune»“ (traduzione nostra).

utilmente invocata nel ruolo di contro-limite ad un uso “oggettivo” dello stesso concetto, a conferma dell’estrema ambivalenza degli impieghi cui essa si presta: una volta per fornire legittimazione costituzionale ed etico-politica al bene protetto, in sede di criminalizzazione; ed un’altra volta come base argomentativa per individuare i presupposti di un’eventuale causa di giustificazione da parte dei giudici comuni o per un eventuale intervento manipolativo della Corte costituzionale, in sede di bilanciamento.

Nei casi di sospetto uso paternalista del concetto di dignità umana, come quelli sopra menzionati, è perciò il bilanciamento lo strumento regolativo che, distinguendo all’interno della fattispecie fra «tipi di casi» punibili e non punibili, può consentire di trovare un punto di equilibrio accettabile “tra due precipizi: quello dell’individuo-re, da un lato, e quello di una religione della persona umana che minaccia di asfissiare l’individuo, dall’altro”⁸⁷.

6. *Dignità umana e ragione pubblica*

Da quanto detto fin qui emerge dunque che la prassi penalistica corrente appare, almeno in molti casi, irresistibilmente attratta dalla tentazione di trattare il bene dignità alla stessa stregua di quelli che la teoria del ragionamento morale chiama «concetti etici sottili» (*thin*) (come ad esempio ‘giusto’, ‘buono’, ‘vero’, ‘corretto’, o appunto ‘umana-mente degno’). Una delle caratteristiche fondamentali dei termini valutativi sottili (o leggeri) è, infatti, quella di rinunciare ad esprimere *ragioni*, limitandosi soltanto ad una mera “affermazione (o reiterazione) dell’indicazione di fare

⁸⁷ Così T. PECH, *La dignité humaine. Dudoit à l'éthique de la relation*, Paris, 2001, 106.

A ('Perché devo fare A?'; Perché è la cosa giusta da fare': questa non è una risposta.)⁸⁸.

Sul versante delle prospettive di tutela penale, un simile atteggiamento dovrebbe dunque servire (almeno nelle intenzioni) a eludere la necessità di esplicitare le specifiche ragioni politico-criminali soggiacenti che stanno a base della scelta di incriminare determinati comportamenti in quanto contrari alla dignità dell'uomo. Con esso ci si limiterebbe semplicemente ad allegare "un fatto brutto non suscettibile di spiegazione: c'è solo da prendere atto *che* le cose stiano così, ma non da chiedersi *perché* mai stiano così"⁸⁹.

Da questo punto di vista, un approccio incline ad amministrare i contenuti della dignità rilevanti per il diritto penale dietro il paravento dei concetti valutativi sottili violerebbe apertamente il (pre)requisito fondamentale di ogni procedura argomentativa razionale, e cioè il requisito della *intelligibilità dei valori e delle ragioni*: per il quale, nel 'dominio della ragione', "niente è così com'è soltanto perché questo è il modo in cui esso è"⁹⁰.

Più in dettaglio, la pretesa di fornire giustificazione etico-politica e legittimazione costituzionale a scelte incriminatrici contingenti e culturalmente condizionate attraverso il richiamo a una nozione "primitiva" di dignità umana (e cioè, a una nozione "non analizzabile in elementi ulteriori", autoreferenziale, se non tautologica: è contrario alla dignità ciò che si considera dannoso per la dignità)⁹¹ si accompagna solitamente a due mosse retoriche fra loro convergenti, alle quali si

⁸⁸ Così B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, in "Diritto & Questioni pubbliche", 2009, n. 9, 235.

⁸⁹ B. CELANO, *ult. cit.*, 233.

⁹⁰ "Nothing in it is as it is just because that is how it is": così J. RAZ, *Engaging Reasons. On the Theory of Value and Action*, 1999, 220.

⁹¹ Prendo a prestito tale qualificazione da B. CELANO, *ult. cit.*, 231.

è già fatto cenno: l'*identificazione tra il naturale e l'universale*; e l'*identificazione tra diritti e norme*.

Due passi compiuti con l'identico obbiettivo di trasformare pronunciamenti che hanno il carattere di mera "proposta etica" in indiscutibili "istanze con pretesa di legge" da tutelare 'a tutto tondo' e 'senza resti'⁹².

Quanto al primo passo, il riferimento alla "comune natura umana", all' "unità morale del genere umano" viene frequentemente utilizzato come base giustificativa per attribuire carattere di universalità-neutralità-oggettività a interessi sottostanti che, in realtà, possono spesso costituire nient'altro che "l'espressione (o l'imposizione) di un punto di vista particolaristico, se non addirittura fazioso": la pretesa universalità dei diritti umani di volta in volta incapsulati nell'indeterminato della dignità umana "può facilmente essere interpretata (e in tal modo smascherata) come una forma particolarmente efficace di legittimazione ideologica dell'affermazione di interessi particolari"; nel senso che il più delle volte, in tale specifico contesto, "l'universale si rivela essere uno strumento di identificazione forzata (in alternativa alla soppressione) con un modello particolare presupposto; o in altri termini dietro valori e modelli che si presentano come universali e oggettivi si nascondono interessi concreti ben determinati"⁹³.

Quanto al secondo passo, è assai frequente, non solo negli stili argomentativi dei giudici, ma anche nell'uso che la prassi legislativa corrente ne fa in Preamboli o Relazioni⁹⁴, la

⁹² Le espressioni riportate nel testo sono di A. SEN, cit., 367-368.

⁹³ Così ancora B. CELANO, *Tolleranza, diritti universali e paradossi dell'autoriferimento*, in *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, a cura di F. D'Agostino, Torino, 1996, 203 e ss.

⁹⁴ Cfr., a titolo meramente esemplificativo, il richiamo alle dichiarazioni internazionali contro lo sfruttamento sessuale dei minori nel

tendenza giuspositivistico-formale a identificare senza residui il bene dignità nelle norme generali o settoriali che, a livello costituzionale, europeo o internazionale, ne promuovono, con diverso grado di dettaglio, il riconoscimento: e ciò nell' "illusione che l'oggettività della norma si trasferisca, per così dire, automaticamente e interamente, sul diritto"⁹⁵, che basti il richiamo estrinseco alle fonti formali per legittimare una tutela assoluta e incondizionata di una molteplicità indifferenziata di interessi sostanziali retrostanti.

Ed è appena il caso di osservare che una prassi politica o giudiziaria più o meno opportunisticamente incline a concepire il bene dignità secondo la chiave *passé partout* dei c.d. concetti etici sottili, non può che mostrarsi di fatto solidale con una concezione di fondo della democrazia incline a intenderla in senso 'minimo' o 'formale', come puro metodo decisionale che vincola il *chi* e il *come*, ma non il *cosa*: una concezione 'scheletricamente procedurale' della democrazia (penale) posta al servizio di un mero 'maggioritarismo senza

Preambolo alla legge che ha introdotto i reati di pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico (artt. 600 *ter* e *quater* c.p.), come scudo dietro cui ripararsi per giustificare scelte politiche contestabili dal punto di vista etico-sostanziale. Sul punto cfr. A. CADOPPI, *Commento Pre art. 600 bis*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e delle norme contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2006, 35 e ss., che considera "sospetto" tale richiamo, sottolineando come "di fronte a una legge la cui collocazione culturale-filosofica era tutto sommato ambigua, un bel preambolo, se convincente, poteva contribuire a fornire un *alibi* al legislatore".

⁹⁵ La citazione è tratta da A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, cit., 89, la quale aggiunge che "l'identificazione tra norme e diritti comporta in definitiva, una sorta di ontologizzazione dei diritti" che porta "a sottovalutare la gamma delle scelte politiche possibili all'interno della cornice dei diritti" e a "ingenerare l'illusione che questi ultimi abbiano carattere, per così dire, auto esecutivo e non necessitino di amministrazione".

restrizioni’, spesso interpretato in sede politico-parlamentare in senso brutalmente ‘avversariale’.

Se però si osservano le cose da una prospettiva ‘non oggettivista’ e ‘non cognitivista’ (ovvero da una prospettiva disposta a riconoscere apertamente l’insussistenza di una oggettività in morale e in politica e la sua inaccessibilità mediante conoscenza), si potrebbe sottoporre a verifica la seguente ipotesi di lavoro: e cioè, verificare se la dignità penalmente rilevante – lungi dal poter essere presentata come il frutto (avvelenato?) di una mera deduzione razionale dalla “natura delle cose”, o utilizzata come uno *stop-definitorio* per fornire una soluzione *semantica* a un problema *normativo* (e cioè, irriducibilmente etico-politico) – possa obbedire al meno accomodante e deresponsabilizzante statuto di quelli che in campo metaetico si definiscono «concetti spessi» (*thick*).

Appartengono a tale categoria “termini o espressioni dotati, oltre che di una componente di significato valutativo o prescrittivo, anche di una componente di significato descrittivo, più o meno precisamente determinata, più o meno vaga (‘onesto’, ‘casto’, ‘coraggioso’, ‘umiliante’, ‘dignità’ e infiniti altri)”⁹⁶. Tali concetti presentano cioè un nucleo descrittivo fisso “le cui condizioni di applicazione, fissate dall’uso linguistico, sono di carattere fattuale, e dunque indipendenti dagli atteggiamenti valutativi di chi ne fa uso”. Il che significa che tali concetti, pur possedendo un’innegabile dimensione valutativa, in una certa misura “sono agganciati al mondo (sono oggettivamente applicabili o no a certi tipi di casi, a seconda delle proprietà fattuali che definiscono questi ultimi)”⁹⁷. E che i concetti ‘densi’ (i concetti descrittivo-

⁹⁶ Così B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti*, in *La legge e i diritti*, a cura di S. Pozzolo, Torino, 2002, 110 e ss.

⁹⁷ B. CELANO, *ult. cit.*, 112.

valutativi) siano, almeno in parte, passibili di applicazioni oggettive lo testimonierebbe, in particolare, la possibilità di individuare al loro interno un insieme di casi ‘centrali’ o ‘paradigmatici’ che occupano il nucleo solido di significato da essi espresso. A partire dalla possibilità di isolare all’interno dei concetti spessi un contenuto descrittivo stabile e oggettivo, sarebbe possibile poi formulare “ipotesi di somiglianza rilevante” tra casi ‘centrali’ e casi ‘periferici’, nel quadro di un’impresa di carattere “discorsivo” e “coerentista” guidata da “assunti di razionalità sostanziale”⁹⁸.

Ora, nel caso della dignità (della concretizzazione penalistica dei suoi contenuti), è proprio la possibilità di individuare un nucleo descrittivo centrale ed effettuare con successo simili ‘giudizi di similarità’ mettendo ‘tra parentesi’ argomenti morali e opinioni sostanziali che sembra messa fortemente in discussione⁹⁹. E con essa la possibilità di affidare a un’argomentazione basata su uno scambio pubblico di ragioni (su argomenti razionalmente giustificati), il compito di selezionare quali interessi possano legittimamente costituire specifica proiezione di tale bene fondamentale e quali no. Vediamo in breve perché.

⁹⁸ B. CELANO, *ult. cit.*, 111.

⁹⁹ Per una prospettiva disposta a riconoscere alla dignità i caratteri valutativo-descrittivi dei concetti spessi v. J. WALDRON, *Dignity and Rank*, cit., 233, il quale, con riferimento al processo di identificazione del *contenuto* dei diritti ad essa riconducibili, ritiene che la dignità “indica non l’esatto contenuto del diritto, ma un cammino da seguire per attribuire un contenuto al diritto”; mentre con riferimento alla giustificazione dell’attribuzione dei diritti, afferma che “la dignità può incorporare descrizione e valutazione insieme alla stregua di un concetto denso”, indicando “una specifica comprensione valutativo-descrittiva degli esseri umani come aventi un certo rango nell’ordine del creato”.

Dire che la dignità come bene penalmente tutelabile assume i contorni di un «concetto etico spesso», infatti, significa anche riconoscere sinceramente che la funzione di legittimazione che tale bene è, di volta in volta, capace di esprimere incontra sempre un vuoto da riempire, *dipende sempre da qualcos'altro*: e cioè dipende da un insieme di *ragioni o argomenti* di supporto. Ragioni o argomenti che, secondo la teoria generale dell'argomentazione pubblica, devono, per definizione, appoggiare la loro forza persuasiva su “giudizi ponderati”, “opinioni diffuse”, “intuizioni” (in una parola, su *endoxa*) inevitabilmente compromessi con argomenti di etica normativa necessariamente plurali. Ne consegue che i modelli di tutela giuridico-penale, qui forse più che altrove, muovono da premesse, seguono regole d'inferenza e arrivano a conclusioni che, pretendendo di esprimere ‘la verità tutta intera’ (*the whole truth*), non possono che caratterizzarsi come ‘essenzialmente opinabili’ e ‘costitutivamente difettibili’. Tranne pochi ‘casi chiari’, emblematicamente esemplificati dal divieto di tortura, in cui potrebbe forse valere il c.d. ‘appello all'evidenza’ (e cioè, il ricorso a ‘ragioni universalmente valide’, se non altro perché in questi casi la dignità stenta a guadagnarsi un posto completamente autonomo che non sia già, almeno in parte, occupato anche da beni più tangibili come integrità fisica, libertà personale, libertà morale)¹⁰⁰, qualsiasi presa di

¹⁰⁰ Non sembra esserne del tutto sicura A. PINTORE, *Procedure democratiche e democrazia deliberativa*, cit., 339, alla quale “sembra altamente improbabile che si possa conseguire il consenso su uno specifico punto di vista”, anche quando, come “plausibile candidato al consenso universale all'interno di una data comunità”, si adduce l'esempio del divieto di tortura, “e non solo per la possibilità di addurre infinite situazioni *borderline* (un interrogatorio prolungato né tortura?) ma anche nei casi centrali: il classico esempio essendo dato

posizione legislativa (o giudiziaria) sul tema della dignità umana finisce, quasi ineluttabilmente, per presupporre una determinata *concezione* del bene e del giusto, in concorrenza con altre e diverse rappresentazioni particolari ed ‘intrinsecamente controvertibili’ della vita e del mondo. Se così stanno le cose, ci si può chiedere allora: sul vasto repertorio delle questioni eticamente sensibili normalmente implicate dal ricorso che il diritto penale fa al proteiforme concetto di dignità umana, è possibile passare dalla “dissonanza cognitiva” al “compromesso cognitivo”,¹⁰¹?

In altre parole: nello specifico contesto di discussione e decisione rappresentato dai programmi legislativi di intervento sulla dignità umana quale bene penalmente rilevante (come anche su quello dei relativi controlli giurisdizionali), raccomandare il ricorso a un metodo deliberativo-discorsivo ispirato alla ‘forza dell’argomento migliore’ è (prima ancora che un ideale concretamente praticabile) un invito sensato, plausibile?

dal caso della *tickingbomb*, riguardo al quale le opinioni sul disvalore della tortura sono notoriamente divise”. È evidente comunque che, con l’appello all’evidenza, saremmo fuori dal campo dell’ “argomentabile” (delle ‘ragioni’ in senso stretto), per sconfinare nel campo del “necessario”: “La nozione di *ciò che è in se stesso evidente* è, naturalmente problematica, e può essere specificata in modi diversi, più o meno plausibili (...). Ma, comunque si specifichi questa problematica nozione (si ritenga o no che vi sia, effettivamente, qualcosa di *in se stesso evidente*), uno dei punti di forza delle teorie imperviate sulla retorica dei ‘buoni argomenti’ consiste, precisamente, nel distinguere fra la sfera dell’argomentazione e delle ‘buone ragioni’, da un lato, e la sfera dell’evidente, o del necessario, dall’altro. Ciò che è argomentabile, il campo in cui valgono le ‘buone ragioni’, non è il campo dell’evidenza, o della necessità”: così B. CELANO, *La forza dell’argomento migliore*, cit., 247.

¹⁰¹ Di recente sul punto cfr. P. BERGER, A. ZIJDERVELD, *Elogio del dubbio. Come avere convinzioni senza diventare fanatici*, Bologna, 2011.

Insomma: la dignità – o meglio, l'amministrazione dei suoi contenuti sostanziali in sede politico-criminale o giurisdizionale – è un buon candidato per la 'ragione pubblica', vista come processo comunicativo capace di produrre, per virtù propria, un riorientamento di credenze e preferenze e superare, per dirla con Waldron, 'la circostanza del disaccordo'?

A prima vista si potrebbe essere indotti a ritenere che nel dominio della dignità – proprio per la necessaria dipendenza della tutela penale da premesse etico-culturali preliminarmente assunte o presupposte, sia nella selezione degli interessi che nell'ambito di estensione delle incriminazioni – il ricorso a procedure di tipo 'deliberativista' basate su uno scambio pubblico di ragioni orientato alla ricerca del 'bene comune' possa costituire un'alternativa di gran lunga preferibile rispetto ad una applicazione secca della regola di maggioranza o a un atteggiamento di disimpegno (di 'astinenza epistemica') da parte di legislatori e giudici¹⁰².

Su questa linea teorica si colloca, ad esempio, chi individua un nesso di interdipendenza concettuale tra diritti umani e riflessione pubblica e ritiene che l'esercizio della c.d. «imparzialità aperta» “va considerata parte integrante di quella che potremmo chiamare «la disciplina dei diritti umani»: proprio in considerazione del loro fragile fondamento concettuale, anche sul fronte della tutela penalistica “la «prova dell'esistenza» dei diritti umani equivale alla richiesta di giustificare rivendicazioni etiche discutibili per

¹⁰² Sull'attraente ideale regolativo della «democrazia deliberativa» e sui suoi limiti di rendimento v. J.L. MARTÌ, *La repùblica deliberativa. Una teoria de la democrazia*, Madrid-Barcelona, 2006; A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003 (cap. 2); ID, *Democrazia e deliberazione*, in *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, cit., 49 e ss. Nella letteratura penalistica v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in “Quaderni fiorentini”, 2007, n. 36, 1252 e ss.

autonomia” attraverso un “libero esame critico essenziale sia per la confutazione che per la legittimazione”¹⁰³.

Il punto è però che, sul terreno della protezione penalistica del bene dignità, l’effettiva possibilità di tracciare confini legittimi alla coercizione penale mediante l’esercizio di una ‘ragione punitiva’ orientata in senso deliberativo rischia di apparire un postulato eccessivamente ottimistico perché tende a oscurare il conflitto latente che, in questo campo forse più che in altri, esiste tra giustificazione pubblica e pluralismo etico, come dato strutturante delle moderne democrazie costituzionali.

A bloccare in partenza tale possibilità potrebbe infatti opporsi la constatazione per cui, nella quasi assoluta maggioranza dei casi, un fondo comune di valutazioni etico-politiche universalmente condivise, un deposito di argomenti razionali in grado di convincere l’uditorio universale semplicemente non c’è. E, semmai, ciò da cui di solito dipende la forza degli argomenti addotti a sostegno della scelta di criminalizzare specifiche forme di offesa alla dignità dell’uomo è, tipicamente, un insieme (almeno in parte) mutevole e confliggente di concezioni particolari della vita buona: concezioni che possono risultare, cioè, persuasive solo nei confronti di uditori culturalmente (o ideologicamente) determinati¹⁰⁴.

¹⁰³ Così A. SEN, cit., 364, secondo cui “prima di accordare a una specifica rivendicazione lo statuto di diritto umano è necessario intavolare una riflessione pubblica che contempli l’esercizio dell’imparzialità aperta”, come “processo di valutazione critica, interattivo, aperto ad argomenti di varia provenienza e sensibile a tutte le informazioni di rilievo reperibili”.

¹⁰⁴ Né questa è una caratteristica esclusiva del discorso penalistico sulla dignità umana, se è vero che, sul piano più generale della teoria dell’argomentazione pubblica, ciò che caratterizza lo statuto

Proprio perché le opzioni politico-criminali sul terreno della dignità umana cadono quasi sempre sotto determinate condizioni di ‘desiderabilità’ o di ‘credibilità’, lo spazio per una vera e propria argomentazione pubblica basata su ragioni ‘autentiche’ o ‘genuine’ (cioè, su argomenti propriamente *razionali*, capaci di riscuotere l’adesione di qualsiasi persona ragionevole) è, come minimo, assai risicato. Il fatto che gran parte delle ragioni suscettibili di essere avanzate in sede di argomentazione pubblica sui contenuti della tutela penale sono basate su *credenze* e *desideri* apre, dunque, uno scenario piuttosto imbarazzante e potenzialmente esiziale, almeno per i sostenitori del necessario ricorso in tale ambito al ragionamento pubblico *debatebased*: “la possibilità che nell’argomentazione, a un certo punto, le ragioni possano, semplicemente esaurirsi”¹⁰⁵, che tutto possa alla fine risolversi in un inconcludente ‘gioco a somma zero’.

Come uscire dall’*impasse*?

Molto dipende da quel che ci si può veramente aspettare, nelle condizioni descritte, da uno scambio deliberativo di ragioni a favore o contro una determinata incriminazione avanzate in sede di discussione parlamentare o di sindacato giurisdizionale.

Ebbene, nelle condizioni descritte, sembra si possa escludere che il ricorso a un metodo deliberativo-discorsivo di decisione pubblica si possa caricare di valenze epistemo-veritative rivelatrici di contenuti etico-sostanziali preesistenti: e funzionare così da filtro selettivo per ammettere

ontologico delle ragioni, la loro condizione di possibilità, è la loro genetica dipendenza da un insieme variabile di *endoxa* fatalmente compromessi con qualche punto di vista etico-politico a monte: Per questo ordine di idee cfr. B. CELANO, 246.

¹⁰⁵ B. CELANO, *Etica della comunicazione e legge di Hume*, in “Rivista di filosofia”, 1995, 86.

alla (o escludere dalla) tutela penalistica i più specifici interessi sostanziali chiamati di volta in volta a riempire di contenuto effettivo il bene giuridico in questione. L'esito finale che ci si può realisticamente attendere dallo svolgimento di una pratica discorsiva conforme all'ideale deliberativista non può essere quello di promuovere un libero accordo tra i partecipanti capace di rispondere alla domanda cruciale se un certo interesse concreto sia o meno riconducibile al concetto di dignità umana come una sua specifica manifestazione. E non può essere questo l'esito perché, quando si argomenta a favore o contro una determinata misura legislativa a tutela della dignità, non lo si può fare in nome di una versione *liberale* della dignità concepita come "principio politico", "neutrale" rispetto a idee controverse del bene (per l'uomo)¹⁰⁶.

Se veramente sulla dignità si può deliberare con qualche *chance* di successo, bisognerà accontentarsi, parrebbe, di molto meno.

Se le ragioni che possono essere addotte in sede di giustificazione pubblica delle scelte incriminatrici che fanno richiamo alla dignità non sono 'ragioni politiche' (ragioni che possono valere come tali agli occhi di tutti), ma costituiscono diretta espressione di convinzioni profonde di etica sociale, ciò che la ragione pubblica di una democrazia costituzionale caratterizzata dal fatto del pluralismo può sperare di ottenere attraverso il metodo deliberativo non è di fornire risposta all'interrogativo (insolubile) 'tutela sì, tutela no' per l'eterogenea serie di interessi particolari che, di volta in volta,

¹⁰⁶ Sono neutrali "quei principi che possiamo giustificare senza fare appello alle concezioni controverse della vita buona a cui siamo vincolati": LARMORE, *Political Liberalism*, in *Political Theory*, 8, 1990, trad. it. *Liberalismo politico*, in *Comunitarismo e liberalismo*, a cura di A. Ferrara, Roma, 1992.

riempiono di contenuti concreti l'*alias* della dignità: come se lo spazio della ragionevolezza penalistica fosse davvero concepibile come un'arena argomentativa dove incrociare le spade sull'esistenza o meno di presunti 'oggetti etici' da immettere nella (o estromettere dalla) area semantica coperta dal principio in questione secondo una logica *all or nothing*.

Ciò che la ragione pubblica di un sistema penale ispirato al costituzionalismo democratico-pluralista può esigere è, più modestamente, di agire sulla base del bilanciamento degli interessi.

In questo senso, ha ragione chi, sul versante della riflessione teorico-generale, ritiene che "lo spazio dell'argomentazione pubblica è soggetto, tipicamente, a un particolare regime delle ragioni che si potrebbe denominare il 'modello del bilanciamento'",¹⁰⁷: il prodotto tipico dello scambio deliberativo svolto in sede di dibattito politico-criminale o di argomentazione giudiziale è dunque il bilanciamento degli interessi implicati dai singoli modelli di regolamentazione penalistica di tale bene.

Ora, l'argomentazione pubblica, concepita come pratica di giustificazione delle decisioni collettive aperta al bilanciamento degli interessi, se non ha la virtù epistemica di consentirci di identificare nei singoli casi cosa sia Dignità con la maiuscola, può però raggiungere due effetti tutt'altro che trascurabili: per un verso, può contribuire a fare emergere i reali interessi di sfondo nella loro più specifica fisionomia, soddisfacendo il requisito della *intelligibilità dei valori e delle ragioni* e ostacolando usi politici contingenti e/o strumentali della dignità come bene giuridico di copertura¹⁰⁸; per altro verso, può consentire che incriminazioni

¹⁰⁷ B. CELANO, *La forza dell'argomento migliore*, cit., 248.

¹⁰⁸ Come rileva in termini più generali A. PINTORE, *Procedure democratiche e democrazia deliberativa*, cit., 345, "la deliberazione ci

originariamente concepite come ‘norme generali a fattispecie chiusa’, come *norme-fortezza* compatte, indivisibili e trincerate in se stesse, possano ‘fessurarsi’ e ospitare al loro interno le «clausole d’eccezione» generate dal temperamento con le altre ragioni costituzionali in gioco.

Nella tensione tra legalità maggioritaria e costituzionalismo dei diritti, tra tutela oggettiva della dignità come espressione di identità assiologiche di fonte comunitaria e autonomia individuale come espressione di etiche laiche fortemente strutturate in senso sostanziale, la ragione pubblica di una democrazia penale fedele al liberalismo politico – lungi dal potere distinguere con nettezza di confini tra ‘valori politici’ (di competenza del diritto penale) e ‘valori morali’ (estranei all’area della coercizione legittima) – può tutt’ al più tentare di arbitrare l’interazione dialettica tra morali positive in concorrenza o in conflitto tra loro: soprattutto in materie in cui è così stretto l’intreccio tra dannosità sociale ed etiche comprensive, la ragionevolezza discorsiva, piuttosto che agire in funzione di legittimazione/delegittimazione dei contenuti sostanziali della tutela penale, può soltanto introdurre limiti tendenziali all’intervento penale. E ciò sia in sede di «bilanciamento in senso lato» (di com-

aiuta, più modestamente, a favorire lo scambio di informazioni, a rivelare errori fattuali e logici, a filtrare le preferenze irrazionali e controllare i fattori emotivi, a ostacolare la manipolazione dell’informazione, dell’agenda e delle preferenze politiche”, mostrandosi disposta ad ammettere che “persino nel mondo reale in cui viviamo la deliberazione sia in grado di innescare tutti questi processi virtuosi e altri ancora: può infatti servire anche per vagliare in termini di razionalità strumentale i programmi politici, può contribuire a ridefinire e precisare i fini inseriti nell’agenda politica e, specialmente, costringendo ciascuno alla produzione di ragioni pubbliche, può imporre la forza civilizzatrice dell’ipocrisia. Tutto ciò, però, non ha nulla a che fare con l’oggettività morale”.

petenza del legislatore), sia in sede di «bilanciamento in senso stretto» (di competenza dei giudici)¹⁰⁹.

Il vaglio preventivo (o successivo) della ragione pubblica garantirebbe in questo modo il passaggio da una visione ‘autocratica’ della dignità penalmente rilevante a una concezione ‘procedurale’ di tale bene giuridico: una concezione che punti all’elaborazione di discipline penalistiche “ideologicamente più deboli che forti” attraverso modelli “orientati più a un ragionevole contemperamento dei valori in conflitto, che non alla decisa e unilaterale affermazione di un’ideologia specifica ai danni delle altre concorrenti”¹¹⁰.

7. *In conclusione*

In conclusione, per evitare che la dignità umana, nei rapporti che intrattiene col diritto penale, si presenti sotto le sembianze di “un nonsenso sui trampoli” imposto su presunte basi giusnaturalistiche¹¹¹, forse qualcosa si può fare.

La determinazione dei possibili contenuti sostanziali che la dignità umana può legittimamente assumere come bene giuridico meritevole di tutela penale non può infatti essere concepita come un’impresa concettuale che legislatori e

¹⁰⁹ Per questa distinzione v. M. BARBERIS, *Legittima difesa e bilanciamenti*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Milano, 2008, 85 e ss.

¹¹⁰ Così G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit.

¹¹¹ *A non sense upon stits*: così Jeremy Bentham liquidava causticamente i diritti umani incorporati nelle dichiarazioni universali in *Anarchical Fallacies, being an Examination of the Declaration of Right issued during the French Revolution*, New York, 1962, 500.

interpreti possono sperare di condurre *in vacuo*, all'irraggiungibile scopo di stabilirne *ex ante* e *in astratto* il relativo statuto ontologico. Lo sforzo dovrebbe essere piuttosto quello di attivare possibili "procedure di determinazione"¹¹² in grado di specificarne e concretizzarne la relativa fisionomia. E ciò in una duplice direzione: non si tratta solo di precisarne gli usi in rapporto alle diverse fattispecie in cui viene (o si ritiene che venga) in rilievo (una 'terapia del linguaggio' utile, già a questo stadio, a smascherare la 'mitologia della dignità'); quanto piuttosto (e soprattutto) di metterne ricorsivamente in discussione il significato in relazione alle diverse tipologie casistiche di volta in volta prospettabili in relazione a una medesima fattispecie.

Una curvatura verso il basso del discorso sulla dignità personale, un "sovversivismo dell'immanenza" – per dirla con Walzer¹¹³ – che chiama inevitabilmente in causa il tema del bilanciamento fra diritti (principi, valori, interessi) costituzionali in conflitto fra loro: se è vero che, come osservava lucidamente Thomas S. Eliot, "il genere umano" (e, si potrebbe aggiungere, il diritto penale) "non può sopportare troppa realtà"¹¹⁴, è anche vero che "il genere umano" (e, si potrebbe aggiungere, il diritto penale) "dovrebbe essere in grado di contemplare una realtà un po' più ampia di quella offerta dall'immagine di un mondo in cui esiste un solo fattore valido"¹¹⁵. In un quadro costituzionale di sfondo in

¹¹² B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in "Filosofia politica", n. 3, 2005, 427.

¹¹³ *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad* (1994), trad. it. di N. Urbinati, *Geografia della morale. Democrazia, tradizioni e universalismo*, Bari, 1999, 56.

¹¹⁴ T.S. ELIOT, *Quattro quartetti*, trad. it. di F. Donini, in *Opere*, Torino, 1970 (ed. or. 1943), 92.

¹¹⁵ A. SEN, *L'idea di giustizia*, cit., 249.

cui 'il bene' è molteplice, eterogeneo, disarmonico e conflittuale, il carattere irriducibile della differenza, la dimensione 'inaggirabile' della singolarità, tende a riemergere di continuo ai bordi del discorso penalistico sulla dignità, come residuo 'intrattabile' che non si riesce ad addomesticare.