



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXII ciclo

Tesi di Dottorato

**ASPETTI DELLA DIGNITÀ UMANA
NELL'ORIZZONTE DEL DIRITTO PENALE**

Relatore

Prof. Giovanni Fiandaca

Dottoranda

Caterina Brignone

anno accademico 2009-2010



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidato: Caterina Brignone

Aspetti della dignità umana nell'orizzonte del diritto penale

Relatore Prof. Giovanni Fiandaca

Anno Accademico 2009-2010

Curriculum di Diritto e procedura penale

XXII ciclo

Esame finale: 16/03/2011

Commissione esaminatrice:

Prof. Stefano Canestrari, Università di Bologna

Prof. Paolo Veneziani, Università di Parma

Prof. Silvio Riondato, Università di Padova

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

LE RADICI STORICHE E FILOSOFICHE

DEL CONCETTO DI DIGNITÀ UMANA

1. Premessa p. 7
2. L'antichità classica: dalla *polis* greca al respiro cosmopolita dell'epicureismo e dello stoicismo p. 8
3. L'avvento del Cristianesimo e il Medioevo p. 10
4. L'Umanesimo rinascimentale p. 13
5. La versione kantiana della dignità umana e la sua evoluzione p. 15
6. Quadro sinottico dei significati di dignità consegnati dalla tradizione storica e filosofica occidentale: la nozione ontologica e quella pratica p. 17

CAPITOLO II

IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO

1. Gli strumenti internazionali sui diritti umani p. 23
2. La dimensione europea p. 31
3. Gli ordinamenti giuridici nazionali: la Costituzione tedesca p. 36
4. *Segue*: la Costituzione italiana p. 39
5. *Segue*: altre Carte costituzionali p. 40
6. Alcune notazioni generali p. 44

CAPITOLO III

LA DIGNITÀ UMANA COME VALORE E COME PRINCIPIO

1. Ragione e sentimento p. 47
2. La dignità umana come valore p. 51
3. Il valore nel diritto p. 52
4. La dignità umana come principio p. 58
5. Il *proprium* del principio di dignità umana p. 62

6.	Esame di alcune possibili obiezioni	p. 65
----	-------------------------------------	-------

CAPITOLO IV

IPOTESI SUL RUOLO DELLA DIGNITÀ UMANA

NEL DIRITTO PENALE

1.	Primi passi verso la ricostruzione del ruolo del principio di dignità umana nel diritto penale	p. 68
2.	Sottoprincipi della dignità umana: protezione e promozione	p. 70
3.	La protezione <i>dal</i> diritto penale: il <i>mandatory sentencing</i>	p. 74
4.	<i>Segue</i> : le <i>shaming penalties</i>	p. 80
5.	<i>Segue</i> : gli effetti della condanna e della ritenuta pericolosità	p. 88
6.	La protezione <i>attraverso</i> il diritto penale: la dignità umana come bene giuridico	p. 91
7.	<i>Segue</i> : obblighi di incriminazione e trattamento sanzionatorio dei fatti lesivi della dignità	p. 95
8.	Il sottoprincipio di promozione: il versante delle scelte di incriminazione	p. 98
9.	<i>Segue</i> : finalità e conformazione della pena	p. 100
10.	Dinamiche interne al principio: riassumendo	p. 102

CAPITOLO V

ELABORAZIONI DOTTRINALI

1.	Il ventaglio delle posizioni	p. 106
2.	La dignità umana come principio guida del dibattito politico e giuridico: il diritto naturale secondo Ernst Bloch	p. 107
3.	<i>Segue</i> : fondamento dello stato sociale di diritto nella concezione di Werner Maihofer	p. 109
4.	<i>Segue</i> : presupposto della teoria politica egualitaria liberale di Ronald Dworkin	p. 113
5.	<i>Segue</i> : diritto morale a non essere ingiustamente degradati per William A. Parent	p. 119
6.	<i>Segue</i> : la <i>decent society</i> di Avishai Margalit	p. 121

7.	La dignità umana fulcro del diritto penale: la sostituzione dell' <i>harm principle</i>	p. 127
8.	<i>Segue</i> : l'integrazione dell' <i>harm principle</i>	p. 131
9.	<i>Segue</i> : giustificazione di una teoria neo-retributiva della pena	p. 135
10.	L'universalizzazione dell'alto rango e lo stretto legame con i diritti nell'impostazione di Jeremy Waldron	p. 140
11.	Le concezioni non universalistiche e/o non egualitarie: Martha Nussbaum e la dignità come base per lo sviluppo delle capacità fondamentali	p. 144
12.	<i>Segue</i> : Alan Gewirth e la proporzione tra dignità innata, diritti umani e capacità d'agire	p. 147
13.	<i>Segue</i> : l'ulteriore sviluppo della teoria di Gewirth in Beyleveld e Bronsword	p. 148
14.	<i>Segue</i> : Abraham I. Melden e la dignità come <i>desideratum</i>	p. 153
15.	La dignità come moderna virtù	p. 154
16.	La prospettiva antropologica	p. 155
17.	Le dimensioni storiche della dignità umana secondo Stamatois Tzitzis e la critica alla concezione post-moderna	p. 156
18.	La dignità umana come limite alla genetica liberale fondato sull'autocomprensione esistenziale secondo Jürgen Habermas	p. 160
19.	Il punto di vista scettico	p. 168
20.	L'invito alla cautela nell'uso di un'arma tanto preziosa quanto ingombrante: Dieter Birnbacher, Winfried Hassemer e Giovanni Fiandaca	p. 169
21.	Ragionando sui termini di un discorso polifonico	p. 173

CAPITOLO VI

LA DIGNITÀ UMANA

IN ALCUNE EMBLEMATICHE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

1.	Delimitazione del campo e del metodo di indagine	p. 179
2.	Il divieto di tortura e trattamenti e pene crudeli, disumani e degradanti	p. 180
3.	<i>Segue</i> : gli Stati Uniti e la <i>cruel and unusual punishment clause</i>	p. 183

4.	<i>Segue: gli Stati Uniti e la death penalty</i>	p. 186
5.	<i>Segue: la posizione tedesca e quella italiana sull'ergastolo</i>	p. 194
6.	<i>Segue: le sentenze della Corte EDU</i>	p. 199
7.	<i>Segue: brevi note a margine</i>	p. 204
8.	Il <i>free speech</i> ed i suoi limiti	p. 206
9.	<i>Segue: la tutela dell'onore e della reputazione</i>	p. 212
10.	<i>Segue: il discorso razzista</i>	p. 215
11.	<i>Segue: la problematica dell'osceno</i>	p. 225
12.	Questioni bioetiche: l'aborto	p. 232
13.	<i>Segue: il fine vita</i>	p. 238
14.	Una visione d'insieme	p. 245

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI

1.	La dignità nel diritto: vuota retorica o utile strumento dell'argomentazione?	p. 250
2.	Declinare la dignità: <i>case-based reasoning v principle-based reasoning</i>	p. 252
3.	<i>Segue: la terza via</i>	p. 254
4.	Dignità umana e sistemi liberali	p. 256
5.	Il ruolo dei principi nel diritto penale: sistematicità, progettualità e sviluppo	p. 259
6.	<i>Segue: dialogo, interazione e costruzione</i>	p. 262
7.	Diritto penale e dignità umana: meccanismi deliberativi e partecipativi	p. 263
8.	<i>Segue: direttive sostanziali</i>	p. 266
9.	La speranza e la sfida della dignità umana	p. 267

BIBLIOGRAFIA

ASPETTI DELLA DIGNITÀ UMANA
NELL'ORIZZONTE DEL DIRITTO PENALE

«Non la verità di cui ci si crede in possesso,
ma il sincero sforzo per giungervi determina il valore dell'individuo...
l'illusione del possesso rende pigri e presuntuosi;
solo la ricerca tiene desti ed insonni»
G.E. LESSING, *Una replica*, 1

INTRODUZIONE

Lo stimolo alla ricerca sviluppata in queste pagine è derivato, in prima battuta, dalle letture di bioetica, laddove è frequente imbattersi nel concetto di dignità umana, invocato e declinato in forme e modi disparati nonché posto a fondamento od a sostegno di teorie e soluzioni applicative diverse se non addirittura contrastanti tra loro. Ad esempio, con riguardo alle *end-life decisions*, si invoca la dignità sia per sostenere che per contrastare l'eutanasia, facendo leva rispettivamente sulla necessità di individualizzare il concetto di morte dignitosa e sull'esigenza di non trattare alla stregua di *res* inutile chi versi in condizioni estreme¹. A fronte, poi, di un progresso scientifico che appare capace di mettere in discussione i confini stessi dell'umano – con la clonazione, le manipolazioni genetiche e le forme più avanzate di procreazione medicalmente assistita –, v'è chi discute di dignità post-umana per

¹ Cfr.: T.E. QUILL, *Death and Dignity: A Case of Individualized Decision Making*, in *New England Journal of Medicine*, 324, 1991, p. 691 e ss.; P. RAMSEY, *The Indignity of 'Death with Dignity'*, in *Hastings Center Studies*, 2, 2, 1974, p. 47 e ss.

sostenere le innovazioni² e chi, invece, alza lo scudo difensivo della dignità “naturale” della specie³.

Ed anche al di là della bioetica, gli appelli alla dignità sono frequenti e purtroppo spesso inascoltati in molti altri settori: il trattamento dei rifugiati e degli immigrati, l’impiego dei bambini nei conflitti armati, lo sfruttamento del lavoro e del corpo dei minori, la tratta delle persone, la pena di morte, l’uso della tortura, le situazioni di prigionia estrema, le discriminazioni di ogni tipo. Né mancano costruzioni più elaborate, che fanno derivare da questo supremo concetto una serie di implicazioni in tema di teoria politica ed etica del discorso, libertà di espressione, giusto processo, accesso alle informazioni. Inutile dire che l’elenco potrebbe continuare pressoché all’infinito.

Si ha ben presto l’impressione, così, di trovarsi al cospetto di una sorta di Santo Graal delle scienze umane, ma si avverte pure la difficoltà di definire, concettualizzare od almeno esprimere quest’ideale.

In fondo, si può pensare di estendere alla dignità quel che Zygmunt Bauman dice a proposito della felicità, ossia che regna la massima incertezza ove voglia andarsi al di là delle pleonastiche asserzioni per cui essa va tenuta in gran conto ed è meglio averla che non averla. Vista da un osservatore esterno, la dignità «di qualcuno può essere molto difficile da distinguere da ciò che fa orrore a un altro» cosicché, quando si tratta «di *applicare* quel termine a queste o a quelle cose, o a questi e a quegli stati di cose, ne scaturiscono interpretazioni e posizioni controverse a più non posso»⁴. Nell’ottica psicologica individuale, la dignità – come la felicità – può ben atteggiarsi a «oscuro oggetto del desiderio»⁵ e cambiare sembianze anche in modo

² N. BOSTROM, *Dignity and Enhancement*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President’s Council on Bioethics*, Washington, D.C., 2008, p. 173 e ss.; ID., *In Defence of Posthuman Dignity*, in *Bioethics* 19, 2005, p. 202 e ss.

³ Rappresentativamente, J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002.

⁴ Z. BAUMAN, *L’arte della vita*, Roma-Bari, 2009, p. 35.

⁵ Il film surreale di Luis Buñuel del 1977 (*Quell’oscuro oggetto del desiderio*) è qui volutamente evocato non solo per la suggestione del titolo, ma anche perché la trovata del regista di far alternare – senza logica evidente – due attrici nello stesso ruolo dell’unica protagonista si presta ad una lettura psicoanalitica, in base alla quale è possibile rincorrere un ideale apparentemente unico senza

repentino e imprevedibile, ma, nel mondo del diritto, «la legittimità delle decisioni giudiziali» e dei provvedimenti normativi dipende «dalla possibilità di produrre una argomentazione giuridica razionale»⁶. Ed allora, poiché i richiami alla dignità umana permeano leggi, sentenze ed articoli di dottrina – oltre che il linguaggio comune –, è ineludibile la necessità di investigare il significato più autentico del concetto per capire se esso abbia una reale valenza orientativa o critica, se possa giovare al legislatore od all'interprete, se abbia, debba o possa avere un ruolo ed eventualmente quale nel diritto penale.

Si tratta, però, di un'indagine impari, che si dipana tra la filosofia politica e morale, l'antropologia, le teorie dell'interpretazione, dell'argomentazione, del diritto e della democrazia per arrivare alle questioni concrete e che non consente – proprio per la densità del tema – l'analisi separata di uno dei profili summenzionati. Insomma, il penalista non può farsi scudo della specificità della propria disciplina per trascurare una serie di nodi problematici, che formano la trama di un ordito più complesso. Ciò conferisce alla ricerca un particolare interesse, ma è anche il motivo per cui ogni trattazione non potrà che essere incompleta, parziale, controvertibile ed aperta.

Pur consapevole delle difficoltà che avrei incontrato, ho voluto insistere lungo un cammino impervio, ma ricco ed affascinante, che credo possa risultare d'interesse tanto per il giurista teorico, che si interroghi sui concetti, quanto per il pratico, che intenda fare un uso accorto degli strumenti a sua disposizione, e fors'anche – lo si spera – per un legislatore che voglia conferire umanità, razionalità e coerenza alla normazione. Del possibile pubblico di riferimento si è cercato di tener conto nella strutturazione del lavoro, che mira a considerare aspetti concettuali ed impieghi concreti anche in prospettiva *de iure condendo*.

Non sfugge che – in questa stagione di legislazione rapsodica, concentrata su vere o presunte emergenze – possa apparire fuori asse avviare la riflessione su un

accorgersi di come questo muti continuamente struttura e configurazione fino a diventare altro dall'idea originaria. Ciò sembra valere pure per felicità e dignità, traguardi inseguiti senza posa nell'arco di tutta la vita, ma riempiti di contenuti diversi a seconda dei momenti.

⁶ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, p. 3.

tema apparentemente astratto. Del resto, è ormai risalente l'amara constatazione della «mancanza di interesse, oggi in vistosa crescita, per le questioni politiche di ampio respiro (non certo per i problemi economici e sociali di ogni giorno) nell'occidente del continente europeo»⁷. Tuttavia, si può riacquistare la giusta misura delle cose ed il senso della prospettiva per riguardare i dettagli solo recuperando idealità, progettualità ed ampio respiro. L'attenzione ai principi muove in questa direzione ed aiuta a cogliere le contraddizioni insiste in sistemi che, al contempo, connotano in senso fortemente eticizzato alcune aree, come quelle dell'inizio e del fine vita o del consumo di stupefacenti, mentre ne regolano altre – l'immigrazione clandestina, la lotta al terrorismo, il contrasto alla microcriminalità – sulla base di logiche utilitaristiche talora dimentiche della dignità delle persone.

Se questo è l'afflato del presente lavoro, un realistico senso di inadeguatezza induce, però, ad articolare una difesa preventiva rispetto alla prevedibile e comprensibile accusa di *hybris* per aver affrontato il tema sommamente impegnativo della dignità umana: non v'è la pretesa di dire parole risolutive e neppure il tentativo di approntare una definizione, stante la pregnanza del concetto che sconsiglia qualsivoglia *actio finium regundorum*. Si vuole, ben più modestamente, stringere l'obiettivo su quest'oggetto misterioso e sfuggente per delineare una mappa concettuale a maglie larghe. Questa mappa potrà, poi, valere quale base di partenza per affrontare le molte questioni e suggestioni correlate al tema, che non possono essere esaminate in questa sede, ma che resteranno implicite e di fondo. L'obiettivo è quello di un'osservazione e ricostruzione attenta, con vocazione sistematica 'penalisticamente orientata' e – mi si conceda – con qualche intento critico.

A tale scopo, si illustrerà – sia pure a grandissime linee – il percorso che ha portato a innestare nel diritto positivo quel concetto di dignità umana, che, in precedenza, aveva costituito oggetto di attenzione pressoché esclusivamente da parte dei filosofi. Saranno, poi, esaminate le elaborazioni dottrinali più significative e talune emblematiche applicazioni giurisprudenziali, per comprendere meglio quale impiego si sia fatto o si pensi di poter fare di questo ideale supremo. Verranno

⁷ I. BERLIN, *Le idee politiche del ventesimo secolo*, in ID. *Libertà*, a cura di H. HARDY, Milano, 2005, p. 85.

proposte alcune riflessioni – che non aspirano ad essere conclusive, ma, al più, interlocutorie – sul ruolo polivalente della dignità umana nel diritto penale. In quest’ambito, infatti, non è infrequente l’appello alla dignità come possibile fondamento di legittimazione o criterio di orientamento delle scelte di criminalizzazione nonché in veste di canone ermeneutico, guida del trattamento sanzionatorio e baluardo posto a tutela ora del reo ora della vittima ora della collettività intera, temi che intercettano, a loro volta, argomenti classici e cari alla dottrina penalistica quali quelli inerenti alle finalità, alla struttura ed ai limiti del diritto penale.

Sul piano metodologico, l’argomento della disamina – che sembra esprimere meglio di ogni altro l’aspirazione all’universalità da parte dell’umanità intera⁸ – giustifica, anzi impone, per di più in quest’epoca di globalizzazione, di estendere lo sguardo ben oltre i confini nazionali. Emerge così che il tema della dignità umana – in Italia ancora poco approfondito – è al centro di un dibattito che ha preso l’avvio in Germania per estendersi *all over the world*, pur restando prevalente nella *western culture*. Ciò espone inevitabilmente al rischio di settarismo culturale, di occidentalismo, ma trattasi di questioni più generali con le quali ciascuno di noi è chiamato a confrontarsi, ammettendo i condizionamenti derivanti dal contesto di appartenenza ed i limiti delle proprie conoscenze.

Proseguendo su questa linea di esplicitazione delle premesse, è bene riconoscere fin da subito che il punto di osservazione prescelto è quello del pensiero liberale, disposto a superare le barriere attraverso una piattaforma di dialogo che miri all’inclusione. In fin dei conti, «il fatto che non si possa pensare se non “all’interno” di determinati paradigmi non implica che non si possa “cambiare” paradigma»⁹ e la

⁸ Così pure Y. ARIELI, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 12, per il quale «il principio e la teoria dell’intrinseca dignità dell’uomo e dei diritti umani costituiscono indubbiamente un rimarchevole esempio di un’idea potente che incorpora un sistema di valori, che richiede validità universale».

⁹ G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009, p. 209.

verità – ammesso che esista – può nascere «dal confronto tra convinzioni refrattarie alla riconciliazione e tra i rispettivi portavoce poco disposti al compromesso»¹⁰.

Detto questo, devo anticipare che, verosimilmente, al termine del lavoro le domande continueranno a soverchiare le risposte, tanto nel numero quanto nella profondità e problematicità. È anzi probabile che nuovi interrogativi si aggiungeranno a quelli di partenza e che apparenti certezze verranno scardinate. Non c'è teoria della dignità che possa addurre a sostegno prove inconfutabili e ci si deve accontentare di argomenti persuasivi, che reggano alla prova dei fatti. Ciononostante, «proprio come non possiamo smettere di indagare la nostra umanità, così non possiamo smettere di indagare il significato della dignità umana»¹¹, che impegna in una ricerca «eterna»¹². Per me sarebbe già un traguardo poter accrescere, anche solo in misura infinitesima, la consapevolezza dei vari aspetti e modi in cui la dignità potrebbe contribuire al discorso giuridico, specie in ambito penale.

¹⁰ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Roma-Bari, 2007, p. 210.

¹¹ J. MALPAS-N. LICKISS, *Introduction to a Conversation*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 5.

¹² W.J. BRENNAN, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *University of California Davis Law Review* 19, 1985, p. 12 e ss.

CAPITOLO I

LE RADICI STORICHE E FILOSOFICHE DEL CONCETTO DI DIGNITÀ UMANA

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'antichità classica: dalla *polis* greca al respiro cosmopolita dell'epicuresimo e dello stoicismo – 3. L'avvento del Cristianesimo e il Medioevo – 4. L'Umanesimo rinascimentale – 5. La versione kantiana della dignità umana e la sua evoluzione – 6. Quadro sinottico dei significati di dignità consegnati dalla tradizione storica e filosofica occidentale: la nozione ontologica e quella pratica.

1. Premessa

Esaminare i possibili riflessi della dignità umana nell'orizzonte del diritto penale – assai ampio se misurato dai presupposti teorici di legittimazione ai risvolti applicativi più specifici – è tema di per sé talmente esteso da sconsigliare qualsivoglia divagazione. Va, però, considerato che il significato stesso del concetto è controverso a tal punto da apparire spesso indecifrabile, contraddittorio o inconducente. Per valutarne gli impieghi, è, dunque, imprescindibile chiarire la natura e la conformazione dello strumento, anche a costo di sacrificare poi la disamina delle questioni minute.

In quest'ottica, una panoramica – sia pur rapida e sintetica – dell'evoluzione che l'idea di dignità umana ha avuto nella storia del pensiero non risponde a velleità filosofiche o storiografiche, ma costituisce un passaggio obbligato dell'analisi. Seguendo l'insegnamento di Wittgenstein, infatti, per comprendere il significato di una parola o di un concetto non si può provare a indovinare, ma «si deve guardare al suo impiego ed imparare da esso»¹. In tema di dignità, ciò vale tanto se si accede a teorie giusnaturalistiche, che trovano nel passato autorevoli referenti, quanto se si giudica tale concetto un «costrutto storico», che «muta con l'evoluzione delle

¹ L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, trad. inglese a cura di G.E.M. Anscombe, III ed., Oxford: Blackwell, 2001, § 340.

concezioni morali e dei modelli culturali che orientano l'immagine e l'autocoscienza dell'essere umano»².

Chi scrive non nasconde di propendere per quest'ultima impostazione, confermata dalla polisemia sincronica e diacronica del termine e da quel divenire che non consente di riconoscere nella dignità, in tutte le epoche, un valore incontestabilmente positivo insito nella natura stessa dell'uomo. La visione storica ha, quindi, il merito di sottrarre la dignità alla mitizzazione, a quel «processo cioè che costringe una *realtà* a compiere un vistoso salto di piani trasformandosi in una *metarealtà*», in «una entità metastorica» che si assolutizza e, così facendo, diventa «oggetto di credenza piuttosto che di conoscenza»³. Al giurista ed alla democrazia giova più quel che si costruisce e rinsalda con la comprensione e la critica che non quel che si vuole indiscutibile per definizione.

Quanto al metodo, l'analisi che segue è svolta volutamente per assi portanti, senza entrare troppo nel dettaglio delle correnti filosofiche e dei testi giuridici richiamati, in maniera tale da far emergere più chiaramente il filo conduttore della riflessione che si intende svolgere sulla dignità. Anche la panoramica degli ordinamenti costituzionali nazionali – che trova spazio nel capitolo successivo – è condotta col grandangolo piuttosto che con lo *zoom*, nella convinzione che la conseguente inevitabile genericità di alcune asserzioni sia comunque da preferire ad una cura per il dettaglio che faccia perdere la visione d'insieme.

2. L'antichità classica: dalla *polis* greca al respiro cosmopolita dell'epicureismo e dello stoicismo

Prendendo le mosse dalle radici della cultura occidentale, è dato di osservare che, nel mondo classico, manca l'idea di uguaglianza nella dignità ed i greci – per i quali l'uomo in sé costituiva un'idea troppo astratta – finivano per apprezzare il valore dell'*anthropos* in funzione delle sue qualità di cittadino⁴.

² G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO-L. LA ROSA, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, p. 33.

³ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 45 e s.

⁴ Per ulteriori approfondimenti: W. BOER, *Private Morality in Greece and Rome: Some Historical Aspects*, Leiden: E.J. Brill, 1979; G.B. FERNGREN, *The Imago Dei and the sanctity of life: the origins of an idea*, in *Euthanasia and the Newborn*, a cura di R.C. MCMILLAN-H.T. ENGLEHARDT-S.F.

Si tratta di una visione non egualitaria, perché non poteva «essere uguale al greco il barbaro né, a maggior ragione, il meteco o lo schiavo»⁵. Si tratta, altresì, di una visione fortemente localizzata e storicizzata, che riflette i valori di un certo ordine socio-politico. Così, se a Sparta – costretta a difendersi senza posa dalle minacce di invasione – il prototipo del cittadino è l'*andreios*, cioè il coraggioso, ad Atene, dove l'elevazione dello spirito prevaleva sulla cultura del corpo, l'uomo virtuoso è soprattutto il *dikaion*, il giusto. È quest'ultimo l'ideale greco arrivato fino ai giorni nostri dopo essere stato recepito dai romani, che avevano fatto della *dignitas* l'equivalente latino dell'*axia*⁶.

Nessuna epoca, tuttavia, è monocromatica come dimostra il fatto che, già nel V sec. a.C., il sofista Antifonte si opponeva all'elitarismo ateniese per affermare l'uguaglianza per nascita di tutti gli uomini, precorrendo così il nuovo spirito cosmopolita dell'età ellenistica⁷.

Ed è appunto con le conquiste di Alessandro, prima, e con l'Impero romano, poi, che si realizza il superamento delle frontiere culturali oltre che geografiche, facendo sentire all'uomo di appartenere ad una città universale piuttosto che ad un microcosmo e di dover obbedire alle stesse leggi di natura che reggono l'universo intero. Il nuovo spirito trova espressione nell'epicureismo e nello stoicismo, correnti filosofiche che guardano entrambe all'uomo come figlio della natura dotato di ragione e privilegiano i legami di *philia* e *sympathéia* rispetto a quelli politici⁸.

SPICKER, Dordrecht: Reidel, 1987, p. 23 e ss.; J.M. RIST, *Human Value: A Study in Ancient Philosophical Texts*, Leiden: E.J. Brill, 1982; S. TZITZIS, *De la valeur de l'autre à l'autre comme Valeur*, in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Parra*, 2009, p. 516; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, p. 7 e ss. e 153 e s.

⁵ S. TZITZIS, *op. loc. ult. cit.*

⁶ Cfr. S. TZITZIS, *op. cit.*, p. 517 e s.

⁷ Cfr.: J. DE ROMILLY, *Les Grands Sophistes dans l'Athènes de Périclès*, Paris, Biblico/essais, 1989, p. 139 e s.; T. TODOROV, *Nous et le autres*, Paris, 1989, p. 92, *Noi e gli altri*, trad. it., Torino, 1996; G. GIANNANTONI, *La ricerca filosofica: storia e testi*, Torino, 1985, p. 76.

⁸ In merito al pensiero stoico sulla dignità, cfr.: Y. ARIELI, *op. cit.*, p. 13 e ss.; M. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., 2008, p. 352 e ss.; ID., *Kant and Stoic Cosmopolitanism*, in *Journal of Political Philosophy* 5, 1997, p. 1 e ss.; ID., *The Worth of Human Dignity: Two tensions in Stoic Cosmopolitanism*, in G. CLARK-T. RAJAK (eds.) *Philosophy and*

Questo umanesimo classico – sebbene esente da distinzioni di classe, razza o cittadinanza – conserva ancora dei tratti elitari, perché incentrato sul filosofo, sul saggio, cioè su un uomo con particolari doti di spirito, che lo portano a sviluppare l’amicizia, ad operare adeguandosi al *logos* universale e ad accettare senza ribellione il proprio destino⁹.

Un carattere ancor più elitario si ritrova poi nella dimensione politico-sociale del mondo romano, dove il termine *dignitas* era usato per indicare il rango – di regola legato al merito – e, quindi, il distinguo di un uomo rispetto ad un altro giudicato inferiore¹⁰.

È solo con l’affermarsi della religione cristiana che il lemma acquista anche un significato egualitario, essendo impiegato per designare un carattere essenziale della natura umana.

3. L’avvento del Cristianesimo e il Medioevo

Nell’emisfero occidentale, è innegabile il contributo della teologia ebraico-cristiana alla costruzione di un collegamento indissolubile tra dignità e umanità¹¹, basato sul racconto della Genesi e sull’incarnazione di Dio nel Cristo: poiché Dio ha creato gli uomini a sua immagine e li ama tutti alla stessa maniera, al punto da aver

Power in the Graeco-Roman World: Essays in Honour of Miriam Griffin, Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 31 e ss. Con particolare riguardo allo stoicismo romano e, nell’ambito di questo, all’impostazione ciceroniana: H. CANKIK, ‘Dignity of Man’ and ‘Persona’ in *Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I, 105-107*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 19 e ss., il quale ravvisa proprio in un passo di Cicerone (*De Officiis*, 1.30.105-107) il primo impiego del termine *dignitas* – di regola utilizzato dallo stesso filosofo per indicare il rango od il valore dell’individuo – con riferimento alla natura dell’uomo.

⁹ Cfr.: E. BLOCH, *Naturecht und menschliche Würde*, Frankfurt a.M., 1961, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it. a cura di G. RUSSO, Torino, 2005, p. 11 e ss.; S. TZITZIS, *op. cit.*, p. 519 e s.

¹⁰ *Ex plurimis*: U. VINCENTI, *op. cit.*, p. 12 e ss.

¹¹ Sulla tradizione ebraica, cfr.: Y.M. BARILAN, *Dignità umana e tradizione ebraica*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 163 e ss.; Y. LOBERBAUM, *Blood and the Image of God*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 55 e ss.; L. PEPI, *La dignità dell’uomo nell’ebraismo*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, p. 61 e ss.; C. SAFRAI, *Human Dignity in a Rabbinical Perspective*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 99 e ss.

ammesso il sacrificio del Figlio per salvarli, allora a tutti compete uguale rispetto e considerazione¹². Il profilo cristiano della dignità si è delineato a partire da questo nucleo centrale.

Dopo che alcuni Padri della Chiesa avevano inteso «a immagine» di Dio solo l'anima e dopo che altri avevano, invece, affermato il primato del corpo¹³, è all'Aquinate che si deve la definitiva unificazione dei due aspetti nella nozione di «persona», intesa quale sostanza individuale di natura razionale¹⁴. Nel pensiero di San Tommaso, l'anima razionale, riflesso immediato della somiglianza a Dio, conferisce unità dinamica all'organismo umano ed è il fondamento di quella dignità – naturale, innata od ontologica che dir si voglia – che appartiene ad ogni uomo per la sua natura intellettuale e non viene distrutta o sminuita neppure dal peccato¹⁵; sempre l'elemento razionale, inoltre, è determinante per esercitare il *dominium* su emozioni e sentimenti ed acquistare, per questa via, la dignità esistenziale, che è propria solo dei giusti¹⁶.

Se quest'ultima accezione – nella misura in cui implica graduabilità, perfettibilità e conseguibilità per meriti – ricorda l'*axia* o la *dignitas*, la dignità

¹² Diffusamente, L. SEBASTIANI, *La dignità della persona nella tradizione cristiana*, in E. FURLAN (a cura di), *op. cit.*, p. 183 e ss.

¹³ Per una trattazione sintetica del tema dell'*imago dei* ai primordi della cristianità, si consiglia la consultazione della voce corrispondente in: *Encyclopedia of the Early Church*, a cura di A. BERNARDINO, Cambridge: James Clarke, 1992; *Encyclopedia of Early Christianity*, a cura di E. FERGUSON, New York: Garland, 1998. Più ampiamente, L. BOUYER-L. DATTRINO, *La spiritualità dei Padri. II-V secolo: martirio, verginità, gnosi cristiana*, Bologna, 1998.

¹⁴ La definizione di «persona» in termini di «*rationalis naturae individua substantia*» risale, invero, a Boezio (*Contra Eutychen*, 2, 3), ma deve indubbiamente la propria fortuna al fatto di essere stata fatta propria da San Tommaso (cfr. J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 176 e ss.). Per approfondimenti recenti sulla nozione di persona, cfr.: L. HONNEFELDER, *The Concept of a Person in Moral Philosophy*, in K. BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic, 1996, p. 139 e ss.; R. SPAEMAN, *Persone. Sulla differenza tra «qualcosa» e «qualcuno»*, Roma-Bari, 2005.

¹⁵ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae* I II 85, 1c: «*bonum naturae nec tollitur nec diminuitur per peccatum*».

¹⁶ Si tralascia qui il riferimento alla dignità definitiva, in quanto essa – competendo ai beati, che raggiungono la somiglianza a Dio nella gloria – trascende per definizione la dimensione terrena, alla quale, invece, si ancora il presente studio.

ontologica è, invece, un portato del nuovo credo, costantemente ribadito fin nei documenti più recenti della Chiesa cattolica¹⁷.

Le barbarie perpetrate in nome della fede – dalle persecuzioni degli eretici, alle guerre di religione, agli atti di discriminazione e quant'altro – hanno macchiato la storia millenaria del Cristianesimo e dimostrato che non sempre il rispetto incondizionato della dignità è stato osservato. Ciò non toglie, tuttavia, che l'ideale cristiano di dignità abbia segnato fortemente la storia del pensiero, attraversando i secoli e giungendo fino ai giorni nostri sul volano della religione, che ha abbracciato l'Europa e fatto avvertire la sua influenza ben oltre i confini del mondo occidentale¹⁸. Lo si deve al fatto che – a partire dal IV sec. d.C. e per tutto il Medioevo – la cristianità ha assunto quel ruolo di elemento di unificazione del continente, che, in precedenza, era stato svolto dalla compagine imperiale e, per il suo tramite, dalla cultura classica.

L'esperienza dei monasteri¹⁹, la conversione dei popoli barbari e l'autorità della Chiesa hanno portato via via alla costruzione di una civiltà nuova, la cui vocazione universalistica ha trovato espressione politica nel Sacro Romano Impero e

¹⁷ A titolo esemplificativo, si rinvia – anche per la densità di riferimenti alle fonti precedenti – a: CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione dignitas personae su alcune questioni di bioetica*, approvata dal Pontefice il 20 giugno 2008, in <http://alftroll.wordpress.com/documenti-della-chiesa-cattolica/istruzione-dignitas-personae-su-alcune-questioni-di-bioetica>.

¹⁸ Ad esempio, per cogliere – accanto alle innegabili differenze – taluni interessanti aspetti di continuità tra Cristianesimo e Islam sul tema della dignità, cfr. D. ANSELMO, *Dignità dell'uomo e prospettive islamiche*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *op. cit.*, p. 85 e ss. L'A. citato, tra l'altro, segnala come, anche per il credo islamico, la dignità «consta di due stadi, il primo riconosciuto a tutti gli uomini, il secondo riconosciuto agli uomini che agiscono bene» (p. 96). È vero che, «differentemente dalla concezione occidentale, la concezione islamica si fonda su un'idea di uomo che si annulla nella comunità» e colloca «i diritti sociali in una posizione privilegiata rispetto ai tradizionali diritti di libertà» (p. 96 e s.), ma l'esistenza di dati comuni costituisce un confortante punto di partenza per l'avvio e la prosecuzione del dialogo. In ogni caso, S.G. GREEN, *Human Dignity and the Law*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 151, segnala giustamente che i principi cristiani hanno finito per diventare la principale fonte storica della dignità a prescindere dal loro significato religioso.

¹⁹ Per un approfondimento sulla realtà e sul significato del monachesimo medievale, G. FALCO, *La Santa Romana Repubblica*, Milano-Napoli, 1986, cap. V.

giuridica nello *ius commune*²⁰. Quella civiltà ha posto in primo piano la fede, ma ha anche consentito la conservazione e perpetrazione del sapere greco e latino, pur reinterpretato alla luce del nuovo sentire²¹.

Con la crisi dell'impero medievale e la formazione di stati nazionali, principati e comuni, le diverse radici culturali sono tornate a intrecciarsi secondo combinazioni differenti nonché ad arricchirsi di nuovi innesti.

4. L'Umanesimo rinascimentale

Nella nuova e dinamica società mercantile, «il tradizionale sapere delle *Scholae* medioevali, con i suoi interessi prevalentemente metafisico-religiosi, la sua visione statica dell'uomo, il suo atteggiamento contemplativo di fronte al mondo, appare ormai inequivocabilmente incapace di esprimere la nuova coscienza sociale e il suo realistico attaccamento ai problemi dell'aldiqua. Alla ricerca di *altri* modelli culturali, gli umanisti rigettano quindi l'eredità medioevale e *scelgono* quella dell'antichità classica, vedendo nei suoi valori i *propri* valori»²².

Nasce una nuova figura di intellettuale laico²³, matura uno spirito mondano e antropocentrico, si realizza l'esaltazione del ruolo della ragione e viene recuperata dal mondo classico la fiducia nell'*homo faber ipsius fortunae*, ora iscritta, però, in un orizzonte concettuale che non pone il rapporto tra uomo e Dio in termini di alternatività bensì di coesistenza²⁴.

Tale rinnovato atteggiamento percorre ogni espressione dell'ingegno – dalla letteratura alle arti figurative, alla filosofia, alla teoria politica – e si trova emblematicamente espresso nel *De dignitate et excellentia hominis* di Giannozzo Manetti²⁵ e soprattutto nella celebre orazione di Giovanni Pico della Mirandola *De*

²⁰ Si rimanda, in proposito, a F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970.

²¹ Cfr. F. CALASSO, *op. cit.*, 161.

²² N. ABBAGNANO-G. FORNERO, *Protagonisti e testi della filosofia*, vol. II, Torino, 1996, p. 10.

²³ È a quest'epoca, ad esempio, che risale la celebre formula di Grozio dell'*etsi Deus non daretur*, che insegna a sviluppare ragionamenti e ad articolare norme valide anche al di fuori dell'esistenza di Dio.

²⁴ Sul tema, in generale, si rinvia a: J.H. RANDALL, Jr. *The Making of the Modern Mind*, Boston: Houghton Mifflin, 1940; C.H. TRINKAUS, *In Our Image and Likeness. Humanity and Divinity in Italian Humanist Thought*, Chicago-London: The University of Chicago Press, 1970.

²⁵ G. MANETTI, *De dignitate et excellentia hominis*, Roma-Padova, 1974.

hominis dignitate, ove si esalta un uomo posto al centro del mondo, capace di placare appetiti e passioni con la forza della ragione, dotato di facoltà creatrici, dominatore della natura e responsabile del proprio destino tanto da potersi abbassare al livello dei bruti od elevare verso Dio²⁶.

Sempre nel Rinascimento, si inizia a far leva sulla nozione di dignità ontologica per formulare l'idea di diritti universali, di cui è titolare non solo il cristiano, l'intellettuale od il potente, ma ogni essere umano in quanto dotato di ragione²⁷.

Resta, quindi, fermo il tema della superiorità/dignità dell'uomo derivante dalla considerazione privilegiata nella creazione divina; si rinsalda, nell'*Ancient Regime*, l'antica accezione legata al rango sociale²⁸; in più, guadagna terreno quella dignità dinamica che è data dal retto esercizio del libero arbitrio.

Questa fiducia nella dignità fondata sulla ragione e sulla libertà mette in comunicazione l'Umanesimo rinascimentale con l'Illuminismo da venire, passando per Pascal, che riconosce la dignità dell'uomo nella sua attitudine al pensiero²⁹, e per Pufendorf, che, anticipando in parte Kant, lega la dignità alla libertà morale³⁰.

²⁶ G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, a cura di F. BAUSI, Parma, 2003. Sul pensiero del filosofo rinascimentale, P.C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Milano, 2000.

²⁷ È l'impostazione che troviamo soprattutto negli scritti di Francisco de Vitoria (cfr. F. DE VITORIA, *Relectio de Indiis. La questione degli Indios* (1539), a cura di A. LAMACCHIA, Bari, 1996) e in successivi esponenti della seconda scolastica spagnola, impostazione che ha influenzato i teorici del moderno diritto naturale.

²⁸ Emblematicamente T. HOBBS, *Leviathan* (1651), *Leviatano*, trad. it. a cura di G. MICHELI, Scandicci, 1987, p. 84 e s., scrive che «il pregio pubblico di un uomo, che è il valore attribuitogli dallo Stato, è ciò che gli uomini chiamano dignità. Questo suo valore è significato dallo Stato con cariche di comando, di giurisdizione, di pubblici impieghi, o con i nomi e i titoli introdotti per la distinzione di tale valore».

²⁹ «L'uomo è manifestamente nato a pensare; qui sta tutta la sua dignità e tutto il suo pregio» (B. PASCAL, *Pensées* (1669), *Pensieri*, trad. it. a cura di P. SERINI, Torino, 1974, n. 78).

³⁰ In argomento: P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009, p. 18; ID., *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Roma, 2007, p. 15 e ss.

5. La versione kantiana della dignità umana e la sua evoluzione

Nel Secolo dei lumi, i grandi temi della cultura rinascimentale – dalla celebrazione dell'individuo alla difesa della sua dignità, dall'esaltazione della ragione e della libertà al rifiuto del principio di autorità – vengono ripresi e radicalizzati, con lo spirito di palingenesi critica tipico dell'epoca³¹. In un contesto di progressiva e sempre più spinta laicizzazione della cultura, il divino è «confinato in cieli sconosciuti e inaccessibili; l'uomo, e l'uomo soltanto, diventa la misura di tutte le cose (...), la propria ragion d'essere e il proprio fine»³².

È fulgida espressione di questo atteggiamento la celebre definizione kantiana della dignità umana³³, risalente, nella sua prima formulazione, al 1785³⁴ e divenuta, da allora in poi, ineludibile parametro di riferimento e confronto per ogni discorso sull'argomento.

Per il filosofo tedesco, la dignità è il «valore intrinseco»³⁵ che esprime l'unicità e insostituibilità di ogni persona³⁶, cioè dell'essere ragionevole che è fine in

³¹ Così autorevolmente N. ABBAGNANO-G. FORNERO, *op. cit.*, p. 554.

³² P. HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, Torino, 1964, p. 12.

³³ Non si ravvisi in tale affermazione una presa di posizione definitiva sulla questione – ancora storiograficamente controversa e, comunque, non pertinente al tema di questo scritto – della collocazione della filosofia kantiana nelle grandi correnti della storia del pensiero. Tuttavia, la scelta della critica come metodo, il primato della ragione e la tendenza a cercare nell'uomo i fondamenti della conoscenza, dell'etica e dell'esperienza estetica sembrano porre il filosofo in linea di continuità con l'Illuminismo e giustificare l'impostazione qui seguita (cfr. N. ABBAGNANO-G. FORNERO, *op. cit.*, p. 712 e s.).

³⁴ Il filosofo espone, infatti, il suo pensiero nella *Fondazione della metafisica dei costumi* (qui citata nell'edizione italiana a cura di R. ASSUNTO, Roma-Bari, 1980) per poi tornare sull'argomento nella successiva *Metafisica dei costumi* del 1797 (qui citata nella traduzione italiana di G. VIDARI, rivista da N. MERKER, Roma-Bari, 1991).

³⁵ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, *cit.*, p. 68. Per una aggiornata disamina delle questioni filosofiche che ruotano attorno alla distinzione tra valore intrinseco ed estrinseco, si rinvia a M.J. ZIMMERMAN, *Intrinsic vs. Extrinsic Value*, in <http://plato.stanford.edu/entries/value-intrinsic-extrinsic> (pubblicato il 22 ottobre 2002 e riedito con revisioni sostanziali il 17 dicembre 2010).

³⁶ Per dirla con le parole di Kant, «nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità. Il posto di ciò che ha un prezzo può esser preso da qualcos'altro di equivalente; al contrario ciò che è superiore a ogni prezzo, e non ammette nulla di equivalente, ha una dignità» (I. KANT, *op. loc. ult. cit.*). Formulazione sostanzialmente analoga è contenuta nella *Metafisica dei costumi*, *cit.*, p. 333.

sé e non può venire impiegato semplicemente come mezzo³⁷. Poiché «l'uomo non può far a meno di rappresentarsi così la propria esistenza» e poiché «ogni essere ragionevole si rappresenta anch'esso così la propria esistenza», allora non può che valere il seguente imperativo pratico: «agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona sia in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo»³⁸. Da ciò discendono, tra l'altro, l'esistenza di doveri verso sé stessi³⁹, oltre che verso gli altri⁴⁰, e la prescrizione di non limitarsi a conservare l'umanità, ma di promuoverla⁴¹.

La dignità in senso kantiano, collocandosi nella metafisica dell'etica, è sganciata dalla contingenza⁴². Essa ha in comune con l'accezione cristiana il fatto di porre l'uomo «al di sopra di tutti i comuni esseri della natura»⁴³ e di risultare ineliminabile – in quanto tratto distintivo dell'essere dotato di ragione – nonché indisponibile da parte dello stesso titolare. Si differenzia, però, dalla concezione religiosa per il fatto di non essere il riflesso della perfezione e della volontà di un Essere superiore, ma il portato della natura ragionevole che è fine in sé. In tale contesto, la moralità non consiste in un cammino verso Dio guidato dalla grazia, ma nel rapporto di ogni azione con la legislazione del regno dei fini, che impone di agire secondo massime universalizzabili e non fondate sull'interesse. In altri termini, la dignità dell'uomo fenomeno – la cui natura è soggetta alle passioni ed agli istinti – non è accresciuta dall'agire tendente a Dio bensì dall'agire secondo il dovere, che faccia prevalere la ragione sugli impulsi.

³⁷ Cfr.: I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 60; ID., *Metafisica dei costumi*, loc. ult. cit.

³⁸ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, loc. ult. cit.

³⁹ Per una esposizione analitica dei doveri verso sé stessi, I. KANT, *Metafisica dei costumi*, cit., p. 271 e ss.

⁴⁰ Cfr. I. KANT, *op. ult. cit.*, p. 315 e ss.

⁴¹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 62.

⁴² Per approfondimenti sul pensiero kantiano, tra gli altri, P. BECCHI, *L'idea kantiana di dignità e le sue attuali implicazioni in ambito bioetico*, in P. BECCHI-G. CUNICO-O. MEO (a cura di), *Kant e l'idea di Europa*, Genova, 2005, p. 15 e ss.

⁴³ I. KANT, *op. ult. cit.*, p. 73.

La maggiore fortuna presso i posteri, invero, non ha interessato tutta questa costruzione teorica, figlia del criticismo e investita in quanto tale della complessiva reazione anti-illuministica maturata già col Romanticismo. Piuttosto, ha incontrato ampi consensi una versione estremamente semplificata, spogliata della metafisica e ridotta al solo imperativo pratico – prima ricordato – di trattare l’umanità, sia nella propria persona che in quella altrui, sempre anche come fine e non solo come mezzo.

Le ragioni del successo vanno ricercate nel fatto che, in questi termini, l’impostazione kantiana è potuta diventare punto di riferimento tanto di laici, che apprezzano la morale di fondo sganciata dall’esistenza di un Essere superiore, quanto di credenti, che la coniugano con la visione tomistica della persona⁴⁴. Essa, inoltre, è risultata funzionale a scopi divulgativi e ben spendibile nel discorso politico, specie dopo che le due guerre mondiali e l’Olocausto hanno messo innanzi al mondo intero quali orrori siano prodotti dalla negazione del valore dell’individuo.

Ed ecco che, dalla conclusione del secondo conflitto mondiale in poi, il discorso sulla dignità umana ha assunto un’importanza centrale non solo per i filosofi, ma nel dibattito pubblico in generale, dove ha riscosso ampia condivisione la «formula dell’oggetto» (*Objektformel*), in base alla quale c’è «lesione della dignità umana se la persona concreta diventa oggetto, strumento, quantità fungibile»⁴⁵. Il concetto di dignità fa, quindi, la sua prima comparsa sulla ribalta politica e giuridica con gli strumenti internazionali sui diritti umani e le costituzioni del secondo dopoguerra.

6. Quadro sinottico dei significati di dignità consegnati dalla tradizione storica e filosofica occidentale: la nozione ontologica e quella pratica

A questo punto – prima di esaminare nel dettaglio i modi del riconoscimento giuridico del concetto – può costituire un contributo di chiarezza espositiva e concettuale schematizzare le nozioni di dignità emerse nella storia del pensiero occidentale, le quali hanno finito per influenzare l’impostazione dei documenti internazionali per il tramite della cultura egemone.

⁴⁴ Così, tra gli altri, M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998, p. 275 e ss.

⁴⁵ G. DÜRIG, *Sub art. 1 n. 28*, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di T. MAUNZ-G. DÜRIG, München, 1958.

La disamina fin qui svolta, infatti, ha fatto emergere più accezioni e suggerito l'idea di una loro compresenza nel tessuto storico-sociale, almeno a partire da una certa epoca. Ed ancora oggi, in effetti, ogni studioso che si occupi dell'argomento punta su un qualche specifico significato: ad esempio, chi muove da premesse religiose o deontologiche aderisce alla versione cattolica od a quella kantiana; chi, da varie angolazioni, caldeggia ideali perfezionistici tende a riprendere la nozione classica legata al merito; si riaffaccia spesso anche la proiezione esterna in termini di onore/rango da tutelare rispetto a comportamenti denigratori.

In linea di massima, comunque, sembra opportuno distinguere una dignità innata od ontologica da una dignità come ideale di esistenza, che definiremo d'ora in poi, per comodità espressiva, «dignità dell'esistenza» o «dignità pratica»⁴⁶.

⁴⁶ Si è, ovviamente, consapevoli dell'esistenza di diverse altre classificazioni. Ad esempio, D.P. SULMASY, *Human Dignity and Human Worth*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 12 e ss., parla di «*attributed, intrinsic and inflorescent conceptions of human dignity*» e designa, con la prima, il merito o valore riconosciuto per dati meriti, abilità o poteri; con la seconda, quel valore che è comune a tutti gli esseri umani in quanto tali; con la terza, quanto è ritenuto si addica al rango dell'essere umano. E. FURLAN, *Dignità umana e bioetica: risorse e problemi di una nozione fondamentale*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 19 e ss., propone addirittura una esapartizione e distingue tra: «dignità inerente», che indica il valore intrinseco di ciascun essere umano; «dignità come merito o “*status sociale*”», che si apprezza in relazione alla posizione sociale rivestita od ai meriti conseguiti; dignità come «*statura morale*», che «deriva da pensieri e comportamenti coerenti con la legge morale o con il fatto di essere enti morali»; dignità «*dell'identità*» o «*psicologica*», che attiene alla «*autopercezione del proprio valore*» ed è connessa all'identità ed all'integrità fisica; dignità come autonomia, «*intesa non in senso kantiano (ossia come capacità dell'uomo di sottomettersi – talora faticosamente e lottando contro gli impulsi – alla legge morale), ma come possibilità di determinare la propria vita in base a preferenze e convinzioni morali personali*»; dignità post-umana, per la quale non v'è un *proprium* della natura umana da salvaguardare in quanto valore assiologico, dovendosi piuttosto valorizzare la capacità degli uomini di reinventarsi continuamente. Distinzioni tanto articolate, tuttavia, non giovano a fare chiarezza e rischiano piuttosto di complicare ulteriormente l'analisi. D'altra parte, la dignità inerente o intrinseca si identifica con quella qui definita innata od ontologica. Non vi sono, poi, ostacoli a far confluire le nozioni di dignità come merito, come statura morale, psicologica e *inflorescent* nella categoria della dignità pratica. Infine, la cosiddetta dignità post-umana non è altro che il preteso superamento della dignità intrinseca a favore di una prospettiva di costante miglioramento, che la scienza favorisce (sul concetto di dignità postumana, cfr.: N. BOSTROM, *Dignity and Enhancement*, *cit.*; ID., *In Defence of Posthuman Dignity*, *cit.*

La prima è legata alle caratteristiche paradigmatiche della specie, esprime il valore intrinseco dell'essere umano in quanto tale ed è, pertanto, uguale per tutti, non suscettibile di graduazione, innegabile, incredibile ed insopprimibile. Ovviamente, i connotati appena descritti non esprimono una realtà empirica, bensì un'esigenza etica. Essa affonda le radici nell'epicureismo e nello stoicismo, ma è stata compiutamente elaborata dalla teologia cristiana – che la fa discendere dalla natura dell'uomo quale creatura a immagine di Dio – e ripresa dalla metafisica kantiana, che la riferisce al noumeno quale essere razionale in sé. Nel tempo, quest'idea si è trasformata da precetto religioso e assunto filosofico in qualcosa di più ampio e pervasivo, una sorta di tessuto connettivo della cultura europea, che si è esteso poi all'intero mondo occidentale, andando dal terenziano «homo sum, humani nihil a me alienum puto»⁴⁷ al contemporaneo monito di Hemingway a ricordare, ad ogni rintocco di campana, l'appartenenza alla stessa umanità⁴⁸. Da questa dignità si fanno discendere una serie di doveri verso gli altri e fors'anche verso sé stessi, sinteticamente esprimibili in termini di obbligo al rispetto e divieto di strumentalizzazione.

La dignità pratica indica qualcosa di diverso, segnatamente uno *standard* umano di esistenza giudicato ottimale e determinato in base a parametri diversi a seconda delle epoche e dei contesti. Può essere conseguita, perduta, accresciuta e graduata e risulta collegata ai concetti di onore e reputazione, che indicano rispettivamente l'autopercezione di sé e la considerazione presso gli altri⁴⁹. Rientrano in questa categoria: l'*axia* del *polites*, summa delle doti del cittadino valutata secondo la scala di valori della città; la virtù del saggio epicureo e stoico, che si identifica con la capacità di adeguarsi alle leggi della *physis*; la *dignitas* dei romani, della nobiltà medievale e dell'*Ancient Regime* come stato dell'alto in carica; la dignità esistenziale dei cristiani, che si consegue, con l'aiuto della grazia, orientando a Dio l'uso delle proprie capacità; la dignità dell'uomo fenomeno, che deriva,

⁴⁷ PUBLIO TERENCE AFRO, *Heautontimorumenos*, v. 77.

⁴⁸ «... And therefore never send to know for whom the bell tolls. It tolls for thee» (E. HEMINGWAY, *For whom the bell tolls*, New York, 1940).

⁴⁹ Sui concetti di onore e reputazione, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, p. 77 e ss., e bibliografia ivi richiamata.

volendo sviluppare la concezione kantiana, dal rispetto disinteressato della legge morale. Con riguardo alla realtà odierna, invece, è difficile – se non impossibile – indicare un parametro univoco anche se localmente circoscritto e ciò per il concorso di una pluralità di fattori: l’irrompere nella storia di una carnalità e di una concretezza che scalzano modelli troppo astratti; la frammentazione e volatilizzazione dei prototipi frutto dell’inarrestabile mutevolezza che contraddistingue questi tempi di «modernità liquida»⁵⁰; il continuo incontro/scontro tra culture, che non ha ancora prodotto una civiltà nuova, ma induce a rimettere continuamente in discussione i modelli tradizionali propri ed altrui. Se ne ricava, dunque, non l’assenza di idealtipi, ma la settorialità e temporaneità degli stessi⁵¹.

Gli archetipi di dignità dell’esistenza – con l’eccezione di quella di rango, che può anche essere meramente ereditaria e non legata al merito – implicano, comunque, processi dinamici, che presuppongono la messa a frutto dei propri talenti in una determinata direzione. V’è sempre sullo sfondo la scelta di prodigarsi in conformità ad un dato sistema di riferimento, sia esso di tipo politico-sociale, naturale, teologico od etico.

Entrambe le accezioni di dignità così delineate presuppongono una concezione antropologica dell’uomo come animale sociale e, quindi, hanno in comune una spiccata dimensione relazionale⁵². Quella innata, infatti, fonda

⁵⁰ L’espressione – ormai ben nota – è mutuata dal bel libro Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003, che offre una acuta prospettiva d’insieme della fase della modernità che stiamo vivendo.

⁵¹ È stato opportunamente osservato che «per la dignità umana è avvenuto nel corso della seconda metà del secolo scorso qualcosa di simile a quello che si è verificato per i diritti umani. Se da principio essi riguardavano l’uomo in astratto, come ente generico, indipendentemente da qualsiasi determinazione concreta (sesso, colore, lingua, ecc.) riservando a ciascun uomo il diritto a essere trattato come qualsiasi altro uomo, in seguito si è passati a considerare l’uomo in concreto nella specificità dei suoi diversi *status*, differenziati a seconda del sesso, dell’età, delle condizioni fisiche o sociali (...) Questo spiega i diritti delle donne, delle persone di colore, delle minoranze etniche o di altro genere, gli interventi umanitari nei confronti di popolazioni ridotte in stato di estrema povertà e, con riferimento alle diverse fasi della vita, i diritti del bambino, dell’anziano, del malato (e specificamente del malato mentale), delle persone diversamente abili» (P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, cit., p. 57 e 59).

⁵² Su questo aspetto è concorde la dottrina che si è occupata del tema. Tra gli altri: N. LICKISS, *On Human Dignity: Fragments of an Exploitation*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 33 e ss.; E.D.

l'uguaglianza, impone il riconoscimento dell'altro e genera norme di comportamento; quella pratica si costruisce per definizione nel rapporto col mondo.

La democratica ed egualitaria dignità ontologica, però, mette in primo piano l'aspetto deontologico, mentre la dignità pratica dà la precedenza alla libertà⁵³, con riguardo tanto all'adesione al modello quanto ai modi prescelti per realizzarlo. Ancora, la prima ha un carattere oggettivo ed astratto, mentre la seconda coniuga l'elaborazione concettuale del modello – che implica un necessario coefficiente di generalizzazione e teorizzazione – con l'individualità e la concretezza dei tentativi di messa in opera.

Anche sul versante giuridico le due nozioni si prestano ad essere impiegate in direzioni differenti. La dignità ontologica – valorizzata per prima – è alla base del formale riconoscimento di pari libertà e diritti a tutti gli uomini e pone limiti alle interferenze dello Stato e dei terzi nella sfera più intima delle persone. La dignità dell'esistenza, invece, necessita che siano poste le condizioni per consentire a ciascuno di realizzare, o provare a realizzare, i propri obiettivi e diviene, a partire dal XIX secolo, il fine cui tendono i diritti economici e sociali di nuovo conio⁵⁴.

I due significati sui quali ci si è soffermati possono ricordare la contrapposizione tra «teorie della dotazione», per le quali la dignità è un possesso originario, e «teorie della prestazione», per le quali tale bene si conquista con

PELLEGRINO, *The Lived Experience of Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, cit., p. 522 e ss.

⁵³ Esula dagli intenti di questo scritto l'affrontare il tema della libertà del volere e dei suoi limiti. Conformemente alle esigenze del giurista positivo, ci si limita ad assumere a base delle nostre considerazioni quella concezione «relativa» o «condizionata» della libertà – come capacità del soggetto di non soccombere passivamente agli impulsi psicologici e di esercitare «poteri di inibizione e controllo in grado di consentirgli scelte consapevoli tra motivi antagonisti» - che è «necessario presupposto della vita pratica» e «contenuto di una aspettativa giuridico-sociale» (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p. 331).

⁵⁴ Ciò non esclude naturalmente che il rispetto per la dignità umana necessiti anche di misure ulteriori rispetto al riconoscimento dei diritti e segnatamente di processi educativi e culturali (O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *The American Journal of International Law*, 1983, 77, p. 853). Sull'origine dei diritti economici e sociali, A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007, p. 107 e ss.

l'agire⁵⁵. La ricostruzione qui prospettata, però, assume i due aspetti come compresenti e non come reciprocamente escludentisi⁵⁶. Con tale precisazione, pare che la bipartizione dignità innata/dignità pratica abbia il merito di mettere meglio a fuoco il concetto e le sue potenzialità, superando tanto la mancanza di rigore degli approcci puramente intuizionistici⁵⁷ quanto la rinuncia ad una comprensione in positivo⁵⁸.

Vediamo ora se o come questi aspetti sono filtrati nelle fonti normative.

⁵⁵ Cfr. F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *op. cit.*, p. 102 e ss.

⁵⁶ Peraltro, lo stesso F. VIOLA, *op. cit.*, p. 105, ammette che teorie della dotazione e della prestazione non sono necessariamente incompatibili, ma «lo diventano solo se da parte della teoria della dotazione c'è una concezione statica della natura umana e, da parte della teoria della prestazione, c'è un rigetto totale della sua dimensione ontologica. In effetti, se si attribuisce agli esseri umani una particolare dignità, allora una qualche concezione ontologica della natura umana sarà pur sempre necessaria se si vuole individuare a chi debba essere riconosciuta tale dignità. D'altra parte, poiché l'essere umano non nasce già compiuto, ma è pur sempre in via di realizzazione di sé in ragione della sua libertà originaria, allora si dovrà riconoscere che la dignità è anche un compito e una conquista». È, allora, «traguardo auspicabile» quello «di una *teoria integrata della dignità umana*» (p. 107).

⁵⁷ In questo senso la posizione di O. SCHACHTER, *op. cit.*, p. 849.

⁵⁸ In questo solco, tra i tanti, P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Bioetica e tutela della persona. Atti del Convegno internazionale (Roma, 4-5 dicembre 1998)*, Roma, 2000, p. 122, a parere del quale il concetto in esame, di per sé sfuggente, non si presta ad una definizione in positivo, suggerendo piuttosto una riflessione «con animo sensibile, e allo stesso tempo con partecipazione tragica, su tutte le vicende della storia che si sono tradotte in una mortificazione dell'umana dignità».

CAPITOLO II

IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO

SOMMARIO: 1. Gli strumenti internazionali sui diritti umani – 2. La dimensione europea – 3. Gli ordinamenti giuridici nazionali: la Costituzione tedesca – 4. *Segue*: la Costituzione italiana – 5. *Segue*: altre Carte costituzionali – 6. Alcune notazioni generali.

1. Gli strumenti internazionali sui diritti umani

Dignità e diritti umani sono i concetti chiave sui quali si è scelto di far leva quando, con la fine dell'ultimo conflitto mondiale, è stata avvertita l'ineludibile esigenza di ancorare il diritto positivo e l'opera dei governi a «valutazioni di giustizia» e «principi morali»¹.

Il primo riferimento alla dignità umana² compare nel preambolo della **Carta delle Nazioni Unite**³ – adottata il 26 giugno 1945⁴ –, che include tra i fini perseguiti dall'organizzazione quello di «riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne»⁵.

¹ A. FACCHI, *op. cit.*, p. 131.

² È precedente, invero, l'art. 151, comma 1, della Costituzione di Weimar del 1919, in base al quale «l'ordinamento della vita economica deve corrispondere ai principi della giustizia al fine di garantire un'esistenza dignitosa per tutti. Entro tali limiti va salvaguardata la libertà economica del singolo». Tuttavia, è facile avvedersi che la nozione di «esistenza dignitosa» è ben più circoscritta rispetto all'ampio campo semantico occupato dalla dignità umana.

³ In merito al travaglio ed alla complessa opera di mediazione che hanno accompagnato l'elaborazione del documento: A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, p. 27 e ss.; M. LEWIS, *A Brief History of Human Dignity: Idea and Application*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 97 e ss.

⁴ La Carta è stata ratificata dal nostro Paese con legge 17 agosto 1957, n. 848.

⁵ Anche facendo leva su tale proclama, Y. ARIELI, *op. cit.*, p. 2 e ss., rimarca il diverso spirito della Carta delle Nazioni Unite – volta alla rifondazione della comunità internazionale sui più alti ideali e su norme etiche di ispirazione umanistica – rispetto al documento istitutivo della Società delle Nazioni, scaturito dalla conclusione del precedente conflitto mondiale e ancora incentrato sui rapporti degli Stati tra loro piuttosto che tra questi e gli individui.

La gravidanza morale dell'impegno – rivelata già dall'esprimersi in termini di riaffermazione di una «fede» – rende coerente e non stonato il richiamo a quella nozione di dignità in precedenza appartenuta prevalentemente al campo della riflessione etica e teologica. Il fatto, poi, che dignità e diritti – evocati nel medesimo contesto – non costituiscano un'endiadi rivela consapevolezza della diversa natura e origine dei due concetti⁶, pur così strettamente collegati nella modernità giuridica occidentale⁷. Quanto alla specifica accezione di dignità qui richiamata, può ritenersi che i compilatori abbiano avuto presente, in primo luogo, quella ontologica – che, in quel momento, necessitava di essere riaffermata con la massima intensità – e, in seconda battuta, quella pratica, che sembra orientare l'impegno «a promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita»⁸.

È appena di poco successivo l'**Atto costitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO)**, adottato a Londra il 16 novembre 1945, il cui preambolo ravvisa «nel rinnegamento dell'ideale democratico di dignità, di uguaglianza e di rispetto della persona umana» uno dei fattori che avevano reso possibile l'ultimo conflitto mondiale e ricava proprio dalla dignità l'esigenza di diffondere la «cultura e l'educazione di tutti per il raggiungimento della libertà e della pace». Ciò vuol dire che non v'è pace tra le

⁶ La prima affonda le radici – come s'è visto – soprattutto nell'antichità classica, nella teologia cristiana e nella filosofia kantiana; i secondi, invece, nel giusnaturalismo moderno, nel contrattualismo, nell'illuminismo, nel liberalismo e nel socialismo riformista. Resta fermo il rilievo, naturalmente, che le distinzioni non vanno assolutizzate, ma intese come meramente tendenziali, essendo ovvie e innegabili le contaminazioni e interrelazioni tra grandi correnti culturali.

⁷ Cfr., tra gli altri, E. MAESTRI, *Genealogie della dignità umana*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2009, n. 9, p. 509 (http://www.dirittoequationipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-04_E_Maestri.pdf), il quale ravvisa 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 a proprio sostegno l'altro e viceversa, poiché entrambi esprimono una comune e coestensiva ontologia dei valori morali umani. Sul piano storico-giuridico, i diritti umani e la dignità umana rappresentano i pilastri fondativi della modernità giuridica occidentale». V'è, poi, chi si spinge a usare le espressioni dignità umana e diritti umani come fossero l'una sinonimo dell'altra (cfr. R. HOWARD-J. DONNELLY, *Human Dignity, Human Rights and Political Regimes*, in *American Political Sciences Review*, 80 (1986)).

⁸ È quanto si legge ancora nel preambolo.

nazioni se manca il rispetto per le persone, che, a sua volta, può e deve essere promosso con misure di carattere positivo.

In una sostanziale linea di continuità si pone «quella generosa dichiarazione che le Nazioni Unite hanno donato all'umanità»⁹, ossia la **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo**, adottata il 10 dicembre 1948¹⁰, che menziona la dignità nel preambolo e negli artt. 1, 22 e 23, comma 3¹¹. Più in dettaglio, il preambolo considera «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili (...) fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo»; l'art. 1 riconosce che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti»; l'art. 22 configura i diritti economici, sociali e culturali come «indispensabili alla (...) dignità ed al libero sviluppo della personalità»; l'art. 23, comma 3, afferma il diritto del lavoratore «ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana».

Le prime due disposizioni ribadiscono, quindi, la dignità innata, mentre le successive si dedicano alla concreta realtà esistenziale, orientando la nuova generazione di diritti a consentire a ciascuno di sviluppare le proprie capacità ed inseguire il proprio ideale di vita.

Lo stesso spirito pervade il **Patto internazionale sui diritti civili e politici** ed il **Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali**¹², approvati entrambi dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966¹³.

⁹ A. MARGALIT, *La società decente*, trad. it. a cura di A. VILLANI, Milano, 1998, p. 257.

¹⁰ Per una disamina dell'*iter* che ha portato all'approvazione della Dichiarazione, mediando tra i diversi orientamenti emersi in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite: A. CASSESE, *op. cit.*, p. 32 e ss.; M. LEWIS, *op. cit.*, p. 102 e ss.

¹¹ L'esplicito richiamo alla dignità è uno dei significativi distinguo rispetto alla Dichiarazione americana del 1776 ed a quella francese del 1789, che pur hanno costituito i punti di riferimento ideali del documento. Per un commento delle singole disposizioni della Dichiarazione Universale in tema di dignità, si rinvia a K. DICKE, *The Founding Function of Human Dignity*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 114 e ss.

¹² I due Patti sono stati resi esecutivi in Italia con legge del 25 ottobre 1977, n. 881.

¹³ Per qualche approfondimento sulla genesi, il valore giuridico ed il contenuto dei Patti summenzionati, ancora A. CASSESE, *op. loc. cit.*

In apertura dei due *Covenants* è posto il medesimo preambolo, in cui – richiamato lo Statuto delle Nazioni Unite – si ribadisce il riconoscimento della dignità intrinseca a tutti i membri del consorzio umano, si ravvisa espressamente in essa il fondamento dei diritti¹⁴ e si rileva che, «in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'ideale dell'essere umano libero, che goda delle libertà civili e politiche e della libertà dal timore e dalla miseria può essere conseguito soltanto se vengono create condizioni le quali permettano ad ognuno di godere dei propri diritti civili e politici, nonché dei propri diritti economici sociali e culturali».

Tale formulazione è importante, perché – oltre a confermare il distinguo tra le due nozioni dignità di cui s'è detto – consente di decodificare il concetto di dignità pratica che ha guidato l'opera dei compilatori in termini di libertà in senso ampio, concreta possibilità di godere dei diritti, emancipazione dalla paura e dal bisogno. La realizzazione di un tale nobile «ideale» non è rimessa all'intervento di una mano invisibile, ma all'opera dei governi, che si impegnano a creare le condizioni per consentire a ciascuno di intraprendere il proprio personale cammino di libertà.

Infine, l'ultimo enunciato del preambolo, che rimarca i doveri dell'individuo «verso gli altri e verso la collettività alla quale appartiene», fa dubitare del fatto che sia stata interamente recepita l'impostazione tipica della dottrina cattolica e della filosofia kantiana, che fa discendere dalla dignità ontologica doveri anche verso sé stessi.

Passando all'articolato, la dignità è espressamente richiamata dall'art. 10 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che prescrive di trattare «qualsiasi individuo privato della propria libertà (...) con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana», e dall'art 13 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che finalizza l'istruzione «al pieno sviluppo della personalità umana e al senso della (...) dignità» nonché a «rafforzare il rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali».

Se si valorizza il dato sistematico, emerge che la prima disposizione si inserisce in un contesto che potremmo definire «conservativo», perché – proteggendo

¹⁴ Citando testualmente la traduzione italiana ufficiale, l'espressione usata è «riconosciuto che questi diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana».

la vita, vietando la schiavitù e la tortura, riconoscendo la sicurezza e le libertà della persona nonché approntando le fondamentali garanzie nel diritto e nel processo penale – tende a difendere quel che v'è di più propriamente umano da attacchi e minacce provenienti *ab externo*. La seconda norma, invece, trova posto in un orizzonte più propriamente «promozionale», che mira a potenziare il «benessere generale in una società democratica» (art. 4), favorendo la crescita di ciascuno dei suoi membri anche attraverso misure di sostegno dei soggetti più deboli o svantaggiati. L'idea di fondo, quindi, è che vi sia una dimensione della dignità da coltivare ed accrescere accanto a quella da preservare. Non si può fare a meno di notare un fecondo apporto di specificità e concretezza rispetto alla tradizione speculativa sul tema.

Per ricordare qualche altro esempio significativo, numerosi riferimenti alla dignità umana si rinvengono pure nella **Dichiarazione UNESCO sulla razza ed il pregiudizio razziale**, adottata il 27 novembre 1978¹⁵. Il documento mette in prima linea la riaffermazione della dimensione ontologica ed egualitaria, indubbiamente violata dalla discriminazione razziale; qualifica l'*apartheid* e le altre politiche e prassi di segregazione e discriminazione razziali «crimini contro la coscienza e la dignità dell'umanità» (art. 4, comma 3); ravvisa in ogni forma di discriminazione razziale applicata dallo Stato una violazione del «principio dell'uguaglianza in dignità e diritti di tutti gli esseri umani», che si traduce in violazione del diritto internazionale (art. 9, comma 1); sancisce la coesistenza della dignità dei migranti – che contribuiscono allo sviluppo del paese ospite – col rispetto dovuto ai loro valori culturali (art. 9, comma 3).

Gli aspetti più innovativi sono due. Anzitutto, è degna di nota la circostanza che, per la prima volta, la dignità assurga – sia pure in un contesto dichiarativo piuttosto che di normazione dettagliata – a bene giuridico penale, leso dai crimini di *apartheid*, segregazione e discriminazione razziale messi in atto dagli Stati. L'offesa a un tale bene supremo – che compete ad ogni uomo ed all'umanità nel suo complesso – giustifica pienamente la costruzione di tali reati come *crimina juris gentium*, rilevanti sul piano del diritto internazionale e del diritto penale internazionale. In secondo luogo, il riferimento alle diversità culturali apre la strada

¹⁵ Nel dettaglio, si vedano il preambolo e gli artt. 1, 4, 5, 6, 7, 9 e 10.

al problema – centrale nel nuovo millennio e non certo risolvibile con ricorso a facili formule di sintesi – di come conciliare dignità e diversità culturale.

La dimensione ontologica campeggia nel **Corpo dei principi delle Nazioni Unite per la protezione di tutte le persone soggette a qualsiasi forma di detenzione o prigionia** del 1988, il cui principio 1 stabilisce appunto che «tutte le persone sotto ogni forma di detenzione o imprigionamento devono essere trattate in modo umano e con il rispetto per la dignità inerente della persona umana».

Ancora la dignità innata domina i documenti internazionali concernenti i temi bioetici. È il caso della **Dichiarazione Universale dell'UNESCO sul genoma umano e i diritti umani**, adottata a Parigi nel novembre 1997. In un contesto che ammette le prospettive di miglioramento della salute offerte dalle ricerche sul genoma umano, preoccupandosi, però, di eventuali abusi, i numerosi appelli alla dignità hanno lo scopo di porre un freno alle potenzialità dischiuse dal progresso scientifico e tecnologico, che potrebbero tramutarsi in fonti di discriminazione fondata sulle caratteristiche genetiche¹⁶. La dignità innata assume qui estrema concretezza, calandosi – ma non esaurendosi¹⁷ – nel genoma, che «sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana» nella loro diversità ed è, in senso simbolico, «patrimonio dell'umanità» (art. 1). Dalle enunciazioni di principio discendono poi una serie di prescrizioni – dal divieto di trarre profitto dal genoma¹⁸

¹⁶ Cfr.: preambolo, rubrica del capo A e artt. 1, 2, 10, 11, 12 e 15.

¹⁷ È l'art. 2, lett. b), a chiarire che la «dignità impone di non ridurre gli individui alle loro caratteristiche genetiche e di rispettare il carattere unico di ciascuno e la sua diversità».

¹⁸ Il divieto merita particolare attenzione, perché, in teoria, potrebbe essere spiegato tanto sul presupposto dell'esistenza di doveri verso se stessi, discendenti dalla dignità ontologica, quanto in base a ragioni più specifiche. La questione non è priva di interesse per le sue ricadute: nel primo caso, infatti, si verrebbe autorizzati ad estrapolare ulteriori limitazioni dell'autonomia da una piattaforma ideologica ben definita e corrispondente a quella tracciata dalla teologia cattolica e dalla filosofia kantiana; nel secondo, invece, i limiti al potere di disporre di se stessi risulterebbero più circoscritti, da individuare in modo espresso e previa mediazione ponderata tra interessi contrapposti. Il contesto – geograficamente lato e culturalmente variegato – in cui è stata elaborata la Dichiarazione rende quantomeno improbabile l'adesione a parametri ideologici così precisi e non da tutti condivisi neppure in Occidente. D'altra parte, le condizioni di deprivazione morale e materiale, in cui versa ampia parte della popolazione mondiale, fanno pensare che abbiamo avuto maggior peso considerazioni concrete, legate all'esigenza di scongiurare strumentalizzazioni ed abusi.

alle regole sull'attività medica e scientifica, alla conservazione dei dati, al divieto di clonazione¹⁹ e quant'altro – finalizzate a preservare la naturale ed irripetibile unicità di ogni essere umano.

Questo filo conduttore è stato poi ulteriormente portato avanti dalla **Dichiarazione sulle norme universali in bioetica** del Comitato internazionale di bioetica dell'UNESCO, in base alla quale «ogni decisione o pratica sarà posta in essere (...) nel pieno rispetto della dignità intrinseca della persona umana, dei diritti umani e delle libertà fondamentali» (art. 4a) e le cui previsioni non possono essere interpretate in senso contrario ai predetti parametri di riferimento (art. 31).

Si conferma, pertanto, la vocazione della nozione ontologica ad essere realizzata tramite l'imposizione di limiti piuttosto che attraverso l'adozione di misure promozionali.

Si resta nel campo delle interazioni tra vita, progresso scientifico e applicazioni tecnologiche con la **Dichiarazione Universale dell'UNESCO sulla bioetica e i diritti umani** del 19 ottobre 2005, che ha per obiettivo quello di individuare i principi etici, giuridici e politici destinati a guidare, a livello planetario, il modo di affrontare le questioni bioetiche²⁰. Tra questi principi guida la dignità è menzionata per prima²¹ e seguita da rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, uguaglianza, giustizia, equità, beneficiabilità, minimizzazione dei danni, rispetto della diversità culturale, non discriminazione, autonomia, privacy, solidarietà e responsabilità sociale.

¹⁹ In argomento: per gli USA, NATIONAL BIOETHICS COMMISSION REPORT, *Cloning Human Beings, Recommendation II* (June 1997); per l'Australia, AUSTRALIAN HEALTH ETHICS COMMITTEE, *Scientific, Ethical and Regulatory Considerations Relevant to Cloning of Human Beings* (16 December 1998). In dottrina: A. CAMPBELL, *Ethos and Economics: Examining the Rationale Underlying Stem Cell and Cloning Research Policies in the United States, Germany and Japan*, 31, 2005, in *American Journal of Law and Medicine*, p. 85 e ss.; T. MORISAKI, *Human ES Cell Research*, in R. IDA, *Final Report on the Project Dialogue and Promotion of Bioethics in Asia*, Kyoto: Kyoto University, 2004, p. 540 e ss.

²⁰ Per il testo della dichiarazione con analisi e commento, cfr. F. TUROLDO, *La globalizzazione della bioetica. Un commento alla Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'UNESCO*, Padova, 2007.

²¹ Il concetto è ripetutamente richiamato nel documento, segnatamente nel preambolo ed agli artt. 3, 4, 5, 7, 8 e 31.

Anche tale documento offre significativi elementi d'interesse. Anzitutto, la formulazione del preambolo è tale da legare la dignità alla «peculiare capacità umana di riflettere sulla propria esistenza e sull'ambiente, di riconoscere l'ingiustizia, di evitare il pericolo, di assumersi responsabilità, di ricercare la cooperazione e di dimostrare quel senso morale che trova espressione nei principi etici». V'è, dunque, un esplicito riallacciarsi a quella tradizione di pensiero, che va dal cristianesimo, a Cartesio, a Pascal, a Kant, a Jonas e che riconosce il particolare valore dell'essere umano nelle doti di riflessione ed auto-riflessione nonché nella libertà e responsabilità morale.

Inoltre, la dignità è tenuta distinta dagli altri principi richiamati – ivi compresi rispetto dei diritti, autonomia ed eguaglianza, cui talvolta viene assimilata –, gioca un ruolo centrale ed è chiamata a prevalere sugli interessi della scienza e della società nonché sulle istanze di pluralismo culturale.

Venendo ora a contesti geograficamente più circoscritti o culturalmente più omogenei, la **Dichiarazione Americana dei Diritti e Doveri dell'Uomo** – firmata il 30 aprile 1948 a Bogotà dai 21 partecipanti alla nona conferenza internazionale degli Stati Americani – riconosce espressamente la «dignità dell'individuo», dalla quale fa discendere «gli essenziali diritti dell'uomo», che, quindi, prescindono dall'appartenenza ad un certo Stato e si radicano proprio nella personalità umana²².

È, poi, oltremodo, significativo che un richiamo alla dignità sia presente nel preambolo della **Carta dell'Organizzazione dell'Unità Africana (OUA)** del 1963²³, nella **Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli** del 1981²⁴ e nella **Dichiarazione islamica universale dei diritti dell'uomo e dei popoli** dello stesso

²² Per il testo della Dichiarazione, <http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas2dec.htm>.

²³ L'istituzione, comunque, è stata sostituita dall'Unione Africana dal 2002.

²⁴ Adottata a Nairobi il 28 giugno 1981, la Carta è entrata in vigore il 21 ottobre 1986. Si vedano, in particolare, il preambolo, che richiama espressamente la Carta dell'OUA, e l'art. 5, comma 1, in base al quale «ogni individuo ha diritto al rispetto della dignità inerente alla persona umana ed al riconoscimento della sua personalità giuridica». Per approfondimenti, A. CHASKALSON, *Human Dignity as a Foundational Value of our Constitutional Order*, *S. African J. Human Rights*, 16, 2000, p. 193 e ss.

anno²⁵. Ciò comprova le potenzialità espansive ed il fascino della nozione di dignità, ma ripropone la difficoltà di intenderne correttamente il significato, una volta che essa venga trapiantata dal mondo occidentale che l'ha generata in un ambito diverso, le cui tradizioni ed i cui valori sono espressamente riconfermati. È vero, però, che i proclami generali della Dichiarazione islamica nonché lo spirito ed il contenuto della Carta Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli²⁶ non sembrano distanti, almeno negli intenti manifestati, da quelle finalità di riaffermazione della dignità innata e promozione di quella pratica, che abbiamo visto essere proprie dei documenti internazionali esaminati in precedenza. Infine, si segnala che anche la Carta Africana, pur dedicando ampio spazio ai doveri dell'individuo²⁷, non prevede alcuna categoria di doveri verso se stessi, né dedotti dalla dignità né altrimenti ricostruiti.

2. La dimensione europea

In ambito europeo, non deve trarre in inganno la mancata menzione espressa della dignità nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sottoscritta dai Paesi membri del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950²⁸. Quell'ideale supremo deve leggersi comunque sullo sfondo per via

²⁵ Il documento – proclamato a Parigi il 19 settembre 1981 – si apre così: «Quattordici secoli fa, l'Islam ha donato all'umanità un codice ideale dei diritti dell'uomo. Questi diritti hanno lo scopo di conferire onore e dignità all'umanità e di eliminare lo sfruttamento, l'oppressione e l'ingiustizia». Sulla concezione islamica dei diritti umani : A.O. ALTWAIJRI, *Le droits de l'homme à la lumière des préceptes de l'Islam*, 1420, Rabat 2000, p. 64 e ss. ; A. AZIZ SAID, *Human Rights in Islamic Perspectives*, in A. POLLIS-P. SCHWAB (eds.), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, New York: Praeger, 1979, p. 90 e ss.

²⁶ Essa, tra l'altro, dichiara inviolabile ogni persona umana (art. 4), le riconosce libertà e diritti «senza alcuna distinzione» (art. 2), ne afferma «la totale eguaglianza di fronte alla legge» (art. 3) e si impegna a promuoverne le condizioni di vita.

²⁷ È dedicato ai doveri l'intero capitolo II.

²⁸ Sui motivi del mancato riconoscimento, J.A. FROWEIN, *Human Dignity in International Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds.), *op. cit.*, p. 123, ipotizza che sia dipeso dell'avere i compilatori ritenuto il concetto troppo vasto per essere inserito in un trattato. Sull'argomento, pure: S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1990.

del richiamo, operato nel preambolo, alla Dichiarazione universale dei diritti umani²⁹ ed ancor più perché è stato proprio il vecchio continente ad elaborare quei concetti di dignità poi esportati *all over the world*.

Per il resto, v'è perfetta sintonia con il quadro internazionale appena descritto.

Volendo iniziare la disamina dai testi politicamente più rappresentativi, è il caso di ricordare che si apre all'insegna della dignità umana il **Trattato di Lisbona**, siglato il 13 dicembre 2007 dai capi di Stato e di governo dei 27 Stati membri dell'Unione Europea³⁰ ed entrato in vigore il primo dicembre 2009. L'art. 1, nell'enunciare i valori fondativi, mette al primo posto proprio il rispetto della dignità umana, cui si aggiungono libertà, democrazia, uguaglianza e diritti umani, tutti capisaldi «comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne».

Tale approdo era stato preconizzato dall'**Atto finale della Conferenza di Helsinki sulla Sicurezza e Cooperazione in Europa**³¹ – firmato il primo agosto del 1975 da tutti i Paesi europei³² nonché da USA e Canada –, dalla **Dichiarazione di Berlino**³³, adottata il 25 marzo 2007 dai Presidenti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo, e soprattutto dalla **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza)**³⁴, adottata il 7 dicembre 2000 e poi riconosciuta dal Trattato di Lisbona come avente «lo stesso valore giuridico dei

²⁹ In questo senso, D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value: Part I*, Public Law, 1999, p. 689.

³⁰ La ratifica da parte del nostro Paese si è avuta con legge 2 agosto 2008, n. 130.

³¹ Per il testo, cfr. http://www.studiperlapace.it/view_news_html?news_id=20050116072723. In particolare, all'art. VII gli Stati si impegnano a promuovere e incoraggiare «l'esercizio effettivo delle libertà e dei diritti civili, politici, economici, sociali, culturali ed altri che derivano tutti dalla dignità inerente alla persona umana e sono essenziali al suo libero e pieno sviluppo».

³² Si era registrata, invero, l'eccezione dell'Albania, che ha sottoscritto il documento nel 1990.

³³ Il paragrafo I inizia con queste parole: «L'Unione europea ci consente di realizzare i nostri ideali comuni: per noi l'essere umani è al centro. La sua dignità è inviolabile».

³⁴ Sull'impianto generale della Carta e sul ruolo ivi svolto dal principio di dignità, più ampiamente: R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; F. BENOÎT-ROHMER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Dalloz*, 2001, p. 1483 e ss.

trattati»³⁵. La Carta di Nizza, in particolare, dopo aver richiamato nel preambolo i valori ora enunciati nell'art. 1 del Trattato di Lisbona, dedica alla dignità l'intero capo I, ove appunto si qualifica tale bene come «inviolabile» e oggetto necessario di rispetto e tutela (art. 1), si riconosce il diritto alla vita ed all'integrità della persona (artt. 2 e 3), si pone il divieto di tortura e di trattamenti e pene inumani o degradanti (art. 4) e si proibiscono schiavitù e lavori forzati (art. 5)³⁶.

È evidente che le disposizioni appena richiamate guardano prevalentemente ad una umanità essenziale da preservare, quindi alla dignità innata. Leggere la Carta solo in un'ottica conservativa sarebbe, però, riduttivo, perché l'aspetto promozionale dell'esistenza fa da sfondo ai diritti economici e sociali, articolati più avanti nello stesso testo. Inoltre, non manca la specificazione che le «condizioni di lavoro» debbano essere «dignitose» (art. 31) e che l'assistenza sociale debba essere volta «a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti» (art. 34).

I due versanti del concetto sono parimenti valorizzati nella **Risoluzione sulla situazione delle persone con disabilità**, adottata il 17 marzo 2008 dal Consiglio dell'Unione europea e dai rappresentanti degli Stati membri, la quale pone la dignità alla base dei diritti e delle libertà dei disabili, che, al contempo, si impegna a garantire.

La preoccupazione di difendere la dignità innata da nuovi pericoli è, invece, assolutamente dominante nei documenti rivolti al campo della bioetica, a partire dalla **Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (Convenzione di Oviedo)**, adottata dal Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997³⁷. Come già era accaduto

³⁵ Così testualmente l'art. 6 del Trattato di Lisbona.

³⁶ Cfr. *Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Spiegazione dell'art. 1*, in www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_en.pdf, testo italiano in www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_it.pdf, ove, tra l'altro, si rileva che «la dignità fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti nella Carta».

³⁷ Il Parlamento italiano ha approvato la ratifica con legge 28 marzo 2001, n. 145, ma lo strumento non è stato ancora depositato nelle sede competente – individuata dall'art. 33, comma 2, della Convenzione presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa – e non sono stati adottati i decreti attuativi. Tuttavia, come la Corte di Cassazione ha avuto cura di precisare, «da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento», essendo possibile assegnarle –

nella Dichiarazione UNESCO sul genoma, l'appello alla dignità concerne «l'essere umano sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana», è un monito rispetto ai pericoli che potrebbero derivare da «un uso improprio della biologia e della medicina» e vuole suggerire rispetto e prudenza³⁸. Ciò si traduce nella gamma di divieti³⁹ e regole⁴⁰ enunciata nel testo, che, però, lascia spazio – come si conviene a un contesto democratico – al dibattito pubblico sulle «domande fondamentali poste dallo sviluppo della biologia e della medicina» (art. 28).

Lo stesso spirito pervade – giusto per citare qualche altro esempio significativo – il **Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Oviedo relativo al**

«tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1676 e ss., con nota E. CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*). Per approfondimenti sulla Convenzione: R. ANDORNO, *La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo*, in E. FURLAN (a cura di), *op. cit.*, p. 57 e ss.; A. BOMPIANI, *La genesi della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina: una ricostruzione storica*, *ivi*, p. 57 e ss.; A. OLLERO, *Il rispetto per la dignità umana. Una prospettiva biogiuridica*, *ivi*, p. 221 e ss.

³⁸ Nel preambolo, infatti, gli Stati firmatari si dicono «convinti della necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana e riconoscendo l'importanza di assicurare la sua dignità» e si dichiarano altresì «consapevoli delle azioni che potrebbero mettere in pericolo la dignità umana da un uso improprio della biologia e della medicina». L'art. 1 ribadisce, poi, l'intento delle Parti di proteggere «l'essere umano nella sua dignità e nella sua identità» e di garantire «ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina». Il Rapporto esplicativo, al § 9, non manca, poi, di sottolineare che «il concetto di dignità umana (...) costituisce il valore essenziale da difendere. È alla base della maggior parte dei valori cui viene data importanza nella Convenzione».

³⁹ A tal proposito, si possono, tra l'altro, menzionare: il divieto di discriminazione delle persone in ragione del patrimonio genetico (art. 11); la subordinazione dei test genetici predittivi a finalità mediche o ricerca medica (art. 12); la proibizione di interventi modificativi del genoma se non per ragioni preventive, diagnostiche o terapeutiche e sempre che non vi sia lo scopo di modificare il genoma della discendenza (art. 13); l'inammissibilità di tecniche mediche di selezione del sesso del nascituro, salvo che per evitare malattie ereditarie legate al sesso (art. 14); il divieto di creare embrioni umani a fine di ricerca (art. 18, comma 2); l'incomerciabilità del corpo umano e delle sue parti (art. 21).

⁴⁰ Si pensi alle previsioni sul consenso informato (cap. I), sulla ricerca scientifica (cap. V) e sul prelievo di organi e tessuti da donatori viventi a fini di trapianto (cap. VI).

trapianto di organi e di tessuti di origine umana del 4 dicembre 2001⁴¹, quello sul **divieto di clonazione degli esseri umani** del 12 gennaio 1998⁴² e la **Direttiva 98/44 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche**.

I primi due testi richiamati ribadiscono e specificano nell'ambito considerato i principi espressi nella Convenzione. La direttiva – nel perseguire l'intento di contemperare il sostegno all'evoluzione della biotecnologia e dell'ingegneria genetica con il rispetto della «dignità» e «integrità dell'uomo»⁴³ – esclude dalla brevettabilità «il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano»⁴⁴, ed esclude altresì la clonazione⁴⁵ ed «i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana, come ad esempio i procedimenti per la produzione di esseri ibridi risultanti da cellule germinali o totipotenti umane o animali»⁴⁶.

⁴¹ È detto già nel preambolo che «un uso improprio del trapianto di organi o tessuti potrebbe minacciare la vita, il benessere o la dignità umana» ed è ribadito all'art. 1 il fine di proteggere «la dignità e l'identità di ogni persona», garantendo, «senza discriminazioni, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritto e libertà fondamentali riguardo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana».

⁴² Nel preambolo, si considera «contraria alla dignità dell'uomo» e «uso improprio della biologia e della medicina» la strumentalizzazione dell'essere umano che si realizzerebbe «con la creazione intenzionale di esseri umani geneticamente identici». Sempre nel contesto europeo, in tema di clonazione si vedano pure: per la Danimarca, *Scientific Ethical Committee System and the Handling of Biomedical Research Projects*, Act No. 503 (1992) e *Medically Assisted Procreation*, Act No. 4060 (1997); per la Germania, *Federal Embryo Protection Act*, (1990); per la Norvegia, *Medical Use of Biotechnology*, Law No. 56 (1994); per la Spagna, *Assisted Reproduction Procedures*, Law No. 35 (1988); per la Svezia, Law No. 115 (1991). In dottrina: G. ANNAS, *Why We Should Ban Human Cloning*, in *New England Journal of Medicine*, 339, No. 2, 1998, p. 122 e ss.; E. MANCINI, *Le frontiere della bioetica: domande e risposte su nascita, genetica, clonazione, salute*, Firenze, 2004.

⁴³ Considerando n. 16 della Direttiva.

⁴⁴ Considerando n. 16 della Direttiva.

⁴⁵ Considerando n. 40 della Direttiva.

⁴⁶ Considerando n. 30 della Direttiva.

Il settore della bioetica mostra, quindi, di procedere – sia in ambito internazionale che nel contesto europeo – su un binario ben preciso, lungo il quale la dignità ha funzione di freno piuttosto che di vettore di spinta. Alla base di tale orientamento, si scorge la consapevolezza della possibile incidenza delle attività biomediche sui tratti costitutivi dell'essere umano e la preoccupazione di conseguenze imprevedibili e ingestibili. Tali fattori inducono a cercare un bastione di difesa delle generazioni future che sia più forte dei diritti, i quali, per la loro stessa natura, non possono che competere a individui già esistenti. La roccaforte è individuata nella dignità innata, che – come si è visto – fonda i diritti, ma, al tempo stesso, li precede, esiste indipendentemente da essi ed appartiene all'umanità intera, ivi compresa quella ancora da venire.

3. Gli ordinamenti giuridici nazionali: la Costituzione tedesca

Andiamo ora a considerare – per campioni significativi e per rapidi cenni – alcuni ordinamenti nazionali, che richiamano espressamente la dignità nella Carta costituzionale⁴⁷. L'obiettivo è quello di verificare se ritorna la bipartizione tra dignità ontologica e pratica o se emergono ulteriori significati, che possano contribuire alla disamina che si sta svolgendo.

Questa rapida carrellata non può che prendere le mosse dalla Legge fondamentale tedesca del 1949, che ha scelto di aprire il sipario con la solenne enunciazione che la «dignità dell'uomo è intangibile» (art. 1)⁴⁸, per recuperare «quel

⁴⁷ T. IGLESIAS, *Bedrock Truths and the Dignity of the Individual*, in *Logos* 4 (2001), fa notare che l'appello alla dignità nei testi costituzionali ha registrato un incremento significativo dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale e la promulgazione della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Più in dettaglio, vi erano solo 4 Costituzioni che facevano riferimento alla dignità tra il 1900 ed il 1945, segnatamente quelle di Messico, Finlandia, Irlanda e Cuba; erano passate ad oltre 37 tra il 1945 ed il 1997.

⁴⁸ Sulla genesi storica di quel testo e per la disamina di taluni aspetti problematici, si rinvia, in lingua italiana, a: C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971; F. BERARDO, *La dignità umana è intangibile*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 387 e ss.; M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2002, p. 151 e ss. In prospettiva filosofica: H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1999, p. 620 e

concetto di *humanitas* esplicitamente combattuto dall'ideologia nazista con l'introduzione della categoria di *Utermensch* (subumano) e con la mitologia della razza ariana»⁴⁹.

La disposizione – nella quale i primi autorevoli commentatori hanno scorto una norma giuridica oggettiva, incondizionata e non sottoponibile a bilanciamenti o limitazioni⁵⁰ – ha mostrato negli anni una straordinaria vocazione espansiva, divenendo, in quel sistema, emblema del «massimo dei valori»⁵¹, fondamento della struttura costituzionale e base sulla quale erigere l'intero edificio dello stato liberale di diritto⁵². Ed anche di recente, si continua a ribadire che l'enfatica disposizione di apertura «è il tentativo della Costituzione di fissare nel tempo un valore fondamentale del vivere comune»⁵³. Per di più, l'art. 79, comma 3 – col vietare ogni modifica che tocchi la dignità umana – esprime la scelta «coraggiosa», «decisa» e «audace» della Costituzione di non voler sopravvivere alla scomparsa di quei «principi che essa incorpora nella sua garanzia di eternità»⁵⁴.

È vero, però, che non sono mancati i tentativi di ridimensionare il ruolo della dignità, facendo notare che essa, sul piano pratico, non ha avuto effetti in occasione di revisioni costituzionali; non è stata sfruttata verso il potenziamento dei diritti economici e sociali, cui ha, invece, contribuito il principio di uguaglianza; laddove è stata applicata in combinazione con altri diritti, si è tradotta in un *surplus* del quale

ss. Sulle radici giuridiche del concetto di dignità umana nel diritto tedesco: J. ECKERT, *Legal Roots of Human Dignity in German Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 41 e ss.

⁴⁹ P. BECCHI, *op. ult. cit.*, p. 33.

⁵⁰ Cfr. T. MAUNZ-G. DÜRIG, *op. cit.*

⁵¹ BVerfGE 5, 85 (204).

⁵² Per tutti, W. MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1968, qui citato nella traduzione in spagnolo *Estrado de derecho y dignidad humana*, a cura di J.L. GUZMAN, Buenos Aires, 2008.

⁵³ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 127.

⁵⁴ W. HASSEMER, *op. loc. cit.*

sarebbe stato possibile fare a meno, essendo sufficienti – ed anzi preferibili – i metodi argomentativi basati sul bilanciamento e sulla proporzionalità⁵⁵.

Le voci fuori dal coro restano, comunque, relativamente poche e si continua ampiamente a riconoscere che la dignità ha contribuito a conferire una connotazione *value-oriented* all'ordinamento tedesco nonché a dare una serie di indicazioni puntuali su questioni della massima importanza: divieto di schiavitù, servitù, e discriminazioni etniche e razziali; rispetto dell'identità e integrità fisica, con connessa proibizione di torture, punizioni corporali e pene sproporzionate o inflitte in assenza di colpevolezza; rispetto dell'identità e integrità morale e, quindi, protezione dei diritti della personalità anche attraverso le garanzie del giusto processo; garanzia dell'esistenza individuale e familiare, favorita dall'intervento dello Stato sociale⁵⁶.

Senza avere la pretesa di riassumere in poche battute lo sconfinato dibattito tedesco sulla dignità⁵⁷ né, ovviamente, quella di azzardare bilanci, si può osservare che operazioni di costruzione concettuale così complesse non sembrano esportabili in contesti internazionali, dove l'alto tasso di disomogeneità culturale sortisce l'effetto di allentare trame troppo fitte.

⁵⁵ D. SHEFOLD, *La dignità umana. Aspetti e problemi della giurisprudenza costituzionale tedesca*, in F. CERRONE-M. VOLPI (a cura di), *Sergio P. Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, p. 607 e ss.

⁵⁶ In questo senso, E.J. EBERLE, *Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law*, in *Utah Law Review* 963, 1997, p. 975 e ss.

⁵⁷ Sul tema, a titolo indicativo, si vedano: E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, cit.; H. HOFMANN, *Methodische Probleme der iuristischen Menschenwürde Interpretation*, in I. APPEL-G. HERMES (a cura di), *Mensch-Staat-Umwelt*, Berlin, 2008, p. 47 e ss.; W. MAIHOFER, *op. cit.*; E. KLEIN, *Human Dignity in German Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 145 e ss.; G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in E. WOLF-H.P. SCHNEIDER (a cura di), *Rechtphilosophie*, Stuttgart, 1973, p. 339 e ss.; K. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 2004, p. 212 e ss., *Filosofia del diritto*, trad. it. a cura di G. STELLA, Napoli, 2006, p. 251 e ss.

4. *Segue: la Costituzione italiana*

Nella Costituzione italiana – pressoché coeva alla Legge fondamentale tedesca – il ruolo della dignità è significativo, ma più circoscritto e mirato di quanto non accada in Germania⁵⁸.

È vero, infatti, che la Corte costituzionale ha riconosciuto nella dignità un «principio costituzionale che informa di sé il diritto positivo vigente»⁵⁹ ed è vero altresì che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ravvisare nella dignità il sostrato di numerose disposizioni sia nell’ambito dei principi fondamentali che nella disciplina dei rapporti civili, etico-sociali ed economici⁶⁰. Tuttavia, i tre riferimenti espressi che si ravvisano nella nostra Costituzione non tendono a costruire la dignità umana come unica *Grundnorm* dell’intero sistema. Segnatamente, l’art. 3 riconosce la pari «dignità sociale» di tutti i cittadini e si impegna a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese»; l’art. 36 prescrive che il lavoratore abbia diritto «ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e a alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa»; l’art. 41 stabilisce che l’iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

V’è, dunque, una marcata proiezione sul sociale⁶¹ e v’è l’intento di puntare sulla dimensione pratica della dignità per stimolare la predisposizione delle

⁵⁸ Cfr.: G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 415 e ss.; P. BECCHI, *Menshenwürde: Die italienische verfassungrechtliche Variante im Vergleich zur deutschen*, in G. BRUDERMÜLLER-K. SEELMANN (a cura di), *Menshenwürde. Begründung, Konturen, Gesichte*, Würzburg, 2008, p. 107 e ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 1991, p. 343 e ss.

⁵⁹ Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2239 e ss., con nota A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*.

⁶⁰ *Ex plurimis*: G. ALPA, *op. cit.*, p. 415 e s.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 345 e ss.

⁶¹ Al riguardo, U. VINCENTI, *op. cit.*, p. 119 e s., osserva che la nostra Costituzione – a differenza di quella tedesca, ove la dignità è un valore assoluto di origini giusnaturalistiche – incentra la dignità su un’etica del lavoro.

condizioni favorevoli allo sviluppo della personalità di ciascuno (art. 3 e 36). Al contempo, la difesa del nucleo essenziale dell'umanità è affidata alla inviolabilità dei diritti umani (art. 2), diretta promanazione di quella dignità intrinseca, che è pure prevista quale sbarramento espresso ed invalicabile per l'iniziativa economica (art. 41).

Non è stato delegato all'interprete il compito di desumere da un unico precetto – per quanto assiologicamente pregnante e ricco di potenzialità semantiche – tutte le caratteristiche, in termini di essere e di dover essere, della nuova forma di stato. La dignità innata è riconosciuta e protetta e quella dell'esistenza promossa in un contesto ordinamentale che si autodefinisce e propone come democratico, repubblicano, di diritto, solidale e sociale. Queste caratteristiche possono anche intendersi come poste in funzione della dignità, in quanto preordinate alla piena realizzazione della persona, ma la loro espressa previsione le pone meglio in risalto e – quel che più preme in questa sede – consente di ricostruire meglio e contestualizzare il ruolo della dignità umana rispetto a quello giocato da altri macro-principi.

5. *Segue: altre Carte costituzionali*

La forza pervasiva della dignità umana è, infine, comprovata dalla sua presenza in tante altre Costituzioni del secondo dopoguerra, pur appartenenti a Paesi anche molto diversi tra loro per area geografica, retaggio storico, contesto socio-culturale e dinamiche politiche.

Ed infatti, la dignità è espressamente menzionata nella Costituzione indiana del 1949⁶², greca⁶³ e svedese⁶⁴ del 1975, portoghese del 1976⁶⁵, spagnola del 1978⁶⁶,

⁶² Il Preambolo segna l'impegno a promuovere tra i cittadini «la Fraternità che assicuri la dignità dell'individuo e l'unità e l'integrità della nazione».

⁶³ L'art. 7, dopo aver enunciato i principi di riserva di legge in ambito penale e irretroattività della norma sfavorevole per il reo (comma 1), stabilisce che «la tortura, ed ogni maltrattamento fisico, danno alla salute o uso di violenza psichica, nonché ogni altra offesa alla dignità umana sono proibite e punite in base alla legge» (comma 2); segue il divieto di ablazione totale del patrimonio, la proibizione della pena di morte – salvo che per reati commessi in tempo di guerra o connessi alla guerra – e la previsione di indennizzo per ingiusta detenzione.

iraniana del 1979⁶⁷, cinese⁶⁸ e canadese⁶⁹ dello stesso 1982, ungherese del 1989⁷⁰, lettone del 1991⁷¹, ceca⁷², slovacca⁷³, slovena⁷⁴, estone⁷⁵ e lituana⁷⁶ del 1992, russa⁷⁷

⁶⁴ Art. 2: «Il potere pubblico è esercitato con rispetto per l'uguale valore di tutti e per la libertà e dignità dell'individuo».

⁶⁵ In base all'art. 1 il Portogallo è una «Repubblica sovrana, fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare e impegnato nella costruzione di una società giusta, libera e solidale». Per approfondimenti, C. DA COSTA, *The Principle of Human Dignity in European case Law*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 50 e ss.

⁶⁶ *Ex art.* 10, comma 1, «la dignità della persona, i diritti inviolabili che le sono connaturati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono fondamento dell'ordine politico e della pace sociale».

⁶⁷ Il *Mass-Communication Media article* segnala la finalità della Costituzione di assicurare la libertà e dignità della specie umana e di favorire lo sviluppo dell'essere umano; l'art. 2, poi, pone tra le basi della Repubblica la dignità, il valore e la libertà dell'uomo, uniti alla responsabilità innanzi a Dio.

⁶⁸ L'art. 38 afferma che «la dignità personale dei cittadini della Repubblica Popolare della Cina è inviolabile». È, però, singolare che il preambolo riferisca la dignità anche alla stessa Costituzione, ponendo in capo a tutti il dovere di sorreggerla e promuoverla, e che l'art. 5 stabilisca l'impegno dello Stato a sostenere l'uniformità e la dignità del sistema giuridico socialista. Già sotto il profilo della collocazione sistematica si coglie come il prestigio ed il valore delle istituzioni pubbliche siano anteposti alla posizione dell'individuo, messaggio questo antitetico rispetto a quello veicolato dalla dignità nella *western culture*.

⁶⁹ Più esattamente, il riferimento alla dignità è presente nel preambolo della *Canadian Bill of Rights* del 1960, inizialmente *federal statute* e poi incorporato nella Costituzione del 1982.

⁷⁰ Art. 54: «Ogni essere umano nella Repubblica di Ungheria ha un diritto innato alla libertà ed alla dignità, di cui nessuno può essere arbitrariamente privato». Sul tema, cfr. C. DUPRÉ, *The Right to Human Dignity in Hungarian Constitutional Law*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, cit., p. 68 e ss., la quale segnala come, in Ungheria, il concetto di dignità umana si sia prestato, tra l'altro, anche a segnare la rottura con il precedente ordinamento costituzionale, fondando e rafforzando il riconoscimento dei diritti individuali.

⁷¹ Ai sensi dell'art. 95, lo Stato si impegna a proteggere «l'onore e la dignità umana. È proibita la tortura od altro trattamento crudele o degradante degli esseri umani. Nessuno può essere sottoposto a punizione disumana o degradante».

⁷² Il preambolo include tra gli obiettivi da perseguire la costruzione, protezione e sviluppo della Repubblica ceca «nello spirito dei valori inviolabili di dignità umana e libertà, come terra di cittadini liberi ed uguali, che sono consapevoli dei loro doveri verso gli altri e della loro responsabilità verso la

e peruviana⁷⁸ del 1993, belga come rivista nel 1994⁷⁹, sudafricana del 1996⁸⁰, polacca del 1997⁸¹, svizzera⁸² e venezuelana⁸³ del 1999, finlandese del 2000⁸⁴ nonché nel sistema di protezione dei diritti umani per Israele del 1992⁸⁵.

collettività, come stato libero e democratico basato sul rispetto dei diritti umani e dei principi di una società civile, come parte della famiglia Europea e delle democrazie mondiali».

⁷³ Nella Parte II, relativa ai diritti ed alle libertà fondamentali, l'art. 12, comma 1, proclama, secondo una formula ormai classica, che «tutti gli esseri umani sono liberi ed uguali in libertà e diritti» ed aggiunge che «i loro diritti fondamentali e le libertà sono inalienabili, irrevocabili e perpetui»; l'art. 19 afferma il diritto di ciascuno a «mantenere e proteggere la propria dignità, l'onore, la reputazione ed il buon nome».

⁷⁴ Art. 21: «Nel procedimento penale ed in ogni altro procedimento legale, come pure durante la detenzione e l'esecuzione della pena, è assicurato il rispetto della personalità e della dignità dell'uomo. Sulle persone alle quali la libertà venga comunque limitata è vietata qualsiasi forma di violenza e qualsiasi estorsione di ammissioni o dichiarazioni».

⁷⁵ Art. 10: «I diritti, le libertà, e i doveri enumerati nella presente Carta non precludono altri diritti, libertà e doveri che derivino dallo spirito della Costituzione o siano in accordo con esso e siano compatibili con la dignità umana ed i principi di una società basata sulla giustizia sociale, la democrazia e la *rule od law*».

⁷⁶ Art. 21, comma 2: «La dignità umana è protetta dal diritto».

⁷⁷ Art. 21: «La dignità umana è protetta dallo Stato. Niente può valere a giustificarne la deroga. Nessuno può essere sottoposto a tortura, violenza, o altro trattamento o pena crudele o umiliante. Nessuno può essere sottoposto a esperimenti medici, scientifici o d'altro tipo senza volontario consenso».

⁷⁸ È scritto nell'art. 1 che «la difesa della persona umana e il rispetto della sua dignità sono il fine supremo della società e dello Stato»; l'art. 3 chiarisce che l'enumerazione espressa dei diritti fondamentali contenuta nel capitolo I non esclude comunque «gli altri garantiti dalla Costituzione, né quelli di analoga natura o che si fondano sulla dignità dell'uomo o sui principi di sovranità del popolo, dello Stato democratico di diritto e della forma repubblicana di governo»; l'art. 7 attribuisce alla persona incapace di provvedere a sé stessa per una disabilità fisica o mentale il «diritto al rispetto della dignità e ad un regime legale di protezione, attenzione, riabilitazione e sicurezza»; l'art. 23 rimarca che «nessun rapporto di lavoro può limitare l'esercizio dei diritti costituzionali, né disconoscere o rinnegare la dignità del lavoratore».

⁷⁹ Art. 23, comma 1: «Ognuno ha il diritto di condurre una vita conforme alla dignità umana». Si rinvia a: F. DELPÉRIÉ, *The Right to Human Dignity in Belgian Constitutional Law*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998, cit.*, p. 57 e ss..

⁸⁰ Il *Bill of Rights* «afferma i valori democratici di dignità umana, eguaglianza e libertà» (art. 7), riconosce la «dignità inerente» di ciascuno ed il diritto a vederla rispettata e protetta (art. 10), chiarisce che «le condizioni di detenzione» devono essere «coerenti con la dignità umana» (art. 35) e che le eventuali limitazioni dei diritti fondamentali siano ragionevoli e giustificabili «in una società aperta e democratica basata su dignità umana, eguaglianza e libertà» (art. 36). Si vedano: I.J. KROEZE, *Human Dignity in Constitutional Law in South-Africa*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, cit., p. 87 e ss.; T.H. MADALA, *The Principle of Respect for Human Dignity*, *ivi*, p. 80 e ss.

⁸¹ Il preambolo prescrive a coloro che sono chiamati ad applicare la Costituzione di prestare «rispetto alla dignità intrinseca della persona»; l'art. 30 sancisce che «la dignità intrinseca e inalienabile della persona è fonte delle libertà e dei diritti delle persone e dei cittadini. Essa è inviolabile. Il rispetto e la protezione è quindi obbligo delle autorità pubbliche». Per approfondimenti, B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, *The Principle of Respect for Human Dignity*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, cit., p. 15 e ss.

⁸² L'art. 7 – intitolato proprio alla «dignità umana» e posto in apertura del titolo II concernente «diritti fondamentali, diritti civili e obiettivi sociali» – afferma che «la dignità della persona va rispettata e protetta». Per approfondimenti in lingua italiana sulla Costituzione svizzera, A. REPOSO, *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Torino, 2000.

⁸³ Art. 3: «Lo Stato assume come fini essenziali la difesa e lo sviluppo della persona e il rispetto della sua dignità, l'esercizio democratico della volontà popolare, la costruzione di una società giusta ed amante della pace, la promozione della prosperità ed il benessere del popolo e la garanzia dell'adempimento dei principi, diritti e doveri solennemente riconosciuti in questa Costituzione».

⁸⁴ La *section 1* mette in evidenza che «la Costituzione garantisce l'invulnerabilità della dignità umana e la libertà e i diritti degli individui e promuove la giustizia nella società»; la *section 7* stabilisce che nessuno può essere «condannato a morte, torturato o altrimenti trattato in un modo che ne violi la dignità umana»; la *section 19*, in tema di «diritto alla sicurezza sociale», prevede che chi manchi dei «mezzi necessari per una vita di dignità abbia diritto a ricevere l'indispensabile per la sicurezza e la cura».

⁸⁵ La *Basic Law: Human Dignity and Liberty* del 1992 si apre enunciando l'obiettivo di proteggere «la dignità umana e la libertà» (art. 1), vieta le violazioni della vita, del corpo e della dignità della persona (art. 3.2) ed afferma il diritto di tutte le persone alla protezione di tali beni (art. 4); inoltre, esclude che le discipline d'emergenza possano impedire il ricorso all'azione legale, imporre pene retroattive e consentire violazioni della dignità umana (art. 50, lett. d). In argomento: I. ENGLAND, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, p. 1903 e ss.; R. HIRSCHL, *Israel's «Constitutional Revolution»: The Legal Interpretation of Entrenched Civil Liberties in an Emerging Neo-Liberal Economic Order*, in *Am. J. Comp. L.*, 46, 1998, p. 427 e ss.; O. KAMIR, *Honor and Dignity Cultures: The Case of Kavod and Kavod Ha-Adam in Israeli Society*

In alcuni casi, la dignità è espressamente assunta – sul modello della Legge fondamentale tedesca – quale valore fondativo o fine primario da perseguire⁸⁶; talvolta, riceve un impiego più specifico come limite alla tortura e ad ogni altra forma di maltrattamento⁸⁷; talaltra, è legata *expressis verbis* alla sicurezza sociale⁸⁸ o comunque a finalità pubblicistiche⁸⁹; talaltra ancora, sembra scolorirsi per il fatto di essere inserita in contesti che attribuiscono netta prevalenza alla religione od allo Stato rispetto all'individuo⁹⁰.

La difesa della dignità innata è, comunque, sempre alla base del riconoscimento dei diritti inviolabili, mentre la promozione di quella dell'esistenza aleggia sullo sfondo dei diritti economico-sociali e degli impegni assunti dallo Stato per promuovere il benessere dei cittadini.

È chiaro, poi, che le implicazioni ed applicazioni sono condizionate dalla realtà sottostante e che il solo appello costituzionale alla dignità non basta a porre l'individuo al centro dell'universo giuridico, sociale e culturale. Piuttosto, la fioritura del concetto troverà terreno più fertile nei sistemi storicamente e culturalmente portati a difendere i diritti individuali dal potere dello Stato o da certe dinamiche sociali. Altrove lo Stato, la comunità o Dio continueranno ad avere prevalenza, ma si può sperare che il riconoscimento della dignità e gli scambi culturali gettino il seme per far germogliare più intensa considerazione per la persona.

6. Alcune notazioni generali

Una panoramica di così ampia portata come quella appena compiuta non si presta ovviamente a valutazioni di sintesi, ma è in grado di offrire più di uno spunto di riflessione.

Anzitutto, la tempistica del riconoscimento normativo vale a confermare ulteriormente il dato – emergente già dalla tradizione storica e filosofica – della

and Law, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *op. cit.*, p. 231 e ss.; D. KRETZMER, *Human Dignity in Israeli Jurisprudence*, *ivi*, p. 161 e ss.

⁸⁶ Cfr.: costituzione portoghese, spagnola, svedese, estone, belga, peruviana, venezuelana, israeliana.

⁸⁷ Cfr.: costituzione greca, lettone, russa, finlandese e sudafricana.

⁸⁸ Cfr.: costituzione finlandese e peruviana.

⁸⁹ Cfr. costituzione indiana.

⁹⁰ Cfr. rispettivamente Costituzione iraniana e cinese.

provenienza dell'idea di dignità dal pensiero occidentale. È significativo, infatti, che essa abbia fatto ingresso nei documenti giuridici dopo l'Olocausto, che non è stato il primo dei gravi fatti genocidiari della storia recente, ma è assurdo a «mito delle origini» e «simbolo» di una *western culture* divenuta consapevole della propria immanente fragilità⁹¹. Solo quando ha avvertito la messa in pericolo di tutta una civiltà – cosa che evidentemente non era avvenuta neppure dopo l'eccidio armeno e l'Holodomor –, l'Occidente ha scelto di fare appello agli ideali più significativi e pregnanti della sua tradizione umanistica, che hanno fatto breccia negli strumenti internazionali grazie al peso politico dalle potenze che se ne sono fatte promotrici.

Al tempo stesso, la scelta di non operare una definizione ha consentito lo scollamento del concetto da specifiche tradizioni, facilitandone l'accettazione⁹², ma anche l'ibridazione. Il processo di giuridificazione, quindi, è andato oltre la mera traduzione di un *quid* preesistente in un diverso linguaggio e contesto. Tale processo ha sfruttato e contestualmente alimentato quello che, con le parole di Rawls, può essere definito un *overlapping consensus*⁹³ tra diversi sistemi giuridici, capace a sua volta di generare nuovi criteri comuni di formazione e interpretazione del diritto. La dignità in senso politico e giuridico è, quindi, svincolata da ogni nesso di derivazione diretta dai paradigmi etici e sociali che pur l'hanno generata e vive una vita propria, esposta alla mediazione ed al confronto e influenzata da impostazioni particolaristiche solo nella misura in cui queste incidano sulla percezione globale del concetto⁹⁴.

⁹¹ A. MARGALIT-G. MOTZKIN, *The Uniqueness of the Holocaust*, in *Philosophy and Public Affairs* 25, 1996, p. 80 e s.

⁹² Del resto, è ovvio e condivisibile che l'intento dei *Framers* non fosse quello di raggiungere un accordo teoretico sui fondamenti della dignità, bensì una convergenza pratica per scongiurare il ripetersi dell'Olocausto (cfr.: D. SHULTZINER, *Human dignity – functions and meanings*, in *Global Jurist Topics* 3, 2003, p. 1 e ss.; ID., *Human Dignity: Functions and Meanings*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 77 e s.).

⁹³ Cfr. J. RAWLS, *Justice as Fairness: a Restatement*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, ed. it. a cura di S. VECA, Milano, 2002.

⁹⁴ È in quest'ottica, ad esempio, che occorre riguardare gli obblighi verso se stessi, costruiti dalla religione cristiana e dalla filosofia kantiana quali limiti all'autonomia imposti dalla dignità: se tale implicazione non è generalmente condivisa – e pare proprio che non lo sia (a favore, ad esempio, A.

Sotto altro profilo, si deve rilevare che è piuttosto ricorrente, a tutte le latitudini, l'idea che la dignità – nella sua accezione più ampia – costituisca il fondamento dei diritti umani. La forza di tale funzione legittimante e le sue applicazioni pratiche, però, hanno diversa intensità a seconda dei contesti ed il riconoscimento formale della dignità non è valso a evitare l'*apartheid*, la pulizia etnica, la tortura ed altri orrori. A questo proposito, ogni parte del mondo ha la sua storia da raccontare, ma, per forza di cose, quest'analisi non può che guardare prevalentemente all'area occidentale.

RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, p. 368; *contra*, W. MAIHOFER, *op. cit.*, p. 6 e s.) –, quei doveri possono essere derivati dalla dignità solo sul piano di una determinata etica, mentre, sul quello giuridico, si rende necessario, per chi voglia sostenerli, argomentare su altra base.

CAPITOLO III

LA DIGNITÀ UMANA COME VALORE E COME PRINCIPIO

SOMMARIO: 1. Ragione e sentimento – 2. La dignità umana come valore – 3. Il valore nel diritto – 4. La dignità umana come principio – 5. Il *proprium* del principio di dignità umana – 6. Esame di alcune possibili obiezioni.

1. Ragione e sentimento

La lunga tradizione di pensiero e l'ampio riconoscimento normativo ricevuto dalla dignità umana sconsigliano al giurista – anche a quello che voglia restare saldamente ancorato al diritto positivo – atteggiamenti snobistici od approcci superficiali. È, invece, necessario indagare a fondo e con cautela la reale portata di un concetto, il cui utilizzo vuole suggerire la più alta pregnanza assiologica.

Se, dal secondo dopoguerra in poi, si è realizzata una vera e propria apoteosi della dignità umana, ciò vuol dire che essa è stata considerata tutt'altro che un'entità inafferrabile. E non deve stupire che l'*ius positum* non abbia neppure tentato – come, del resto, è accaduto per gli altri nobili ideali di libertà, uguaglianza, solidarietà, giustizia, equità e democrazia – l'impresa definitoria, perché, in generale, «ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto»¹ e perché, nella specie, sarebbe stata «una grave ingenuità pensare di poter descrivere *esaurientemente*, in una o più carte dei diritti, ciò che spetta all'uomo in quanto uomo»². Per di più – come s'è detto – il riconoscimento normativo non accompagnato da una definizione e da una presa di posizione filosofica sui fondamenti ha avuto il merito di favorire l'aggregazione del consenso,

¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 3. Concorde G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, p. 9.

² F. D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di L. Spinelli*, Modena, 1989, p. 1350.

lasciando alle diverse culture il compito di radicare e dettagliare il concetto in termini coerenti con la propria visione del mondo³.

Il consenso basilare si è così costruito attorno a quella dignità che – dopo l’evidente scempio subito – è stata vista come *bedrock truth*⁴ o, detto altrimenti, come una sorta di tempio dell’umanità, con colonne fatte di ragione e sentimento, da presidiare e difendere per impedire agli esseri umani di annientarsi fisicamente e moralmente. Fuor di metafora, può dirsi che l’alto significato della dignità non è stato percepito come mera risultante della somma o combinazione di tradizioni storico-sociali e correnti filosofiche, ma come espressione di una carica ulteriore per il confluire anche di componenti emozionali e sentimentali. Anzi è probabile che, alla fine del secondo conflitto mondiale, siano state proprio queste a costituire il collante principale tra popoli assai diversi comunque ‘toccati’ dall’immane catastrofe.

Questo «significato emotivo»⁵ del termine, invero, è reso palese da una serie di indici, che vale la pena di sottolineare.

Partendo dal livello più superficiale e diffuso, si può osservare che il linguaggio comune fa impiego di locuzioni del tipo “senso di dignità”, “dignità ferita”, “dignità mortificata”, le quali suggeriscono una sensazione o un *vulnus* emotivo prima ancora che la comprensione o la critica razionale⁶.

³ Così pure D. SHULTZINER, *Human Dignity: Functions and Meanings*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, cit., p. 77 e s.

⁴ La locuzione è impiegata da T. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 114, per individuare nozioni – come lo stesso *status* di essere umano – rispetto alle quali non veniamo istruiti o formati, ma che «diventano parte di noi nel processo di essere vivi e consapevoli come esseri umani».

⁵ L’espressione «significato emotivo» (*emotive meaning*) è qui impiegata nell’accezione proposta dal filosofo analitico Stevenson, che se ne serve per indicare «il potere che la parola acquista in seguito alla sua storia in situazioni emotive, di richiamare o di esprimere direttamente gli atteggiamenti, come fatto distinto da quello di descriverli o di designarli» (C.L. STEVENSON, *Etica e linguaggio*, trad. it. a cura di S. CECCATO, Milano, 1962, p. 56).

⁶ Tra gli altri, G. AGICH, *Reflections on the function of dignity in the context of caring for old people*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2007, 32, 5, p. 483 e ss., insiste sulla carica emozionale, che è tale da rendere il linguaggio della dignità vettore comunicativo più espressivo e ‘toccante’ di quello dei diritti.

Dal punto di vista psicologico, il concetto è ricostruito in forma di «connessione psico-spirituale (...) che implica empatia, presenza e compassione»⁷, tutti aspetti attinenti alla dimensione sentimentale e relazionale.

La stessa Carta delle Nazioni Unite – come s'è già avuto modo di segnalare⁸ – pone tra le finalità dell'organizzazione la riaffermazione della «fede» nella dignità: la parola «fede» indica per definizione l'adesione a qualcosa che trascende la conoscenza razionale.

Molti di coloro che si confrontano con l'argomento, poi, tendono – specie nel contesto angloamericano, ma non solo – ad illuminare la dignità o la sua negazione con esempi tratti dalla storia⁹, dalla letteratura¹⁰, dalla cinematografia¹¹ o dalla vita quotidiana¹² piuttosto che a definirla e concettualizzarla. Ebbene, la rappresentazione

⁷ S.M. GIANNET, *Dignity Is a Moral Imperative*, in *BMJ Rapid Responses*, December 25, 2003.

⁸ Cfr. cap. II, § 1.

⁹ L'Olocausto è sicuramente l'immagine storica più forte, nota e ricorrente di dignità offesa. Non mancano, però, altri esempi significativi: è frequente il richiamo alla statura morale di Martin Luther King e del Mahatma Gandhi (cfr. *ex plurimis*: M.J. MEYER, *Dignity as a (Modern) Virtue*, D. KRETZMER-E. KLEIN (eds.), *op. cit.*, p. 195 e ss.; W.A. PARENT, *Constitutional Values and Human Dignity*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1992, p. 56 e ss.; D.P. SULMASY, *op. cit.*, p. 14) od ancora di Socrate e Madre Teresa (L. KASS, *op. cit.*, p. 311).

¹⁰ È scioccante e non necessita di commenti l'esperienza diretta dei campi di concentramento narrata, ad esempio, da Primo LEVI nel celebre *Se questo è un uomo* (Torino, 2010) o da Victor FRANKL nel suo *Man's Search for Meaning* (New York: Simon & Schuster, 1984). È incentrato su una serie di esempi letterari e riflessioni correlate l'intero saggio di V. BRADY, *The Question of Dignity: Doubts and Loves and a Whisper from Where the Ruined House Once Stood*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 119 e ss.

¹¹ Ad esempio, A. BRENNAN-Y.S. LO, *Two Conceptions of Dignity: Honour and Self-Determination*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 43, ricorrono alla sceneggiatura de *L'ultimo imperatore* – il celebre film di Bernardo Bertolucci del 1987 – ed alla giustapposizione tra il sovrano decaduto ed il suo ex servitore per illuminare una concezione della dignità come autostima e considerazione sociale, che può essere avvertita e coltivata dall'individuo, ma anche sottratta dagli altri. La stessa accezione di dignità come rango sociale è resa da M.J. MEYER, *op. cit.*, p. 203 e ss., facendo riferimento al film di James Ivory del 1993 *Quel che resta del giorno*. L. KASS, *Defending Human Dignity*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 307 e s., ripercorre la parabola discendente del professor Rath ne *L'angelo azzurro* di von Sternberg per dare l'immagine del decadimento morale e sociale.

¹² Cfr. F. SCHAUER, *Speaking of Dignity*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *op. cit.*, p. 178 e ss.

per immagini, memorie e suggestioni si presta meglio a veicolare un sentimento che non a spiegare compiutamente un'idea razionale.

Inoltre, muove in questa stessa direzione anche l'affermazione diffusa che è più facile riconoscere le violazioni della dignità, quando le si incontrano, piuttosto che definire in termini astratti il significato dell'idea¹³. In questo solco, v'è chi riconosce che riflettere sulla dignità significa oscillare tra ciò che può essere dedotto per logica e ciò che deve essere sperimentato esistenzialmente e concretamente¹⁴; chi segnala che «la carica emozionale del *topos* della dignità» tende a convogliare le «reazioni di panico morale da cui veniamo sopraffatti»¹⁵; chi, ancora, ammette che «i casi di lesione della dignità umana sono in certo qual modo naturalmente collegati con raccapriccio e panico», che aiutano poi a tenere «costante l'attenzione e la difesa contro l'orrore»¹⁶.

Questi rilievi non mirano, beninteso, a sostenere che la dignità sia un mero sentimento e risulti sprovvista di sostanza razionale, affermazione che, peraltro, verrebbe palesemente smentita da una considerazione anche fugace della storia del pensiero filosofico. Piuttosto, si tratta di ammettere che, nell'ambito delle scienze umane, l'elaborazione concettuale passa attraverso una catena di connessioni, che è conclusa e sistematizzata, ma non esaurita dal pensiero razionale¹⁷.

Riconoscere i sentimenti che confluiscono nelle idee consente di apprezzare lo slancio che i primi sanno dare, ma, al tempo, stesso deve mettere in guardia dal

¹³ Così, tra i tanti, O. SCHACHTER, *op. cit.*, p. 848 e ss., il quale osserva che il significato intrinseco della dignità umana «è stato lasciato a una comprensione intuitiva, condizionata in larga misura da fattori culturali. Quando è stato invocato in situazioni concrete, si è generalmente assunto che una violazione della dignità umana possa essere riconosciuta anche se il termine astratto non può essere definito».

¹⁴ E.D. PELLEGRINO, *The Lived Experience of Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, , p. 518.

¹⁵ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 558.

¹⁶ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 132.

¹⁷ Analogamente, M.L. MINOW-E.V. SPELMAN, *Passion for Justice*, in *Cardozo Law Review* 46, 1988, p. 46, le quali appunto segnalano che «le passioni apportano un contributo critico alla formazione delle idee».

rischio – tutt'altro che remoto – che la componente irrazionale comprometta la trasparenza e la logica del discorso¹⁸. L'effettività di un tale pericolo, peraltro, è comprovata dal fatto che il versante emozionale della dignità torna prevalente laddove le corde emotive ed istintive sono toccate più da vicino, come tipicamente accade nelle questioni bioetiche ed in quelle relative al comportamento sessuale. Come si vedrà nel prosieguo, infatti, in questi settori, la dignità finisce per essere usata in sostituzione dell'argomentazione invece che come elemento realmente esplicativo. Più o meno consapevolmente, si fa leva sull'attitudine della dignità a convogliare generico consenso per far accettare soluzioni spesso aprioristiche o intuizionistiche, rispetto alle quali non vengono delucidate né le premesse né le tappe di sviluppo che conducono alla decisione. Non è detto che svelare la fallacia debba condurre a soluzioni diverse da quelle già adottate, ma di certo è utile per reimpostare correttamente il ragionamento giuridico e consentirne il sindacato.

Operati questi chiarimenti, è possibile procedere oltre nella ricostruzione e sistematizzazione del concetto.

2. La dignità umana come valore

Sotto il profilo filosofico, non v'è dubbio che la dignità sia un valore, cioè – per restare alle definizioni generali – un *quid* da apprezzare positivamente¹⁹ od anche, detto altrimenti, una preferenza intersoggettivamente orientata²⁰.

Depongono nel senso della dignità come valore la storia millenaria e l'alta pregnanza etica del concetto nonché il rilievo – espresso da alcuni autori – che, nella dimensione valoriale, le scelte «sono oggetto di percezioni e propensioni non

¹⁸ In questo senso, W. HASSEMER, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Cfr. G. FORNERO, voce *Valore*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata ed ampliata da G. FORNERO, Torino, 1998, p. 1141.

²⁰ Così J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, ed. it. a cura di L. CEPPEA, Milano, 1996, p. 303.

giustificabili razionalmente»²¹, perché «è più facile “sentire” che “definire” il valore»²².

Si aggiungono ulteriori tessere al mosaico se si considera che il valore, almeno a partire da Kant, ha assunto una connotazione filosofica specifica e densa di significato²³, che lo inquadra quale bene finale, destinato a «realizzarsi attraverso attività *teleologicamente orientate*»²⁴. Il valore è, dunque, un riferimento capitale, i cui caratteri, però, possono essere delineati – a seconda delle impostazioni – in termini empirico-soggettivistici e storicizzati, quindi dipendenti dagli uomini e dal divenire storico, o metafisico-assolutistici, cioè universali e fuori dal tempo²⁵. Pur non nascondendosi la preferenza per la prima prospettiva – in qualche modo già emersa fin dall’inizio del lavoro²⁶ –, non è, comunque, necessario, in questa fase, prendere netta posizione a favore dell’una o dell’altra. Infatti, sebbene sotto angolazioni diverse, entrambe le prospettive si adattano alla dignità, che può essere riguardata sia come *standard* ottimale, disegnato secondo le aspirazioni dell’individuo e condizionato dalle contingenze (dignità pratica), sia come essenza ideale immutabile dell’essere umano (dignità ontologica).

3. Il valore nel diritto

Passando dal piano filosofico a quello giuridico, occorre chiedersi quali conseguenze derivino dalla qualifica appena attribuita alla dignità. Più in generale, quindi, si rende necessario affrontare la questione di come operi il valore nel mondo

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, p. 63. Per ulteriori indicazioni sul punto, si rinvia a: G. FORNERO, *op. ult., cit.*; E. OPOCHER, voce *Valore (filosofia)*, in *Enc. del dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 117 e s.

²² Così E. OPOCHER, *op. cit.*, p. 114, sul presupposto che il valore «presenta la strana singolarità di congiungere ad una esperienza immediata incomparabilmente marcata e profonda, una debole espressività concettuale».

²³ Per una “storia” sintetica del concetto di valore, cfr.: G. FORNERO, *op. ult. cit.*; F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, saggio in calce a C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte, La tirannia dei valori*, trad. it. a cura di G. GURISATTI, Milano, 2008, p. 80 e ss.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 92.

²⁵ Ancora G. FORNERO, *op. ult. cit.*, p. 1142 e ss.

²⁶ Cfr. cap. I, § 1.

del diritto. Delle molteplici soluzioni prospettate, ci si limita di seguito a esporre per sommi capi le più rappresentative.

V'è chi ha posto l'enfasi sul significato positivo del pluralismo dei valori, che non si presta – a dispetto di quanto vorrebbero i monisti filosofici – ad essere riportato a «ordine e armonia a ogni costo»²⁷. Piuttosto, dall'irriducibilità delle diverse istanze discende la necessità di operare una sintesi²⁸ – obiettivo non sempre raggiungibile²⁹ – o, più realisticamente, di «scegliere, di sacrificare alcuni dei valori fondamentali per altri». La necessità del sacrificio, d'altronde, «è una caratteristica permanente della condizione umana»³⁰ e va accettata, perché si producono «assurdità nella teoria e conseguenze barbare nella prassi» pretendendo di agire nella convinzione «che vi debbano essere risposte oggettive e finali a questioni normative» e «che sia possibile in linea di principio scoprire uno schema armonico in cui tutti i valori siano riconciliati»³¹. Il conflitto di valori – ben lungi dall'essere aprioristicamente escluso o semplicisticamente risolto – viene, quindi, incluso tra le possibilità con le quali è necessario fare i conti nella società e nella storia.

Altri, sul presupposto che caratteristica dei valori non è quella di essere bensì appunto di valere, vi hanno ravvisato la tendenza ad imporsi, quello che è stato definito un irresistibile «anelito (...) alla validità», a sua volta causa di inevitabile «conflitto tra valutatori, svalutatori, rivalutatori e valorizzatori»³². Paventati così la radicalizzazione dei conflitti ed il rischio di «tirannia dei valori», il rimedio implicitamente suggerito è quello del ritorno ad un rigido normativismo decisionista, svuotato di contenuti e tale da esprimere attraverso il diritto la forza dello Stato legislatore.

Altri ancora, pur condivisa la premessa della vocazione tirannica dei valori, hanno ipotizzato una diversa via d'uscita, raccomandando il passaggio dal piano

²⁷ I. BERLIN, *Introduzione*, in *Libertà*, cit., p. 44.

²⁸ N. HARTMANN, *Etica* (1949), trad. it. a cura di V. FILIPPONE THAUERO, Napoli, 1970, vol. II, *Assiologia dei costumi*, p. 408.

²⁹ Non a caso H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 620, parla in proposito di «romantico ottimismo».

³⁰ I. BERLIN, *op. ult. cit.*, p. 45.

³¹ I. BERLIN, *op. ult. cit.*, p. 49.

³² C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 59.

teleologico, gerarchizzante e conflittuale dei valori – nell’ambito del quale l’importanza del fine giustifica ogni mezzo – a quello deontologico dei principi, dove la bontà del traguardo dipende anche dalla correttezza delle modalità impiegate per raggiungerlo³³. In questa costruzione, il principio incorpora il significato del valore, senza riprodurne le insidie: esso, infatti, orienta non solo il risultato, ma anche il *modus agendi*³⁴; spinge in una data direzione e va preso in considerazione, ma ammette la ponderazione con altri principi e politiche³⁵ e non è detto che prevalga³⁶; è costruito in termini aperti, che non si prestano a giudizi di derivazione sillogistica, ma richiedono un tipo di «ragionamento non formalizzabile, fatto di inferenze e deduzioni di varia natura»³⁷. Il corpo centrale di questa tesi è, dunque, che, nel discorso pubblico, la scure *tranchant* dei valori debba lasciare il posto alla flessibilità conciliante dei principi, *medium* indispensabile per immettere nel diritto la ricchezza dei significati tratti dalla morale, chiamandoli, però, a comporsi secondo dinamiche non prestabilite, ma condizionate dalle peculiarità dei casi concreti. Così resta il corpo del valore – ossia il carattere precettivo che indirizza l’agire –, ma si aggiungono le “democratiche vesti” del principio, ovvero il pluralismo, l’assenza di gerarchia, le logiche di composizione orizzontale ed i canoni di giudizio sui mezzi da impiegare per la realizzazione del fine.

Alla luce delle cornici di riferimento sopra tratteggiate, quindi, la dignità risulterebbe uno dei valori di riferimento compresenti nel tessuto storico-sociale oppure uno dei valori in conflitto – destinato a sopraffare o ad essere sopraffatto – oppure ancora un principio, chiamato a comporsi con gli altri secondo dinamiche non preventivabili.

Invero, ciascuna delle impostazioni di cui s’è dato conto presenta elementi di verità, ma anche insufficienze e punti deboli.

³³ G. ZAGREBELSKY, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Segnala questo aspetto G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 93 e s.

³⁵ Sulla distinzione tra principi e politiche, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982, p. 173 e ss.

³⁶ Così R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 95.

³⁷ Ancora G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 99.

Rispetto alla prima tesi, non si può che concordare sul fatto che i valori siano plurali e che tale pluralismo costituisca una ricchezza. Manca, però, qualsivoglia indicazione sui modi di composizione del molteplice.

In merito alla denunciata attitudine a generare conflitto, è innegabile che essa possa derivare da un senso del valore tanto forte e radicato da tramutarsi in fede dispotica o in dogma, che non tollera confronti né limitazioni³⁸. Tuttavia, non pare corretto sostenere che questa tendenza dispotica esprima l'essenza dei valori in quanto tali. In primo luogo, infatti, non è detto che si sviluppi una percezione soggettiva di segno tanto estremo. In secondo luogo, esistono valori che sono, per definizione, la negazione stessa del conflitto, come la pace, la tolleranza ed il rispetto per l'altro. Tutto può degenerare od essere male interpretato, ma riconoscere tale evenienza è cosa diversa dal pretendere di dipingere in modo oggettivo le caratteristiche di un concetto.

Infine, la conversione in principio del valore ha il grande pregio di offrire al giurista l'ausilio dei criteri di bilanciamento elaborati e rodati dalla giurisprudenza costituzionale e dalla migliore teoria dell'argomentazione³⁹, ma non spiega su quali basi poggia – ammesso che esista – l'asserita differenza ontologica e funzionale tra valori e principi. Il distinguo, infatti, è tutt'altro che scontato, essendo stato sostenuto che può parlarsi di «collisione» e «ponderazione» tanto di valori che di principi e che «la realizzazione per gradi dei principi trova il suo equivalente nella realizzazione per gradi dei valori»⁴⁰. Inoltre, le descritte dinamiche democratiche non sembrano essere una conseguenza necessaria del carattere deontologico dei principi, ben potendosi immaginare un ordinamento incentrato sul principio di autorità e sull'ordine gerarchico.

Le denunciate aporie non sembrano, però, insormontabili.

Preso atto del pluralismo dei valori – siano essi intesi come assoluti dotati di consistenza ontica o come idealità storicizzate espressive della cultura di un popolo –

³⁸ Sulla distinzione tra valore considerato nella «sfera ontica ideale» e «sentimento del valore», che induce gli uomini a graduazioni, sacrifici e rinunce, cfr. N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 408.

³⁹ Per una distinzione tra bilanciamento come «logica» e bilanciamento come specifica «tecnica argomentativa», cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 173 e ss.

⁴⁰ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 138.

e della possibilità di loro conflitto, la vera questione consiste nel definire i modi di una composizione pacifica. A questo proposito, discorrere in termini di principi invece che di valori è utile per evidenziare il passaggio dalla sfera etica a quella giuridica, con le sue peculiari esigenze, finalità e modalità di funzionamento⁴¹. Sarebbe, però, illusorio riconoscere forza risolutiva alla mera trasposizione di piani ed al cambio di etichetta⁴²: la vera garanzia non sta nell'ontologia del principio, ma nella struttura dell'ordinamento. Ciò vuol dire che la questione è, in ultima analisi, politica, perché solo un sistema essenzialmente democratico si costruisce in maniera tale da presupporre e, al tempo stesso, alimentare principi, per così dire, "dialoganti"⁴³: li presuppone, perché – com'è noto ed evidente – un sistema di governo non nasce dal nulla, ma si lega pur sempre agli assetti ed al sentire della società governata; li alimenta, perché la democrazia stessa non è un traguardo che si raggiunge una volta e per tutte, ma un divenire da sperimentare e migliorare con incessante lavoro.

Ecco, quindi, che i principi giuridici assolvono la funzione di mezzo di comunicazione non soltanto tra etica e diritto, ma tra etica, diritto e politica⁴⁴ ed operano nel modo più ricco ed articolato in un contesto di autentico pluralismo, che

⁴¹ Naturalmente non si tratta di "conversione automatica", nel senso che la portata di ciascun valore difficilmente è rispecchiata da un solo principio. Il valore della libertà, ad esempio, si riverbera nel principio di libertà (principio sostanziale), ma anche in una serie di principi procedurali variamente collegati al valore di riferimento (legalità, offensività, colpevolezza, *favor rei*, etc.).

⁴² Ed infatti, con riferimento alle stesse idealità, i documenti politico-giuridici si esprimono talvolta in termini di principi e talaltra di valori. Quale esempio del primo tipo si può addurre la Costituzione italiana, che, nei primi dodici articoli, enuncia i «principi fondamentali»; come esempio del secondo tipo si può pensare al Trattato di Lisbona, che rinvia esplicitamente ai «valori» dell'Unione Europea (art. 1*bis*).

⁴³ Il punto, invero, non è sfuggito a Zagrebelsky, che, però, non lo esplicita in modo compiuto, limitandosi a dare implicitamente per presupposte le «condizioni costituzionali materiali attuali» di democrazia (arg. ex G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 170).

⁴⁴ Rileva, del resto, J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2007, p. 35, che il diritto in generale «si colloca a metà strada tra la politica e la morale. Questo spiega come mai, nel discorso giuridico, gli argomenti attinenti all'applicazione e alla interpretazione della legge si collegano – come ha dimostrato Dworkin – per un verso al dibattito sugli obiettivi politici e per l'altro verso ad argomentazioni giustificative di tipo morale».

si esprime nell'adesione a quella laicità «debole», «metodologica» o «formale» che dir si voglia, la quale garantisce «l'esistenza di un'arena pubblica *comune* capace di accogliere in sé, su un piano di democratica e neutrale parità, *tutte* le concezioni del mondo»⁴⁵. Tale impalcatura, a sua volta, si regge solo a condizione che siano riconosciuti uguale rispetto e considerazione a tutti gli interlocutori, ciascuno pari in dignità e diritti rispetto agli altri⁴⁶.

⁴⁵ G. FORNERO, *Due significati irrinunciabili di laicità*, in *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D'ORAZIO, Milano, 2009, p. 69. All'opera collettanea appena citata si rinvia anche per chiarimenti sulle diverse accezioni della laicità e sulla terminologia impiegata per definirle. Per ulteriori approfondimenti sul tema – oggetto di attenzione sempre maggiore nel nostro Paese negli ultimi anni – si rinvia, giusto per citare taluni contributi recenti e significativi, a: R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La Laicità crocifissa. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004; G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006; G. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE-E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto*, Bologna, 2007; S. CECCANTI, *Una libertà comparata – Libertà religiosa, fondamentalismi e società multiethniche*, Bologna, 2001; E. DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 e ss.; L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, p. 163 e ss.; G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia, cit.*, p. 18 e ss.; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 546 e ss.; ID., *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 339 e ss.; ID., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, p. 167 e ss.; G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica, cit.*; ID., *Laicità debole e laicità forte*, Milano, 2008; E. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, 2007; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 259 e ss.; F. ONIDA, *Il principio di laicità*, in R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli, 2006; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 55 e ss.; L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 e ss. Nella giurisprudenza costituzionale italiana, si veda significativamente Corte cost., 13-20 novembre 2000, n. 508, in *Giur. cost.*, 2000, p. 3965 e ss., con note M. OLIVETTI, B. RANDAZZO, P. CAVANA, ove appunto si qualifica la laicità «principio supremo dell'ordinamento (...) che caratterizza in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse».

⁴⁶ Dignità, uguaglianza e diritti umani devono, quindi, considerarsi precondizioni indispensabili del dialogo. Su questo punto, del resto, si registra ampia convergenza – almeno a livello teorico – tra le

Se si accoglie questo modo di vedere, è corretto dire che i valori operano nel diritto come principi⁴⁷, l'incidenza e le modalità operative dei quali sono, però, condizionate dalle caratteristiche e dall'orientamento del sistema politico. In un regime dispotico, invero, perde di senso parlare di valori, principi o regole, poiché tutto si riduce alla volontà del tiranno, sia esso singolo uomo, partito politico, gruppo armato o movimento religioso. Per converso, in una democrazia liberale, possono ben valere le considerazioni surriportate circa l'idoneità orientativa dei principi e giovano altresì le indicazioni e delucidazioni in merito alla procedura di bilanciamento, tratteggiate dalla dottrina dell'argomentazione⁴⁸.

Posto che il parametro politico di riferimento qui adottato è quello della democrazia liberale, è possibile andare avanti, specificando il ragionamento con riguardo alla dignità.

4. La dignità umana come principio

Ebbene, in ambito giuridico, la dignità si atteggia a principio espressivo del valore corrispondente e condivide dei principi, tra l'altro, la caratteristica di poter

diverse famiglie culturali e impostazioni teoriche e sussiste altresì un accordo pratico comprovato dalle enunciazioni contenute nelle Carte internazionali dei diritti.

⁴⁷ Concordi M. HAILER-D. RITSCHL, *General Notion of Human Dignity*, in K. BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic, 1996, p. 102. Non si veda in tale affermazione una contraddizione od uno snaturamento, perché nulla osta ad estendere ai concetti quel che si deve riconoscere per le persone, ossia «l'inaggrabile natura plurale» dell'identità a seconda dei contesti di riferimento (cfr. A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006, p. IX, il quale fa notare come ognuna delle collettività cui una «persona appartiene simultaneamente, le conferisce una determinata identità. Nessuna di esse può essere considerata l'unica identità e l'unica categoria di appartenenza della persona»).

⁴⁸ Per alcuni contributi recenti e significativi, cfr.: R. ALEXY, *op. cit.*; G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto : un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, vol. 25, 2005, p. 335 e ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali : una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, vol. 28, 2007, p. 219 e ss.; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Milano, 2002.

operare a prescindere da un riconoscimento espresso, bastando la conformità alle concezioni diffuse sul dover essere del diritto⁴⁹.

Secondo taluni, però, la dignità avrebbe natura affatto peculiare, non essendo suscettibile di bilanciamento⁵⁰. Trattasi di affermazione frequentemente riproposta, ma, il più delle volte, non persuasivamente argomentata e comunque smentita dalla realtà degli ordinamenti. Infatti, se davvero la dignità risultasse intangibile nella sua pienezza, non sarebbero giustificabili una serie di misure pur necessarie per garantire la pacifica convivenza e verrebbe travolto l'intero edificio del diritto penale, i cui strumenti investigativi e sanzionatori entrano in evidente tensione appunto con la dignità. A ben vedere, la dignità non è bilanciabile se la si dilata al punto da farne un sinonimo dell'ordine pubblico, operazione che, però, la trasforma da singolo principio a formula riassuntiva delle caratteristiche complessive dell'ordinamento⁵¹; è, poi, insopprimibile il nucleo essenziale, ma ciò vale anche per gli altri principi personalistici, che risultano modulabili solo in una certa misura, ma non ammettono di essere annientati. Del resto, sostenere che anche la dignità rientra nel bilanciamento non significa operare una *deminutio*, ma portare l'attenzione su come questo viene operato e, quindi, sui rapporti tra principi e tra questi e le caratteristiche del caso⁵².

⁴⁹ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, citato nell'ed. casigliana a cura di E. GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001, p. 104.

⁵⁰ *Ex plurimis*: G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 87.

⁵¹ Si veda in proposito G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 86 e s., secondo cui «porre il valore della dignità (non dimentichiamolo, come sintesi dei valori fondamentali) fuori dall'ordine giuridico, in funzione di legittimazione e sostegno dell'intero ordinamento, implica il riconoscimento dell'antiorità dell'uomo rispetto allo Stato. (...) La *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento dei valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa infatti non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima».

⁵² Tale assunto è condiviso, in fondo, anche nell'ordinamento tedesco, che pure, più di ogni altro, tende a presentare la tutela della dignità come un assoluto indiscutibile. In proposito, si veda significativamente la sentenza del Tribunale costituzionale federale sulle intercettazioni, dove si dice 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» (BVerfGE 30, 1 (25)).

Insistendo ancora sulla natura di principio che si inserisce in un ordinamento democratico, risulta errato assumere la dignità a parametro unico⁵³ o andare alla ricerca di una sua collocazione gerarchica. È, poi, riduttivo farne il contenuto di un singolo diritto⁵⁴ o gruppo di diritti⁵⁵ e frutto di forzatura pretendere di ricavare da essa regole rigide da applicare direttamente e invariabilmente, secondo la formula del «tutto-o-niente», alla molteplicità dei casi concreti che la chiamino in causa⁵⁶. Il

⁵³ Estremamente attenti in questo senso, in ambito bioetico, J.D. RENDTORFF-P. KEMP (eds.), *Basic ethical principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. I, *Autonomy, dignity, integrity and vulnerability*, Centre for Ethics and Law: Copenhagen, Institut Borja de Bioetica: Barcelona, 2000, per i quali la dignità è uno dei principi rilevanti, non l'unico né il più importante, ed è chiamato a raccordarsi con gli altri secondo logiche non predefinite. Peraltro, si può aggiungere che istanze di tipo fondazionalista monista non appaiono vantaggiose per il discorso pubblico, sia perché lo impoveriscono, sottraendo strumenti preziosi, sia perché lo espongono al rischio di deriva dei contenuti ove sia contrastato l'unico canone di riferimento.

⁵⁴ È vero che taluni ordinamenti costruiscono la dignità come diritto in sé – come nel caso della Costituzione della Repubblica del Sud Africa –, ma è significativo che, anche allora, essa non si attegga solo a diritto, affiancando piuttosto detta qualifica al ruolo di principio, se non addirittura di valore fondativo. Contrario a intendere la dignità come contenuto di un diritto F. MANTOVANI, *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 1, p. 56, che ravvisa la motivazione ostativa nell'eccessiva genericità del concetto.

⁵⁵ Concorde F. VIOLA, *op. cit.*, p. 111 e s., per il quale la riduzione della dignità umana alla designazione di un particolare gruppo di diritti – inevitabilmente condizionati dalle situazioni storiche e sociali contingenti – costituisce un impoverimento del concetto e un ostacolo al dialogo interculturale. Nello stesso senso, A. CHASKALSON, *op. cit.*, p. 134 e s.

⁵⁶ La locuzione testuale e l'impostazione adottata sono riprese da R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 93. Peraltro, alla luce delle considerazioni svolte, la qualifica della dignità come principio piuttosto che come regola resta ferma anche aderendo alla diversa prospettazione in base alla quale pure «l'applicazione di regole ha carattere gradualistico anziché tutto-o-niente, nel senso che anche una regola può essere disapplicata pur ricorrendo i fatti previsti dalla fattispecie, ed è soggetta a considerazioni di "peso"». Ed infatti, in quest'ottica, «una regola sarà una norma la cui applicazione è tendenzialmente più conclusiva, più protetta rispetto a considerazioni estrinseche (valutazioni morali, principi concorrenti, considerazioni relative al «contesto» ecc.)», mentre la dignità – al pari degli altri principi – «è una norma la cui applicazione è tendenzialmente più suscettibile di essere influenzata da considerazioni di quel tipo» (G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, *cit.*, p. 74 e s.). Sulla distinzione tra regole e principi, pure: R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 81 e ss.; ID., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE-A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 37 e ss. Nella dottrina italiana: R.

bello e l'utile dei principi risiede proprio nella sfida che essi propongono al fine di articolarne di volta in volta il contenuto di dettaglio senza tradire il significato complessivo ed anzi cercando di realizzarlo «nel miglior modo possibile, tenuto conto delle possibilità giuridiche e fattuali esistenti»⁵⁷. C'è un obiettivo da perseguire, accompagnato, però, dalla consapevolezza della complessità e della contingenza, che non tocca l'ideale astratto, ma porta a meditare sui modi della sua realizzazione nella società e nella storia.

Per la dignità, però, tale duttilità è sovente sconfessata e si contendono il campo due atteggiamenti antitetici: negarle qualsivoglia portata orientativa o farla prevalere su ogni altra istanza per scongiurare il relativismo morale, a livello teorico, e l'arbitrio, a livello pratico. La spiegazione degli opposti atteggiamenti si può rinvenire nel fatto che la forte connotazione etica del concetto induce spesso a ragionare in termini dogmatici o fideistici piuttosto che secondo logiche di confronto democratico. Riassettato correttamente l'argomentare sul piano dei principi, le posizioni estreme si stemperano e si può tornare a discutere di dignità in un'ottica discorsiva e plurale, non più impositiva e singolare. La correttezza di un tale approccio, peraltro, appare implicitamente confermata dal fatto che tanto i documenti giuridici quanto l'argomentare delle corti legano sempre la dignità ad altri principi, talora esplicitati e talaltra lasciati agire sullo sfondo.

Quest'ultimo aspetto vale, poi, a sdrammatizzare un'altra questione avvertita come problematica, ossia quella inerente alla difficoltà di porre un netto distinguo rispetto ad altri concetti di ampia portata, specie libertà ed uguaglianza. Tracciare una chiara linea di demarcazione, infatti, è fondamentale ove si voglia impostare una gerarchia di valori, produttiva, a sua volta, delle regole di prevalenza, mentre non lo è altrettanto ove si discuta di principi, rispetto ai quali la presenza di aree di convergenza va anzi positivamente apprezzata.

BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 492 e s.; G. PINO, *op. ult. cit.*, p. 51 e ss., anche per una panoramica dei diversi orientamenti; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, *cit.*, p. 148.

⁵⁷ Così R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 86, il quale definisce i principi «precetti di ottimizzazione».

5. Il *proprium* del principio di dignità umana

A questo punto, si può gettare una prima luce sull'ormai classico problema definitorio, segnalando che la difficoltà di raggiungere l'obiettivo – ben lungi dal provare la vacuità del concetto – esprime la preziosa complessità che appartiene agli ideali che condividono la duplice natura di valore e di principio.

Sul fronte valoriale, è importante aver osservato che le componenti emozionali non scompaiono dopo aver contribuito all'emersione del valore, ma restano sullo sfondo, 'tradite' dal linguaggio comune e persino da quello giuridico nonché dalla tendenza alla rappresentazione per immagini o per contrasti. A ciò consegue l'impossibilità di dar conto in termini di pura costruzione razionale di tutte le sfumature, suggestioni e potenzialità del valore, destino questo che la dignità condivide, ancora una volta, con uguaglianza e libertà⁵⁸.

Guardando ai principi, la rete di interconnessioni fa sì che ciascuno occupi uno spazio esteso, ma in gran parte condiviso con quello di altri. Ad esempio, la dimensione ontologica della dignità sembra segnare una rotta convergente rispetto all'uguaglianza, mentre la dimensione esistenziale appare più vicina alla libertà. Ciò implica che ogni formula di sintesi si espone all'obiezione di essere incompleta o, al contrario, troppo lata. Allora, quel che si richiede non è tanto uno sforzo definitorio, con impliciti intenti escludenti e gerarchizzanti, quanto la propensione a cogliere la portata orientativa dell'idea.

Con queste precisazioni, il *proprium* del principio di dignità può essere ravvisato nel rispetto dovuto ad ogni *human being* per la mera appartenenza alla specie⁵⁹ e nell'esigenza di promuoverne il miglioramento. Detta istanza di uno

⁵⁸ A proposito della libertà, ad esempio, il filosofo del linguaggio J.L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, in J.O. URMSON-G.J. WARNOCK (eds.), *Philosophical Papers*, New York: Oxford University Press, 1979, p. 180, ha osservato come l'idea possa essere compresa più agevolmente chiedendo cosa renda non liberi piuttosto che svolgendo un'indagine che conduca direttamente alle caratteristiche che la connotano in positivo. Altrettanto autorevolmente I. Berlin ha osservato che «quasi tutti i moralisti storicamente noti hanno cantato le lodi della libertà; ma il significato di questo termine, come quelli di "felicità" e "bontà", "natura" e "realtà", è talmente elastico che non c'è praticamente interpretazione che non ammetta» (I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, cit., p. 171 e s.).

⁵⁹ In tal modo, si ancora la dignità ad un elemento realmente comune piuttosto che a peculiari caratteristiche o qualità – come razionalità, sensibilità, moralità, interessi od altro – che, nelle

standard minimo di trattamento, da intendersi come essenziale in ragione della natura umana, non si sovrappone all'uguaglianza – che implica sempre una valutazione comparativa, ma non necessariamente una soglia base – né alla libertà, che presuppone capacità di autodeterminazione.

Su queste premesse, il principio di dignità può dirsi certamente violato quando venga precluso l'esercizio delle funzioni fisiche e mentali di base. Per esemplificare, si pensi a quelle forme di tortura realizzate con privazione del cibo o del sonno; alla degradazione al livello animale di chi sia impiegato in lavori forzati alla stregua di bestia da soma; alla strumentalizzazione integrata dalla violenza sessuale; alla demonizzazione di chi sia trattato come nemico dopo essere stato etichettato ed incasellato *a priori* in una determinata categoria.

Al di là dei casi macroscopici appena esemplificati, è possibile individuare punti di riferimento più specifici per concretizzare il principio di dignità richiamando i concetti ad esso tradizionalmente collegati, ma più sensibili alle variabili storiche e culturali, quali, in positivo, onore, rispetto e riconoscimento, e, in negativo, umiliazione e degrado. Torna utile altresì l'ampio catalogo dei diritti umani, mentre l'indirizzo ultimo è dato dalle caratteristiche del caso di volta in volta considerato⁶⁰.

Così inteso, questo frutto della cultura occidentale, che troneggia anche negli strumenti giuridici universali, si presta a raccogliere la sfida del multiculturalismo⁶¹.

contingenze, possono anche fare difetto od essere presenti secondo diverse graduazioni, ponendo il problema del se o in che misura riconoscere la dignità.

⁶⁰ Sull'importanza della considerazione del caso per la specificazione del principio rispetto alla fattispecie concreta, cfr., tra gli altri, R. ALEXY, *op. ult. cit.*, p. 90 e ss.

⁶¹ Non si vuol certo sottovalutare la complessità del fenomeno sicché, non a caso, si è parlato di "raccogliere la sfida" piuttosto che di risolvere la questione. Siamo ancora – e verosimilmente resteremo a lungo – in una fase in cui occorre predisporre la piattaforma di dialogo, obiettivo cui può giovare il rimarcare gli elementi condivisi piuttosto che il radicalizzare le differenze. Sul multiculturalismo, cfr.: S. BENHABIB, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton: Princeton University Press, 2002, trad. it. di A.R. DICUONZO, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005; H. BHABHA, *The Location of Culture*, London-New York: Routledge, 1994, *I luoghi della cultura*, trad. it. di A. PERRI, Roma, 2001; N. FRASER-A. HONNETH, *Redistribution or Recognition. A Political-Philosophical Exchange*, London, 2003, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*, Napoli, trad. it. di E. MORELLI-M. BOCCHIOLA, 1999; A. SCHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*.

Quel che altre culture o impostazioni sembrano rigettare, infatti, è la tirannia di un valore che non appartiene loro, mentre non v'è critico del giusnaturalismo o dello «specismo»⁶² né fautore del materialismo scientifico⁶³ né seguace di un'etica dello

Cultural Differences and Human Rights, Cambridge: Cambridge University Press, 2001; T. TODOROV, *Nous et les autres: la réflexion française sur la diversité humaine*, cit.. Nella letteratura italiana: F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturali. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente orientati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 149 ss.; ID., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, ivi, 2007, p. 1297 e ss.; A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2006; C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo a diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 173 ss.; F. FISTETTI, *Multiculturalismo. Una mappa tra filosofia e scienze sociali*, Torino, 2008; G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, n.1/2, p. 24 e ss.; L. MONTICELLI, *Le «cultural defences» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 535 e ss.

⁶² L'accusa di «specismo» è rivolta da taluni autori nei confronti dell'atteggiamento tradizionale che pone la specie umana al vertice della scala gerarchica, nonostante il progresso delle conoscenze scientifiche non faccia che assottigliare le differenze – almeno biologiche – tra la nostra specie e le altre. In questo solco, tra gli altri: K. BAYERTZ, *Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea*, in ID. (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht: Kluwer Academic, 1996, p. 77 e ss.; J. RACHELS, *Created from Animals. Moral Implications of Darwinism*, Chicago: University of Chicago Press, *Creati dagli animali. Implicazioni morali del darwinismo*, trad. it. a cura di P. CAVALIERI, Milano, 1996; P. SINGER, *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals*, New York: Random House, 1975, *Liberazione animale*, trad. it. a cura di E. FERRARI, Milano, 1991. Dal punto di vista filosofico, è certo possibile articolare argomenti volti a recuperare il *proprium* e finanche la superiorità dell'umanità rispetto all'animalità (così: W. GAYLIN, *In Defence of the Dignity of Being Human*, in *Hastings Center Report* 14, 1984, p. 18 e ss.; H. ROLSTON, *Human Uniqueness and Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, cit., p. 129 e ss.); nell'ottica giuridica, però, appare più proficuo indagare gli elementi di comunanza con le diverse impostazioni, come, ad esempio, la possibilità di riconoscere uno *standard* di protezione minima alle altre specie (D. BIRNBACHER, *Ambiguities in the Concept of Menschenwürde*, in K. BAYERTZ (a cura di), *op. cit.*, p. 114) e la maturata consapevolezza che il «teorema della dignità» non possa valere a giustificare atteggiamenti predatori nei confronti delle realtà naturali, incluse quelle non animate (M. REICHLIN, *Dignità umana: ragioni di un paradigma morale*, in E. FURLAN (a cura di), *op. cit.*, p. 143 e ss.).

⁶³ Per una illustrazione di come la dignità umana possa essere articolata e difesa anche in questa prospettiva, si rinvia a D.C. DENNETT, *How to Protect Human Dignity from Science*, in *Human*

spirito o dell'energia universale⁶⁴ che arrivi a negare le summenzionate istanze di rispetto e promozione, pur diversamente atteggiandosi a seconda dei contesti⁶⁵.

6. Esame di alcune possibili obiezioni

Si potrebbe obiettare che resta aperta, a monte, la questione di cosa debba intendersi per essere umano e di quali siano i confini della sua natura, se essa si estenda – per citare le questioni più discusse – all'embrione, al feto od al malato in stato vegetativo permanente. Il rilievo coglie nel segno, ma l'insoluto ha una portata generalissima, perché, anche quando si ragiona in termini di libertà, di uguaglianza o di diritti fondamentali, è necessario prendere le mosse da una data comprensione della natura umana⁶⁶. Tuttavia, tra i progressi della scienza e gli interrogativi della filosofia morale, il diritto – non potendosi arrestare al *non liquet* – deve ruotare

Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics, p. 39 e ss., il quale nega ogni fondamento religioso o metafisico per puntare sull'idea del *belief in belief*, ossia sulla convinzione che la fiducia in un ideale elevato spinga poi alla sua realizzazione e che, pertanto, credere nella dignità sia preferibile al non farlo.

⁶⁴ Per la collocazione in quest'ambito della prospettiva induista e buddista, si vedano rispettivamente: S. SEERETHAM, *Alcune considerazioni critiche sul concetto di dignità umana da una prospettiva induista*, in E. FURLAN (a cura di), *op. cit.*, p. 277 e ss.; M. GHILARDI, *Il buddhismo di fronte alla bioetica: sul concetto di dignità umana*, *ivi*, p. 295 e ss.

⁶⁵ Nell'ottica induista, ad esempio, si rimprovera al concetto di dignità un «approccio radicalmente antropocentrico», giudicato «riduzionistico in modo preoccupante», e si suggerisce un allargamento delle prospettive alla dimensione ambientale, ma si riconosce l'utilità del principio «per determinare il comportamento degli uomini verso altri esseri umani» (S. SEERETHAM, *op. cit.*, p. 284 e 293 e s.). Analogamente, nel buddismo «ad essere affermato è un criterio di dignità “allargato”, che mette gli esseri umani in relazione non soltanto tra loro ma anche con l'ambiente che li avvolge e li penetra, con tutti gli esseri che sono condizionati e condizionanti la vita dell'ecosistema di cui l'uomo fa parte» (M. GHILARDI, *op. cit.*, p. 315). Parallelamente, nella *western culture* le impostazioni più aggiornate – pur ammettendo che la dignità si collega ad un certo «*feeling of and for the human*» – segnalano che ciò non implica la mancanza di considerazione del più ampio contesto in cui gli esseri umani si collocano (cfr.: J. MALPAS-N. LICKISS, *Introduction to a Conversation*, *cit.*, p. 4; J. MALPAS, *Human Dignity and Human Being*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 19).

⁶⁶ Ed infatti, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, p. 9, fa notare che «nell'antichità le disuguaglianze si espressero anzitutto tramite la negazione della stessa identità di persona (agli schiavi concepiti come cose)».

attorno ai dati certi e favorire discussioni e mediazioni sugli aspetti controversi, per addivenire quantomeno a definizioni stipulative il più possibile condivise⁶⁷. E in ogni caso, con specifico riguardo alla dignità, bisogna stare bene attenti – pure ammesso che si raggiunga un consenso sui casi limite – a non cadere nella trappola della tirannia del valore, ossia a non dimenticare che le soluzioni dei problemi giuridici devono aprirsi alla considerazione degli altri principi rilevanti⁶⁸.

Ancora, all'impostazione qui proposta si potrebbe rimproverare l'alto livello di astrazione, l'indeterminatezza del concetto – le cui interpretazioni variano nel tempo e nello spazio – e la poca estensione del nucleo condiviso, stante la necessità di conciliare visioni del mondo diverse e talora antitetice⁶⁹. Tali rilievi, però, sono superabili sulla base di una serie di argomenti.

Per cominciare, un certo coefficiente di astrazione e genericità è elemento costitutivo di tutti i principi⁷⁰, ma ciò non toglie che ciascuno ruoti attorno ad un perno

⁶⁷ È in senso sostanzialmente conforme che J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica, cit.*, p. 34, osserva che, «dovunque conflitti e problemi richiedono decisioni univoche, tempestive e vincolanti, tocca alle norme giuridiche assorbire quelle incertezze e quei rischi che interverrebbero qualora le faccende fossero rimesse a un controllo semplicemente morale».

⁶⁸ Ad esempio, non basta riconoscere o negare la natura umana e, quindi, la dignità del feto per arrivare a escludere o legittimare *in toto* le pratiche di interruzione volontaria della gravidanza, dovendosi tenere adeguatamente conto anche di una serie di contro-interessi. In effetti, a prescindere da riferimenti espressi o velati alla dignità, è stato proprio questo il modo di procedere dei legislatori e delle corti sul tema dell'aborto ed è da ritenere che sarebbe opportuno fare altrettanto con riguardo alle altre questioni spinose oggi sul tappeto, come quella dell'ammissibilità della ricerca sulle cellule staminali embrionali.

⁶⁹ Cfr.: T. BRYDER, *Patterns for Future Research on Self-Esteem and Human Dignity in Mass Society*, in *Political Psychology* 15, 3, 1994, p. 401 e ss.; R. HOWARD, *Dignity, Community, and Human Rights*, in A.A. AN-NA'IM (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspective; A Request for Consensus*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 83; Y. LURIA, *A Matter of Dignity*, in A. NEMDAR (ed.), *Virtues and Feeling*, Ramat Gan, Hoshen Le Mishpat, 1994, p. 179; D. SHULTZINER, *Human Dignità: Functions and Meanings*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 79 e ss.

⁷⁰ Osserva, tuttavia, R. GUASTINI, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, p. 120, come sia «dubbio che la vaghezza della formulazione sia un tratto caratteristico dei principi: si può sostenere, al contrario, che la vaghezza sia un elemento comune ad ogni enunciato prescrittivo, sia esso una norma o un principio. Tutt'al più si può dire che i principi siano formulati in modo

che non può essere scardinato senza far crollare l'intera struttura. È vero che le interpretazioni sono mutevoli e talora discutibili, ma il riconoscimento del principio getta comunque un seme destinato a germogliare⁷¹. Di conseguenza, se apprezziamo l'utilità ed il significato dei principi, dobbiamo accettarne anche la quota di indeterminatezza e mutevolezza. La scelta dei diversi legislatori nazionali ed internazionali è stata evidentemente in questo senso, visto che alla normazione per principi si ricorre con frequenza, in tutte le sedi ed a tutti i livelli.

Andando avanti, è inevitabile che, quanto più si cerchi di ampliare il numero dei soggetti aderenti, tanto più si restringa l'area dell'incontestato. Ciò non vuol dire che il principio non esista o vada superato, ma che si rende necessario potenziare la discussione nelle aree periferiche, se del caso richiamando principi convergenti o confliggenti. Per converso, ove si operi in realtà culturalmente più omogenee, la piattaforma partecipata si riespande e si presta a sostenere argomentazioni e implicazioni più numerose o più profonde.

Tracciato questo quadro, è giunto ora il momento di esplorare le implicazioni penalistiche della dignità.

relativamente più vago delle altre norme. Ma, da questo punto di vista, l'indeterminatezza è solo questione di grado. E, disgraziatamente, non disponiamo di una unità di misura dell'indeterminatezza».

⁷¹ Per addurre un esempio tra i tanti si pensi all'incidenza del principio di uguaglianza sul nostro diritto di famiglia o del principio di colpevolezza nel diritto penale: i mutamenti non sono intervenuti contestualmente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, ma quelle previsioni hanno segnato le linee di sviluppo del sistema.

CAPITOLO IV

IPOTESI SUL RUOLO DELLA DIGNITÀ UMANA

NEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Primi passi verso la ricostruzione del ruolo del principio di dignità umana nel diritto penale – 2. Sottoprincipi della dignità umana: protezione e promozione – 3. La protezione *dal* diritto penale: il *mandatory sentencing* – 4. *Segue*: le *shaming penalties* – 5. *Segue*: gli effetti della condanna e della ritenuta pericolosità – 6. La protezione *attraverso* il diritto penale: la dignità umana come bene giuridico – 7. *Segue*: obblighi di incriminazione e trattamento sanzionatorio dei fatti lesivi della dignità – 8. Il sottoprincipio di promozione: il versante delle scelte di incriminazione – 9. *Segue*: finalità e conformazione della pena – 10. Dinamiche interne al principio: riassumendo.

1. Primi passi verso la ricostruzione del ruolo del principio di dignità umana nel diritto penale

Alla luce delle considerazioni svolte nei capitoli precedenti, non v'è motivo per negare al principio di dignità il rango e l'utilità che non si esita a riconoscere ad altri principi altrettanto ricchi, complessi e talora incerti, come libertà ed uguaglianza. Anzi, operato un raccordo, la triade personalista può essere schematicamente impostata nel modo che segue: la dignità comanda rispetto per ogni essere umano e per tutto quanto attiene alla sua sfera personale, che non va limitata senza ragione per non compromettere le possibilità di autorealizzazione; la realizzazione di sé, a sua volta, necessita di libertà; poiché tutti siamo uguali e meritevoli di uguale rispetto e considerazione, la libertà di ciascuno non deve pregiudicare quella degli altri ed eventuali restrizioni devono essere basate su fatti e non su condizioni personali¹.

¹ La combinazione – seppur diversamente congeniata – dei tre principi è, invero, ricorrente in dottrina e comprova la stretta connessione che li avvince. *Ex plurimis*: R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton: Princeton University Press, 2006, *La democrazia possibile*, trad. it. L. CORNALBA, Milano, 2007, *passim*; G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 43 e ss. Ulteriore riprova si ricava, a livello di *jus positum*, dall'art. 3 della Costituzione italiana, che riconosce

È facile osservare che il corpo centrale del ragionamento ritorna al cuore del liberalismo, col correttivo – supportato da ampio ed autorevole consenso² – di una base personalistica forte, che preclude valutazioni in termini di mera utilità aggregata. Preme, però, segnalare due aspetti.

In primo luogo, i principi di libertà, uguaglianza e dignità sono così inestricabilmente collegati tra loro che ogni tentativo di considerazione isolata e massimalista ne produce il collasso. Ad esempio, la libertà, senza l'ostacolo dell'altrui insopprimibile dignità, potrebbe essere fatta valere anche come libertà di uccidere o recar danno. L'uguaglianza potrebbe legittimare l'uniformità assoluta, se non dovesse raccordarsi con libertà e autonomia, che impongono di dare spazio ad aspirazioni e preferenze individuali. Sempre l'uguaglianza potrebbe ammettere un livellamento degradante, se non fosse controbilanciata dalla dignità. Quest'ultima non potrebbe specificarsi e personalizzarsi senza l'autonomia; inoltre, isolatamente considerata, lascerebbe senza soluzione i casi in cui la dignità di determinati soggetti entri in conflitto con quella di altri³.

In secondo luogo, l'aver riallineato la dignità alle altre istanze di cui condivide l'essenza costituisce un contributo all'analisi, potendo arricchire le argomentazioni e, talora, mutare gli equilibri.

Sempre in questa cornice, se ci si sposta nella prospettiva del diritto penale, le conclusioni raggiunte suggeriscono di estendere alla dignità – come, invero, alla libertà – le stesse valutazioni che autorevole dottrina riferisce all'uguaglianza, ossia il fatto di «assurgere a *meta-principio* o *meta-criterio* suscettibile di specificarsi e concretizzarsi in rapporto a parametri di più stretta marca penalistica: essa quale 'ideale regolativo' di un diritto penale non arbitrario si insinua infatti – contribuendo a co-determinare i significati assiologici e garantistici – nei rispettivi principi

a tutti i cittadini «pari dignità sociale» e segna l'impegno della Repubblica a rimuovere le limitazioni di fatto alla libertà e all'uguaglianza.

² Cfr. J. RAWLS, *Giustizia come equità*, cit.

³ Per esemplificare, si pensi alla dignità della madre e del feto, che si fronteggiano nelle decisioni sull'aborto; a quella della vittima e del reo, che stanno su fronti contrapposti quando si tratti di individuare ed applicare le pene; a quella dell'agredito e dell'aggressore nei casi di legittima difesa; a quella del paziente che rifiuta cure potenzialmente salvifiche, mortificando la vocazione e l'aspirazione del medico a fare del proprio meglio.

penalistici di legalità e determinatezza della fattispecie incriminatrice, offensività, personalità-colpevolezza, proporzione della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del reato (da intendere quale preconditione del finalismo rieducativo)»⁴.

Beninteso, non si vuole con ciò reintrodurre surrettiziamente una gerarchia tra principi, ma è chiaro che quelli che esprimono in senso più ampio le istanze personalistiche costituiscono la trama all'interno della quale si inseriscono e devono raccordarsi tutti gli altri, che abbiano un carattere strumentale o servente alla difesa od alla promozione della persona.

Siamo così pervenuti alla conclusione che la dignità umana soffi il suo alito anche sul dritto penale, una sorta di afflato umanitario da riferire alla vittima ed al reo, alle fattispecie incriminatrici ed ai principi garantistici, all'azione del legislatore ed all'attività dell'interprete, all'applicazione ed esecuzione delle pene come dei trattamenti premiali. Occorre ora verificare se ciò si traduca solo in generica ispirazione di fondo o possano derivarsene implicazioni e indicazioni più specifiche, come accade, ancora una volta, per libertà ed uguaglianza⁵.

2. Sottoprincipi della dignità umana: protezione e promozione

Per compiere un ulteriore passo avanti, si deve considerare che, di regola, la capacità direttiva del principio si coglie meglio ed in modo più intenso quando se ne riescano a descrivere le articolazioni interne.

Così, comunemente si distingue l'uguaglianza in formale e sostanziale⁶ e la libertà in positiva e negativa⁷ e i diversi aspetti vengono poi valorizzati in ambiti, con finalità e secondo modalità differenti. Sul fronte del diritto penale, poi, la legalità si specifica nei corollari della riserva di legge, irretroattività, tassatività e divieto di analogia; l'offensività si presta a coprire sia il danno che la messa in pericolo del bene protetto; la colpevolezza abbraccia sia il dolo che la colpa.

⁴ G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. CARTABIA-T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, p. 115 e s.

⁵ In argomento, da ultimo ed autorevolmente, G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 115 e ss.

⁶ Più analitico G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 117 e ss.

⁷ Per tutti, I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, in ID., *op. cit.*, p. 169 e ss.

Mentre i corollari dei principi strumentali muovono sempre tutti nella medesima direzione, i meta-criteri – di pari passo alla maggiore estensione – presentano maggior complessità, al punto che il perseguimento dell’una istanza può apparire in conflitto con quello di altre pur riconducibili alla medesima area.

È noto, ad esempio, che l’obiettivo dell’uguaglianza sostanziale può richiedere misure differenziate e differenziali, che sembrerebbero escluse dal criterio formale. Si pensi – per citare una questione oggi assai discussa – agli scenari aperti dal multiculturalismo, rispetto ai quali «all’applicazione in chiave formale del principio di uguaglianza, nel senso che la legge sarebbe ugualmente applicabile sia per i cittadini sia per gli stranieri, può (...) accompagnarsi una violazione del principio di uguaglianza inteso in una accezione più pregnante perché si finirebbe col non tenere conto della particolare storia personale e della specifica cultura di provenienza dell’autore del fatto»⁸.

Anche per la libertà è stato osservato che «la nozione “positiva” e quella “negativa” (...) si sono sviluppate storicamente in direzioni divergenti, non sempre per passaggi logicamente ineccepibili, finché alla fine sono entrate in conflitto diretto tra loro»⁹.

In generale, se ne può desumere che la forza direttiva del principio è massima quando gli aspetti che lo compongono risultino convergenti, mentre si attenua ove tale condizione difetti. In detta evenienza, devono necessariamente soccorrere – per le decisioni giudiziarie – altri principi e, per le scelte legislative od amministrative, anche ragioni di opportunità. L’esito del decidere si apre, comunque, a soluzioni molteplici, nient’affatto vincolate, bensì variamente condizionate dal contesto socio-politico e storico-culturale di riferimento. Così, per restare all’esempio poc’anzi addotto del multiculturalismo, alcuni Paesi danno prevalenza all’uguaglianza formale, mentre altri – più abituati all’inclusione o condizionati dal senso di colpa di un passato coloniale da espiare – appaiono propensi a misure di ragionevole diversificazione, che, in alcuni casi, si spingono fino alla deroga *ratione personae*

⁸ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*

⁹ I. BERLIN, *op. ult. cit.*, p. 182.

della legalità in ambito penale¹⁰. È evidente che si tratta di approcci antitetici, ma nessuno dei due può essere squalificato sulla base di considerazioni genericamente ispirate al principio di uguaglianza.

La struttura del discorso non è dissimile per quel che attiene alla dignità.

Riprendendo la distinzione tra dimensione ontologica, che esiste già e va protetta, e dimensione pratica, la cui realizzazione è obiettivo da promuovere, il principio di dignità umana può essere suddiviso in **due sottoprincipi**: l'uno di **protezione** del nucleo essenziale e inviolabile di ogni uomo e dell'umanità intera; l'altro di **promozione** delle capacità e potenzialità di ciascuno nel rispetto della libertà e della diversità¹¹.

Le due istanze sono percepite come rivolte nella stessa direzione quando il soggetto tenda verso forme di realizzazione personale socialmente approvate. In caso contrario, invece, sembra profilarsi una divaricazione ed è avvertito lo spinoso problema di capire fino a che punto si possa sostenere lo sviluppo dell'identità del singolo senza compromettere le esigenze di protezione dei terzi e, secondo alcuni, finanche dello stesso soggetto interessato. Possono giovare alcuni esempi.

Si riconosce che difenda e promuova sé stesso e la propria famiglia il lavoratore che rivendichi, anche con l'esercizio dello sciopero, una retribuzione adeguata, con la conseguenza che le ragioni della dignità – oltre a quelle della libertà – depongono contro l'incriminazione dello sciopero.

Si discute, invece, se possano estendersi le medesime considerazioni al genitore che – in nome delle tradizioni culturali del gruppo di appartenenza e del senso della dignità introiettato – pretenda di impiegare i figli minori

¹⁰ Si rinvia, in argomento, al saggio di J.C. FERRÈ OLIVÈ, *Diversidad cultural y sistema penal*, in *Revista Penal*, n. 22 – Luglio 2008, p. 36 e ss., *Diversità culturale e sistema penale*, trad. it. a cura di C. BRIGNONE, in *La Magistratura*, 2010, n. 1/2, p. 4 e ss., ove si dà conto del riconoscimento, in alcuni Paesi dell'America Latina, di un diritto penale consuetudinario delle popolazioni indigene. Per ulteriori esempi, cfr. F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., p. 1306 e s.

¹¹ Per una interessante disamina sociologica che mette in luce l'esigenza di non omologare, ma rispettare le diversità di base e di obiettivi, cfr. R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna, 2004.

nell'accattonaggio¹² o di far praticare alle figlie un qualche tipo di mutilazione genitale¹³. Qui la dignità/identità del genitore – proiettata verso la messa in pratica di un modello di esistenza – si scontra con l'esigenza di tutela della dignità/integrità di colui che non è ancora nelle condizioni di scegliere. Inoltre, vengono in considerazione profili di libertà, uguaglianza ed ordine pubblico, diversamente interpretati da legislatori e giudici a seconda delle latitudini e delle epoche.

In bioetica e con riguardo alle manipolazioni genetiche, si fatica a trovare il punto di equilibrio tra alterazione – anche migliorativa – e conservazione della specie.

Ancora, non si nega che la libertà di espressione sia uno strumento di crescita, sviluppo e interazione, ma non è facile stabilire – specie nei casi problematici della diffamazione o dell'incitamento all'odio – se o fino a che punto questi aspetti promozionali della personalità dello *speaker* possano turbare il senso di dignità di altri, siano essi le persone direttamente riguardate dal discorso od un più vasto pubblico. Ed infatti, alcuni Stati pongono restrizioni al *free speech* ben più stringenti di quanto non accada in altri.

¹² Sul tema, Cass., 17 settembre 2008, n. 44516, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 8, p. 67 e ss., con nota V. SANTORO, *Abitualità degli atti lesivi e dolo generico rappresentano il discrimine tra le fattispecie*, ove, tra l'altro, si mette in evidenza la necessità e problematicità di «prestare attenzione alle situazioni reali al fine di non criminalizzare condotte che rientrino nella tradizione culturale di un popolo, fermo restando, però, che se determinate pratiche, magari anche consuetudinarie e tradizionali, mettano a rischio diritti fondamentali dell'individuo garantiti dalla nostra Costituzione o confliggano con norme penali che proprio tali diritti cercano di tutelare, la repressione penale è inevitabile. È fin troppo evidente, infatti, che consuetudini contrarie all'ordinamento penale non possano essere consentite. Quanto detto consente, però, di comprendere la delicatezza del problema e la labilità del confine, in molti casi, esistente tra pratiche lecite ed attività sicuramente illecite».

¹³ Per avere contezza del fenomeno e delle regolamentazioni previste nei vari Paesi, cfr.: F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 680 e ss.; ID., *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, cit., p. 1336 e ss.; G. FORNASARI, *op. cit.*; M. HERRERA MORENO, *Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*, in *Rev. Derecho penal*, 2002, n. 5, p. 49 e ss.; A. MORRONE-P. VULPIANI (a cura di), *Corpi e simboli: immigrazione, sessualità e mutilazioni genitali femminili in Europa*, Roma, 2004.

Senza indugiare oltre nella casistica e volendo dare una visione d'insieme, può immaginarsi il principio di dignità come un pendolo, che descrive la propria banda di oscillazione spinto in avanti dalle istanze di promozione – la cui realizzazione passa attraverso spazi di libertà e misure di sostegno – e richiamato indietro dalle esigenze di protezione, che, ancorate a «chi siamo» e «da dove veniamo», suggeriscono cautele ed esercitano una forza più frenante che trainante.

Avere presente questo quadro aiuta a comprendere come mai, in nome della dignità, possano essere avanzate rivendicazioni o sostenute argomentazioni anche opposte tra loro. Resta, però, aperta la questione di come risolvere gli eventuali casi di conflitto tra protezione e promozione, che non sono gerarchizzabili in quanto espressioni del medesimo principio. Invero, accade qui quel che si verifica per altri principi, ossia che i criteri di composizione delle sotto articolazioni non sono assoluti e interni al principio stesso, ma relativi – cioè condizionati dalle caratteristiche del caso – e bisognosi dell'apporto dei principi collegati, siano essi divergenti o convergenti.

Fatte queste precisazioni, è possibile cominciare ad avanzare qualche ipotesi su come le istanze di protezione e promozione possano operare nel diritto penale, pur trattandosi ovviamente di riflessioni di carattere molto generale, da intendere quale orientamento di massima e da sottoporre a revisione dopo aver esaminato i contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono occupate dell'argomento. Così impostata, l'indagine è pionieristica, con tutti gli spazi ed i limiti che ciò comporta, a partire dalla scelta del metodo. A questo proposito – per rendere più chiari i termini dell'analisi, ma con i *caveat* relativi alla necessità di non esasperare le barriere – si ritiene di esaminare partitamene i sottoprincipi di protezione e promozione per comprendere quali indicazioni possano trarsi da ciascuno.

3. La protezione *dal* diritto penale: il *mandatory sentencing*

Cominciamo col principio di protezione, che ha ad oggetto la dignità innata, quel «nucleo etico minimo» che segna il confine dello «spazio vitale reciprocamente inviolabile» ed esprime il tratto peculiare dell'uomo in quanto essere morale

meritevole di rispetto e non strumentalizzabile¹⁴. Tale spazio deve ritenersi violato non solo dagli attacchi alla vita, ma anche da quanto menomi gravemente l'esercizio delle facoltà umane di base.

Le implicazioni per la nostra disciplina sono molteplici.

Anzitutto, il carattere intrinsecamente affittivo del diritto penale porta in primo piano la questione delle circostanze e dei modi in presenza dei quali si possa consentire allo Stato di adottare misure repressive nei confronti dei consociati, misure che inevitabilmente incidono sullo spazio vitale e sulle prospettive future del soggetto colpito. Il problema non può essere eluso semplicemente postulando che chi delinque è meritevole di punizione e che ciò esclude automaticamente la violazione della sua dignità. Piuttosto, l'impegno di una data società per il rispetto della dignità umana ha come indicatori cruciali i criteri e le procedure sottesi alle scelte di criminalizzazione nonché alla conformazione, commisurazione ed esecuzione delle sanzioni. In questo senso, la dignità funge – come già rilevato – da meta-criterio sotteso a tutti principi penalistici di garanzia, dalla legalità, all'offensività, alla colpevolezza e via di seguito.

Non mancano, però, applicazioni più specifiche. Ad esempio, la difesa della dignità è il tradizionale appiglio per fondare il divieto di tortura e di trattamenti e pene crudeli, disumani e degradanti nonché per valutare quando questo sia violato nei casi concreti¹⁵.

Non è altrettanto incontroverso, ma riveste indubbio interesse l'impiego prospettato da quella parte della dottrina statunitense, che si serve della dignità per criticare il sistema di *mandatory sentencing*, basato sulla previsione di un minimo edittale di pena – obbligatorio e decisamente elevato – del tutto sottratto alla

¹⁴ E. SCHOCKENHOFF, *Comprendere la dignità umana*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *op. cit.*, p. 41 e ss.

¹⁵ Così, tra gli altri, J.A. FROWEIN, *op. cit.*, p. 124, il quale, con riferimento all'art. 3 CEDU, fa rilevare che la proibizione di trattamenti inumani e degradanti non potrebbe essere interpretata senza avere come parametro la dignità, per quanto questa non sia espressamente menzionata nella Convenzione.

discrezionalità del giudice¹⁶, così almeno secondo le intenzioni dichiarate dal legislatore¹⁷.

Si fa notare che – eliminata l’adattabilità del trattamento alle caratteristiche della fattispecie concreta – si apre la strada all’evenienza, del resto già avvertasi, che la pena irrogata risulti manifestamente inappropriata ed eccessiva, come nel caso del pregiudicato per droga mandato al carcere a vita per il furto di una pizza o del

¹⁶ In quest’ambito si collocano le c.d. *three strikes laws*, ossia quelle normative, adottate da diversi Stati USA a partire dagli anni ’90, che prevedono pene di lunghissima durata per gli *offenders* alla terza condanna. Tra queste, si segnala per la sua severità la disciplina californiana del 1994, il cui ambito di operatività non è limitato ai soli autori di reati violenti – come accade altrove – e che commina, al terzo *strike*, una pena detentiva indeterminata nel massimo e non inferiore nel minimo a 25 anni, indipendentemente dal tipo di reato che fa scattare la soglia per essere *out*. La legge della California si distingue poi dalle regolamentazioni adottate in altri ordinamenti anche per il fatto di dover essere applicata obbligatoriamente, cioè sulla base della mera esistenza dei precedenti e senza possibilità di valutazione giudiziale in merito all’adeguatezza al caso concreto. Ampiamente sul tema, *ex plurimis*: T. JONES-T. NEWBURN, *Three Strikes and You’re Out. Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Control Politics*, in *British Journal of Criminology*, 2006, vol. 46, p. 781 e ss.; M. VITIELLO, *Three Strikes: Can We Return to Rationality?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, p. 395 e ss.; F.E. ZIMRING-G. HAWKINS-S. KAMIN, *Punishment And Democracy. Three Strikes And You're Out In California*, USA: Oxford University Press, 2001. In lingua italiana: F. BOTTALICO, *Three strikes and you’re out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in V. GAROFOLI (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006; A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832 e ss.; M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 417 e ss.; E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007.

¹⁷ Sugli strumenti per eludere le rigidità della legge, si veda A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 846, la quale fa notare, almeno per quanto riguarda le leggi *three strikes*, che i *prosecutors* «conservano il potere di decidere se portare avanti o meno l’imputazione», che «è in loro potere ignorare, secondo quanto espressamente previsto dalla legge, l’esistenza di uno *strike* quando ciò risponda all’“interesse della giustizia”» e che «si è formata in giurisprudenza un’interpretazione tesa ad estendere anche ai giudici la facoltà di ignorare la sussistenza di precedenti *strikes* nell’“interesse della giustizia”». Ciò, però, comporta il rischio – considerato l’alto tasso di politicizzazione dell’amministrazione della giustizia – di aumentare la forbice delle diseguglianze, con conseguente violazione della dignità/uguaglianza dei soggetti.

soggetto condannato a 50 anni di carcere per furto di tre *videotapes*¹⁸. Un tale esito è giudicato lesivo della dignità del singolo, che non può essere strumentalizzato e fatto oggetto di pena esemplare, ma è sempre meritevole di specifica considerazione¹⁹.

L'argomento, se condiviso, può essere esteso a quei meccanismi – oggigiorno assai diffusi anche fuori dal *common law* – che tendono a spersonalizzare ed irrigidire verso l'alto il trattamento sanzionatorio od a precludere l'accesso a certi benefici a determinate categorie di soggetti.

Si può pensare – per restare alla realtà di casa nostra – all'automatismo dell'aumento di pena previsto dall'art. 61, n. 11 *bis*, c.p. e fondato su una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità dello straniero irregolare²⁰ nonché alle ritenute preclusioni all'accesso alle misure alternative alla reclusione per gli stranieri irregolari. Entrambe le discipline, invero, hanno avuto – per fortuna – vita breve, atteso che la prima, introdotta con il c.d. pacchetto sicurezza 2008²¹, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nel giugno 2010 per violazione degli artt. 3 e 25 Cost.²², mentre l'interpretazione delle norme di ordinamento penitenziario che

¹⁸ Sono gli illuminanti gli esempi tratti dalla casistica relativa all'applicazione della *three strikes law* californiana riportati da A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 845.

¹⁹ S.G. GREEN, *op. loc. cit.*

²⁰ In questo senso, tra gli altri, L. MASERA, *L'aggravante di cui all'art. 61, comma 1 n. 11 bis c.p.*, relazione tenuta nel corso dell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, Roma 4-5 febbraio 2010, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/18731.pdf>. In termini non dissimili, G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1650, secondo cui «il diffondersi di posizioni teoriche e politiche favorevoli all'impiego strategico, nella lotta contro i fenomeni criminali connessi alle immigrazioni di massa, di forme di presunzioni soggettive di pericolosità rischia di appannare i risultati raggiunti dalla Corte nella salvaguardia e promozione del patrimonio di principi e valori liberali e di solidarietà sanciti in Costituzione, in *primis* dell'eguaglianza e della pari dignità di tutti gli uomini».

²¹ Decreto legge n. 92 del 23 maggio 2008, conv. con modifiche dalla Legge n. 125 del 24 luglio 2008.

²² Corte cost., sent. 9 giugno-5 luglio 2010, n. 249, in www.cortecostituzionale.it, ove si rileva che «la *ratio* sostanziale posta a base della norma censurata è una presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere». In ciò si ravvisa contrasto insanabile con l'art. 3 Cost., che «non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello

sbarrava il passo alle misure alternative alla detenzione per gli stranieri extracomunitari, entrati illegalmente nel territorio dello Stato o privi del permesso di soggiorno, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nel gennaio 2007 per contrasto con gli artt. 2, 3 27 Cost.²³.

Resistono, invece, le innovazioni in tema di recidiva apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251²⁴. Per quanto qui d'interesse, sono state introdotte talune

straniero» in tema di diritti fondamentali e non ammette presunzioni assolute di pericolosità. Si ravvisa altresì la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., «che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato». I medesimi argomenti, però, non sono stati giudicati valevoli a inficiare anche la legittimità costituzionale dell'art. 10bis d.lgs. n. 286/1998, aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), legge n. 94/ 2009, che incrimina il reato di ingresso e soggiorno illegale in Italia. Con riferimento alla predetta fattispecie, infatti, la Consulta ha osservato che «oggetto dell'incriminazione non è un "modo di essere" della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti» e che il bene giuridico protetto è «agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi, del resto, del bene giuridico "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero» (Corte cost., sent. 9 giugno-5 luglio 2010, n. 250, in www.cortecostituzionale.it).

²³ In motivazione si legge, tra l'altro, che «il legislatore ben può, ovviamente – tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno – diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti tratti mentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative (...). Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi di uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale» (Corte cost., 24 gennaio 2007, n. 78, in www.cortecostituzionale.it).

²⁴ È la cosiddetta *ex Cirielli*, in merito alla quale si rinvia a: A. BARAZZETTA, *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva : analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006; E. DOLCINI, *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corr. del merito*, 2006, p. 55 e ss.; F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli*, in ID. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, p. 1 e ss.; G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e*

ipotesi di recidiva obbligatoria²⁵ e gli aumenti di pena sono stati quantificati in misura fissa, salvo quanto previsto dall'art. 99, comma 2, c.p. La vera svolta repressiva si è avuta soprattutto con riguardo al recidivo reiterato, per il quale è ridotto lo spazio di operatività delle circostanze attenuanti generiche per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. (art. 62bis c.p.); non è consentito il giudizio di prevalenza delle attenuanti (art. 69 c.p.); è previsto un aumento minimo di pena di un terzo della pena stabilita per il reato più grave nel caso di concorso formale di reati (art. 81 c.p.); gli aumenti di pena per la recidiva vanno computati ai fini del calcolo della prescrizione (art. 157, comma 2, c.p.); sono allungati i termini di prescrizione del reato in presenza di atti interruttivi (art. 161 c.p.); non è data l'automatica sospensione delle pene inferiori a tre anni (art. 656 c.p.p.); i permessi premio sono subordinati all'espiazione di periodi di pena detentiva più lunghi che per gli altri detenuti (art. 30quater legge ord. pen.); è limitata o non ammessa la detenzione domiciliare (art. 47ter legge ord. pen.); è ristretta la possibilità di accedere alla semilibertà (art. 50bis legge ord. pen.); è vietata una seconda concessione dell'affidamento in prova, della semilibertà e della detenzione domiciliare (art. 58quater, comma 7bis, legge ord. pen.).

Senza mostrare, dunque, considerazione alcuna per gli studi criminologici – che evidenziano come la ricaduta nel reato sia più frutto di debolezza sociale che di pericolosità intrinseca²⁶ –, interventi recenti come quelli di cui s'è detto sottraggono all'individuo che torna a delinquere il diritto ad una considerazione singolare, per farne il capro espiatorio del bisogno di punire della collettività, della sfiducia nella

“mano dura” per i tossicodipendenti in carcere, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 170 e ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, 2006, Dossier n. 1, p. 32 e ss.; A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006.

²⁵ Sono sicuramente le ipotesi di cui all'art. 99, comma 5, c.p., mentre si discute in relazione ai commi 3 e 4 del medesimo articolo. Sulle questioni interpretative sollevate dalla disposizione, cfr.: G.L. GATTA, *Sub art. 99*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, Milano, 2006, p. 1065; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, p. 175 e ss. Sulla recidiva in generale, si vedano: E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008.

²⁶ Cfr. G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999, p. 380.

discrezionalità dell'organo giurisdizionale²⁷ e degli intenti propagandistici delle coalizioni politiche.

È più che discutibile che un tal modo di procedere possa ritenersi compatibile con la dignità umana. Ciò dimostra che – anche nelle democrazie liberali rette dalla *rule of law* – la protezione accordata alla dignità può essere erosa e finanche smarrita, ove considerazioni pragmatiche di breve periodo siano fatte prevalere sui principi che riconoscono il valore dell'individuo. È questo un dato del quale bisogna essere ben consapevoli per sviluppare gli anticorpi necessari, specie in fasi storiche – come quella attuale – in cui la società, a torto od a ragione, si sente minacciata dal terrorismo, dalla guerra o da una criminalità in ascesa ed è disposta, in nome di una presunta sicurezza sociale, a rinunciare ad una fetta sempre più cospicua di garanzie ed a veder trasformati gli esseri umani «in pezzi intercambiabili, quasi prefabbricati, che poi sarà più facile disporre in un disegno complessivo»²⁸.

4. Segue: le *shaming penalties*

L'esigenza di tener desta la guardia sussiste anche in risposta a recenti teorie e prassi, talora persino avallate dal supremo organo giurisdizionale²⁹, che – specie con riguardo a determinate categorie di reati³⁰ – puntano sulla funzione stigmatizzante della pena e, quindi, sulla sua capacità di suscitare vergogna³¹.

²⁷ In generale, sulla discrezionalità del giudice penale si veda F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

²⁸ I. BERLIN, *Le idee politiche del ventesimo secolo*, in ID. *Libertà*, cit., p. 86. Sulla preoccupazione per le attuali derive securitarie, cfr. G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, op. cit. Sul ruolo dei *media* nell'alterare la percezione sociale del crimine, C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 515 e ss. Sulla capacità e volontà dei governi di amplificare e sfruttare la paura del crimine per aggregare consenso, si veda, con riferimento alla realtà statunitense, J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, USA: Oxford University Press, 2007, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it. a cura di A. DE GIORGI, Milano, 2008.

²⁹ Cfr., per gli USA, *Blanton v City of North Las Vegas*, 489 U.S. 544 (1989).

³⁰ Segnatamente, reati sessuali, guida in stato di ebbrezza e *white-collars offences*.

³¹ Per quanto pressoché tutte le pene comportino una qualche componente di umiliazione del reo, si fa qui riferimento a quelle rispetto alle quali tale aspetto non è incidentale bensì esclusivo o preminente. In proposito, si può prendere a parametro la classificazione di J.Q. WHITMAN, *What Is Wrong with*

Inflicting Shame Sanctions?, 107 *Yale L. J.*, 1055, 1998, p. 1060 e ss., che distingue tra pene privative della vita (esecuzione capitale), della libertà (carcere), della sicurezza e integrità fisica (pene corporali), della proprietà (*fines*) e della dignità (*shaming penalties*). A favore della rinascita di queste ultime, si veda, per la posizione più radicale: D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Means?*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, p. 592 e ss.; ID., *Unthinkable Misrepresentation: A Response to Tonry*, in *UCLA Law Review*, 46, 1999, p. 1933 e ss.; M.D. KAHAN-E.A. POSNER, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, in *Journal of Law and Economics*, 42, 1999, p. 365 e ss. Per una prospettiva più moderata, cfr. J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame, and Reintegration*, New York: Cambridge University Press, 1989, il quale segnala, tra l'altro, come il far leva su un sentimento pubblico di vergogna possa promuovere l'effettività del diritto penale, aiutando a creare una concezione morale condivisa dell'ordine pubblico. Il dibattito è, comunque, aperto nel mondo anglo-americano e sono forti le voci di dissenso, accomunate, per lo più, dal far leva – piuttosto che sulla dignità o su altri argomenti deontologici – su considerazioni relative all'applicabilità in concreto ed all'effettività dei risultati. Tra le voci critiche più articolate, T. MASSARO, *Shame, Culture, and American Criminal Law*, in 89 *Mich. L. Rev.* 1883, 1990-1991, p. 880 e ss.. Nel lavoro citato, è posto in evidenza, anzitutto, che le odierne società occidentali non presentano più quel livello di interdipendenza, omogeneità culturale e coesione sociale – che è necessario presupposto dell'efficacia delle *shaming penalties* – e non prevedono adeguati meccanismi di riabilitazione sociale nell'onore. Inoltre, è denunciata la difficoltà di ricostruire sia il sentimento individuale che la percezione collettiva della vergogna, cosicché diviene improbabile prevedere gli effetti della sanzione sul singolo e si profila il rischio che le misure irrogate risultino sprovviste di concreta efficacia. Non si manca di segnalare che il discredito opera in modo discriminatorio, perché penalizza i membri della *middle class* più di quanto non accada per i poverissimi – che hanno da perdere uno *status* sociale inferiore – e per i ricchissimi, che possono contare su risorse tali da consentire loro di reggere l'isolamento dal contesto. Ancora, è dato rilievo al fatto che la pubblicizzazione dello stigma amplifica lo *spillover effect* della sanzione sui terzi innocenti legati all'autore del reato. Inoltre, un ricorso eccessivo al biasimo della collettività finirebbe, nel tempo, per attenuare l'interesse dei consociati, più facilmente catturato, invece, da ciò che presenta caratteri di eccezionalità. Ciò, a sua volta, renderebbe necessario effettuare e rinnovare continuamente studi e ricerche per sondare il tipo di sanzione più adeguata a suscitare l'attenzione del pubblico di riferimento, cosa che farebbe lievitare i costi delle *shaming penalties*, rendendole opzione non più così economicamente vantaggiosa rispetto al carcere. La conclusione di Massaro è, dunque, che la tipologia di sanzioni in argomento, è probabile che si riveli, nella migliore delle ipotesi, inutile e, nella peggiore, un attacco alla personalità umana imposto dallo Stato e gravemente distruttivo. Contrario anche J.Q. WHITMAN, *op. cit.*, il quale ravvisa l'elemento di principale preoccupazione nel messaggio di disponibilità dell'autorità statale a delegare parte del proprio *enforcement power* alla popolazione, i cui impulsi possono essere incontrollati ed incostanti.

Qui non è la difesa sociale ad esser messa in prima linea, bensì la necessità di soddisfare in modo enfatico ed espressivo il bisogno di punire avvertito dalla comunità. Ci si muove, quindi, nell'ambito di una *expressive dimension of punishment*³², che giudica le *shaming penalties* – anche dette *degradation penalties*³³ o *humiliation sanctions*³⁴ – ben rispondenti al duplice obiettivo, da una parte, di dar voce al giudizio di condanna per chi abbia negato il valore morale della vittima e, dall'altra, di orientare le preferenze future³⁵.

Pur potendo essere costruite secondo modalità differenti³⁶, dette misure sono accomunate dall'umiliazione del condannato e vengono riguardate da quanti le sostengono come sostituti ottimali della detenzione per i reati meno gravi³⁷ e come

³² Per una disamina – comprensiva della confutazione di possibili obiezioni – della c.d. funzione espressiva della pena, cfr.: D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Means?*, cit., p. 592 e ss.; ID., *Unthinkable Misrepresentation: A Response to Tonry*, cit.

³³ D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Means?*, cit., p. 636.

³⁴ J.Q. WHITMAN, *op. cit.*, p. 1061.

³⁵ Su questi presupposti (per i quali, cfr. ancora D.M. KAHAN, *op. ult. cit.*, p. 597), è corretto asserire che la teoria espressiva della pena si raccorda ad una impostazione delle opzioni di criminalizzazione di stampo moralistico, che indirizza il biasimo non solo contro le azioni, ma, più radicalmente, verso le persone che, con il proprio comportamento, esprimano determinate inclinazioni.

³⁶ D.M. KAHAN, *op. ult. cit.*, p. 631 e ss., individua quattro categorie e correda ciascuna di esempi tratti dalla concreta realtà giudiziaria statunitense: *stigmatizing publicity*, *literal stigmatization*, *self-debasement* e *contrition*. Le *penalties* della prima categoria puntano ad amplificare l'umiliazione intrinseca nella condanna, rendendo noto lo *status* dell'*offender* a un più vasto pubblico attraverso la pubblicazione del suo nome su giornali, canali televisivi e persino cartelloni pubblicitari. La *literal stigmatization* è realizzata con l'imposizione al condannato od ai beni che gli pertengono, come l'autovettura, di un marchio o di un simbolo che lo metta alla berlina, quali possono essere una maglietta, un braccialetto o un adesivo che rechino ben evidente il crimine per il quale è intervenuta la sanzione. Le *self-debasement penalties* consistono in cerimonie o rituali che pubblicizzano la caduta in disgrazia dell'*offender*, al quale, ad esempio, viene imposto di sostare in spazi pubblici – come il palazzo di giustizia – con insegne che ne descrivano il reato. Infine, le *contrition penalties* richiedono al reo di chiedere pubblicamente scusa del fatto commesso; talvolta, è anche previsto il rituale dell'inginocchiarsi a mani giunte per far percepire alla vittima un sincero pentimento per il male commesso. Per ulteriori esempi, pure T. MASSARO, *op. cit.*, p. 1886 e ss.

³⁷ A questo proposito, D.M. KAHAN, *op. ult. cit.*, p. 593 e ss., marca la differenza rispetto ad altre misure alternative alla detenzione – il riferimento è a multe e lavoro a beneficio della comunità –, il cui fallimento politico nella realtà statunitense è imputato dall'A. all'inadeguatezza delle stesse a

adeguati complementi negli altri casi. Tra i pregi, sono annoverati l' idoneità a manifestare un giudizio di ferma condanna per il fatto ed il suo autore ed il risparmio di spesa rispetto ai costi del mantenimento in carcere. I fautori più radicali, inoltre, vedono positivamente anche il possibile effetto di distruzione della reputazione della persona colpita, che resterebbe priva, per il futuro, di credito e fiducia e, quindi, tagliata fuori dalla comunità per l'impossibilità di conseguire guadagni anche da forme di onesta collaborazione con terzi³⁸.

Per quanto la teoria espressiva appaia criticabile sotto molteplici profili – dal carattere illiberale³⁹ alla dubbia efficacia deterrente⁴⁰ –, per criticare le *shaming*

veicolare un messaggio di biasimo forte e senza ambiguità. In particolare, l'A. osserva che «la pena non è solo un modo per far soffrire gli autori di reati; essa è una speciale convenzione sociale che ha significato di riprovazione morale. Non tutti i modi di imporre sofferenza esprimono riprovazione morale o la esprimono allo stesso modo. Il messaggio di condanna è molto chiaro quando la società priva il reo della sua libertà. Invece, quando commina semplicemente una multa per il medesimo atto, è probabile che il messaggio sia diverso: puoi fare quel che hai fatto, ma devi pagarne il prezzo. Poiché le *community service penalties* riguardano attività che convenzionalmente suscitano nelle persone rispetto e ammirazione, anch'esse mancano l'obiettivo di esprimere un giudizio di condanna inequivoco. Questa discordanza tra la sofferenza che la sanzione impone ed il significato che essa ha per la società è quel che rende politicamente inaccettabili le misure alternative».

³⁸ Ancora una volta, è D.M. Kahan a farsi latore di questa prospettiva estrema, mettendo a confronto pene pecuniarie, carcere e *shaming penalties*. Le prime, per quanto elevate, non spoglierebbero il condannato di ogni risorsa, ben potendo egli ottenere un lavoro, nascondere una parte dei redditi, guadagnare da attività illecite od anche farsi supportare da amici e familiari. La perdita della reputazione, invece, impedirebbe di trovare nuove occupazioni e persino di conservare le relazioni sociali, producendo così effetti simili a quelli del carcere. Se quest'ultimo realizza una incapacitazione temporanea, la vergogna fa sì che il reo cammini come circondato da sbarre (D.M. KAHAN, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, cit., p. 371).

³⁹ Meritano di essere ricordate le parole icastiche di H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, London, London University Press, 1963, p. 65 e s., secondo cui «l'idea di poter punire chi offende un codice morale, non per prevenire un danno o una sofferenza od anche il ripetersi dell'offesa ma semplicemente per sfogare od esprimere enfaticamente riprovazione morale, è vicino in modo imbarazzante al sacrificio umano come manifestazione di credo religioso».

⁴⁰ Sul punto: N. MORRIS-M. TORY, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, New York: Oxford University Press, 1990, p. 5; T.M. MASSARO, *op. cit.*

penalties non occorre addentrarsi in una disamina delle funzioni della pena⁴¹, bastando qui rilevare gli aspetti di più stridente contrasto con il principio di dignità.

Preliminarmente, però, è bene riconoscere – per non esporsi all'accusa di eccessiva astrazione, ingenuità o finanche ipocrisia – che la pena e, ancor prima, il processo⁴² comportano per chi li subisce una sofferenza, che spiega da sempre un significato morale e sociale. Il dato è incontrovertito in dottrina⁴³ e, a livello pratico, è comprovato ancor oggi – senza bisogno di riandare allo splendore dei supplizi – dall'attenzione, talora persino morbosa, dell'opinione pubblica e dei *media* per l'amministrazione della giustizia penale e per le sorti del reo. Di conseguenza, non si può negare che la pena abbia anche una funzione espressiva, ma c'è una significativa differenza tra riconoscere tale aspetto ed esaltarlo, tra prendere atto dei mali inevitabili e irriducibili della giustizia ed amplificarli⁴⁴.

È proprio a partire da tali rilievi che va confutata l'idea che non vi siano ragioni per rifiutare sanzioni basate sulla vergogna se si accetta la detenzione, che – a ben guardare – costituisce la più alta delle *degradation ceremonies* dopo la pena capitale.

⁴¹ In argomento, si rinvia significativamente a: L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 695 e ss.; G.P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative, and International, Volume one: Foundations*, USA: Oxford University Press, 2007, p. 221 e ss.; J.L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Trento, 2009.

⁴² Sul processo come pena, esemplarmente F. CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, I; ID., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1951, p. 47 e ss.; ID., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 161 e ss. Nella letteratura anglo-americana, cfr. H. GARFINKEL, *Conditions of Successful Degradation Ceremonies*, in *American Journal of Sociology* 61, 1956, p. 420 e ss., per il quale proprio la connotazione sociale del processo penale come *degradation ceremony* è garanzia di efficacia.

⁴³ Concordano sul punto autori che, per il resto, sostengono concezioni della pena assai diverse tra loro. *Ex plurimis*: G.P. FLETCHER, *op. cit.*, p. 235; H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 66; M.S. MOORE, *The Moral Worth of Retribution*, in F. SCHOEMAN (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1987, p. 179 e ss.; N. WALKER, *Punishment, Ranger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*, New Jersey: Barnes and Noble Books, 1980, p. 28 e ss.

⁴⁴ In termini analoghi T. MASSARO, *op. cit.*, p. 1886.

L'insidia dell'argomento, invero, si dissolve reimpostando la questione nei termini corretti. Non bisogna dimenticare, infatti, che, in una società civile, la massima privazione della libertà può essere tollerata e non inclusa in quanto tale nel divieto di trattamenti inumani o degradanti solo a condizione vi si faccia ricorso nei casi e modi previsti dalla legge. La riserva di legge è, poi, riempita di contenuto dai principi liberali di garanzia: il *favor libertatis* ed criterio del diritto penale come *extrema ratio*⁴⁵ impongono di circoscrivere la casistica ai fatti di particolare gravità, per i quali non risulterebbero efficaci misure meno invasive; gli stessi canoni ed il principio di dignità valgono pure a conformare le modalità esecutive, che non devono infliggere al condannato sofferenza ulteriore rispetto a quella inevitabilmente insita nello stato detentivo; la funzione rieducativa, ove riconosciuta a livello costituzionale, spinge a indirizzare la pena al reinserimento sociale. Compito della scienza giuridica e di una legislazione razionale è, dunque, quello di tenere la barra dritta verso tali obiettivi.

Il sostegno offerto alle pene basate sulla vergogna, invece, procede in senso inverso, perché parte dalla stortura del ricorso eccessivo all'umiliazione del carcere per legittimare misure che, sotto certi profili, potrebbero risultare più gravose del carcere stesso.

L'idea, poi, di distruggere la reputazione per neutralizzare la possibilità materiale di delinquere è spaventosa e preoccupante, in quanto nega al reo ogni possibilità di recupero e lo tratta al pari di una scoria da espellere dal consorzio sociale⁴⁶. Essa si pone agli antipodi di un modello di «società decente»⁴⁷ e dell'ideale rieducativo laicamente inteso e può essere contrastata sia nell'ottica deontologica che in quella consequenzialista.

Infatti, in chiave deontologica, si può osservare che anche la sanzione retributiva va ancorata al rispetto per l'individuo e che l'esibizione dell'espiazione

⁴⁵ Per il recepimento del principio anche in area anglo-americana, cfr. D.N. HUSAK, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 *Oxford J. Leg. Stud.* 207, 2004.

⁴⁶ Proprio la preoccupazione degli effetti durevoli dello stigma induce diversi studiosi a segnalare l'esigenza di contenere piuttosto che di incoraggiare la pubblicità e gli effetti diffamanti della sanzione penale (cfr. N. WALKER, *op. cit.*, p. 147).

⁴⁷ Riprendendo l'impostazione di A. MARGALIT, *op. cit.*, si intende qui per «società decente» quella in cui l'umiliazione non appartenga al modo di operare né delle istituzioni né degli individui.

entra in tensione con il diritto alla tutela della *privacy*, riconosciuto – seppur con talune limitazioni legate al contemperamento con esigenze di pubblico interesse – anche a imputati e condannati.

Nella prospettiva *consequences oriented*, vanno considerati i rischi di ineffettività derivanti dalla difficoltà di ricostruire – soprattutto in contesti eterogenei come quelli attuali – la dimensione individuale e la percezione collettiva della vergogna, difficoltà che si riflette nell'individuazione delle sanzioni realmente appropriate. Inoltre, non va ignorata la spinta al crimine derivante dall'impossibilità o eccessiva difficoltà del reinserimento sociale dovuta al pubblico discredito né vanno sottovalutati i rischi del furor di popolo e della giustizia di piazza, che potrebbero essere scatenati dall'enfatica umiliazione dei soggetti condannati⁴⁸. È ragionevole obiettare che i rischi di derive irrazionalistiche – ove derivanti dalle notizie veicolate dai *media* – sono tollerati, perché compensati dall'esigenza di informare e mettere in guardia la collettività dal crimine. Non v'è qui l'intento di revocare in dubbio l'utilità dell'informazione, ma di segnalare il messaggio ben diverso che sarebbe trasmesso ove lo Stato – che dispone del diritto penale proprio per prevenire reazioni irrazionali⁴⁹ – si servisse dell'esposizione alla gogna per punire. Sarebbe come manifestare una inaccettabile rinuncia alla composizione neutrale, razionale e meditata dei conflitti per autorizzare implicitamente la collettività a farsi giustizia da sola, una giustizia che può facilmente degenerare in rabbia incontrollabile e furia incontenibile⁵⁰. Basti pensare a quel che potrebbe accadere se a una condanna per pedofilia si accompagnasse l'affissione di un cartello divulgativo sulla porta di casa del colpevole, fatto dotato di un'efficacia esortativa

⁴⁸ Sotto un certo profilo, non siamo lontani dal classico *statist-authoritarian argument* originato dall'esperienza di *state-building*, secondo cui è probabile che esporre al pubblico gli autori di reati ecciti la folla al punto da causare disordini e far perdere allo Stato il controllo. Di recente, l'argomento è stato ripreso ed emendato da J.Q. WHITMAN, *op. cit.*, p. 1082, a parere del quale, anche in assenza di pericolo di disordini, resta inaccettabile che l'autorità pubblica possa non essere in grado di controllare eventuali abusi ai danni dell'*offender* additato alla pubblica vergogna.

⁴⁹ Cfr.: M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 30; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 326 e s.

⁵⁰ In termini non dissimili, J.Q. WHITMAN, *op. cit.*

diretta non certo paragonabile a quella spiegata dalla ben più “asettica” pubblicazione della sentenza di condanna, che taluni ordinamenti prevedono per determinati reati⁵¹. Tale aspetto non dovrebbe essere trascurato, specie da parte chi assegna tanta importanza ai significati espressivi delle condotte e dei codici di comportamento.

Nel modello delle *shaming penalties*, insomma, non v'è spazio alcuno per la dignità del reo, non solo nel senso che non gli vengono offerte opportunità per il futuro, ma, ancor prima, perché ne viene messa a repentaglio la stessa sopravvivenza materiale e morale, senza che, peraltro, a ciò consegua un accrescimento della dignità della vittima.

Poiché la spinta alla reintroduzione delle sanzioni basate sulla vergogna proviene dal mondo anglo-americano e sembra riecheggiare istituti della tradizione puritana quali quelli suggestivamente descritti nel celebre romanzo di Hawthorne *La lettera scarlatta*⁵², taluno, in Europa, potrebbe essere indotto a non occuparsene, contando sulle barriere opposte dalla diversa sensibilità del cuore occidentale del Continente. In effetti, è vero che la *Western Europe* ha maturato rispetto alla teoria ed alla pratica esecuzione delle pene un atteggiamento diverso e ben più mite rispetto a quello statunitense⁵³. Ciononostante, la questione non può essere liquidata in

⁵¹ L'esempio non è ipotetico. Si può citare, tra gli altri, *State v Bateman*, 95 Or. App. 456, 771 P.2D 314 (en banc), *cert denied*, 308 Or. 197, 777 P.2D 410 (1989), caso in cui a un recidivo per reati sessuali è stato chiesto, come condizione per la *probation*, di affiggere presso la residenza e sul veicolo cartelli con la scritta: «*dangerous sex offender – no children allowed*».

⁵² N. HAWTHORNE, *The Scarlet Letter*, 1850 (ed. it. recente Newton Compton, Roma, 2010). Sulle *shaming penalties* anticamente in uso presso i coloni bianchi degli Stati Uniti, T. MASSARO, *op. cit.*, p. 1912 e ss.

⁵³ Le riprove sono molteplici. Procedendo a grandi linee, si pensi all'abolizione della pena di morte, all'attenzione della Corte EDU per i diritti dei detenuti e per le condizioni di vivibilità nelle carceri, al modo in cui si cerca di tutelare la *privacy* anche di coloro che abbiano violato i precetti penali. Quest'ultimo profilo, tra l'altro, si pone esattamente agli antipodi della pubblicizzazione e umiliazione dell'autore del misfatto, che è alla base delle pene basate sulla vergogna. In proposito, è interessante ricordare il c.d. *Drunkard Case*, laddove il *Bundeverfassurgericht* ha vietato la divulgazione dei nomi delle persone legalmente inabilite per alcolismo, tossicodipendenza, prodigalità od altro, sul presupposto dell'inidoneità della prevista pubblicità generalizzata a centrare l'obiettivo di mettere in guardia quanti potessero entrare in rapporto d'affari con i soggetti inabilitati, occorrendo piuttosto

maniera tanto sbrigativa. A parte il fatto che le offese alla dignità non possono mai lasciare indifferenti, è da considerare che le pene infamanti appartengono anche alla storia europea⁵⁴ e che un loro parziale *revival* potrebbe essere favorito dalle dinamiche imitative del mondo globalizzato⁵⁵ nonché dalle preoccupazioni

meccanismi meglio calibrati. È stato osservato che la procedura oggetto di scrutinio produceva un grave impatto negativo sulla persona nella sua interezza, compromettendone la reputazione e ostacolando «l'applicazione del principio dello stato sociale, orientato a misure di sostegno destinate a supportare il recupero dalla dipendenza ed il reinserimento sociale» (cfr. 78 BVerfGE 77 (1978), riportato da E.J. EBERLE, *op. cit.*, p. 1009 e s.). Sostanzialmente nello stesso spirito, poi, è stato costruito un vero e proprio diritto all'oblio, che mira appunto a preservare *privacy*, onore e reputazione anche rispetto a fatti veri, ma lesivi e lontani nel tempo. Ad esempio, nel caso *Lebach*, la Corte costituzionale tedesca ha sostenuto che il diritto individuale alla *privacy* ed al reinserimento sociale prevale sull'interesse pubblico a dare pubblicità all'atto criminale posto in essere da un soggetto che abbia già espia la propria colpa (*Lebach*, 35 BVerfGE 202 (1973), tradotto in inglese in D.P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 47, 1989, p. 414 e ss.). Il diritto all'oblio è stato riconosciuto pure dalle corti italiane in termini di «giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia che in passato era stata legittimamente pubblicata» (Cass., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1834 e ss., con nota P. LAGHEZZA, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*). Conf., più di recente, Cass., 17 luglio 2009, n. 45051, *CED* 245154). Oltreoceano, i profili differenziali tra sistemi punitivi europei e statunitensi hanno portato taluno a impostare il rapporto tra questi rispettivamente in termini di *mild v harsh justice*, proprio per dare risalto alla maggiore cura spesa dai primi per scongiurare o limitare gli effetti degradanti delle pene (J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2003, *passim*).

⁵⁴ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Torino, 1976.

⁵⁵ In questo senso, anche G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXII convegno di studio "Enrico de Nicola"*, Milano, 2002, p. 318, secondo cui «negli Stati Uniti vive il futuro indesiderabile della nostra società», e A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 832, per la quale si potrebbe «guardare agli Stati Uniti come una maga guarda alla sua sfera di cristallo: lo studio delle esperienze di quegli ordinamenti ci consentirebbe in tanti casi di predire il futuro della nostra politica penale. Capita infatti con una certa frequenza che quel che succede oltreoceano si riproduca anche da noi, per lo meno nelle sue generali linee di tendenza, una decina di anni dopo». Più in generale, sul tema della globalizzazione delle politiche criminali, cfr. D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, trad. it. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*,

economiche legate alla crescita della popolazione carceraria⁵⁶ e, quindi, alla necessità di individuare alternative altrettanto efficaci, ma meno dispendiose. È bene, quindi, avere consapevolezza delle varie tendenze e riguardarle con attenzione, alla luce di un armamentario concettuale che consenta di coglierne tanto il messaggio politico-filosofico di base quanto pregi, difetti ed eventuali trappole operative.

5. Segue: gli effetti della condanna e della ritenuta pericolosità

V'è un ulteriore profilo che merita almeno un accenno, sebbene fuoriesca dall'area propria del diritto penale. Si tratta delle eventuali, non agevolmente compendiabili e di regola trascurate ricadute sulla dignità che possono discendere dalle propaggini del sistema punitivo.

Non si vuole qui alludere ai cosiddetti effetti penali della condanna in senso tecnico, che sono interessati appieno dalle garanzie penalistiche⁵⁷, né ai sistemi punitivi parapenali, ai quali le medesime garanzie sono state per la gran parte estese⁵⁸, né al *corpus* delle misure di prevenzione, che costituisce da sempre il terreno di scontro – ampiamente sondato – tra fautori della *realpolitik* e puristi dei principi⁵⁹. Il riferimento va piuttosto alle conseguenze non penali – automatiche o

Roma, 2004. Sulla circolazione dei modelli giuridici tra Stati Uniti ed Europa: E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

⁵⁶ Per dati in proposito, L. RE, *Le carceri europee: sovraffollamento e detenzione dei migranti*, in <http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/migrant/re.htm>.

⁵⁷ In argomento, G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990.

⁵⁸ Con riguardo al c.d. diritto penale-amministrativo, si veda, in generale, M.A. RUFFO, *Diritto penale amministrativo*, Padova, 2004. Sul tema specifico della responsabilità per fatto di reato delle persone giuridiche, *ex plurimis*: A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, vol. 44, fasc. 1-2, p. 33 e ss.; L. CERQUA, *Responsabilità delle persone giuridiche: il nuovo sistema sanzionatorio*, in *Dir. e pratica società*, 2001, fasc. 16, p. 12 e ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: parte generale*, Milano, 2008.

⁵⁹ Per il dibattito sul tema, si rinvia esemplarmente a G. FIANDACA, voce *Le misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1994. Più di recente, si vedano: F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006; S. RIONDATO-R. GUERRINI-L. MAZZA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 2004.

discrezionali – riconnesse dalla legge a precedenti condanne, a carichi pendenti od a situazioni di ritenuta pericolosità.

Volendo esemplificare, si può pensare a quelle leggi statunitensi che impongono o danno facoltà alle agenzie per l'edilizia di subordinare la stipula del contratto di locazione o la prosecuzione del rapporto alla verifica che né l'intestatario né altro membro del nucleo domestico né ospiti a qualsiasi titolo siano coinvolti in attività criminali pericolose per gli altri inquilini o legate al traffico di droga, a prescindere dall'esistenza di provvedimenti di condanna o di arresto o dalla verifica di incidenti o tensioni all'interno dello stabile⁶⁰.

Si può anche pensare, guardando alla realtà italiana, alle preclusioni conseguenti al mancato rilascio del certificato antimafia, che non può avvenire a favore di soggetti cui sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione o che siano sottoposti al relativo procedimento o che abbiano riportato condanna, definitiva o almeno confermata in appello, per uno dei delitti di cui all'art. 52, comma 3bis, c.p.p. (art. 10 della legge n. 575/1965).

In proposito, è lecito domandarsi se vi siano limiti al modo od alla misura in cui taluno possa essere chiamato a subire gli effetti pregiudizievoli di precedenti condanne o della ritenuta pericolosità sociale al di fuori dell'ambito strettamente penalistico e, quindi, in uno spazio non tipicamente assistito dalle garanzie

⁶⁰ Più in dettaglio, l'*Anti-Drug Abuse Act* – varato dall'amministrazione Bush nel 1988 – ha imposto alle agenzie per l'edilizia popolare di impiegare contratti, in base ai quali «qualunque attività criminale che metta in pericolo la salute, la sicurezza, o il diritto al pacifico utilizzo della proprietà da parte degli altri inquilini, o qualunque attività criminale legata al traffico di droga condotta all'interno o all'esterno di tale proprietà in cui sia coinvolto un membro del suo nucleo domestico, o qualunque ospite o altra persona sotto il suo controllo, costituirà motivo di cessazione del contratto» (*Anti-Drug Abuse Act* (1988), Public Law 100-690, 102 Stat. 4181). Qualche anno dopo – segnatamente nel 1996 sotto l'amministrazione Clinton – la disciplina è stata ulteriormente inasprita, con l'estensione a chi facesse richiesta di nuovo alloggio e con l'incoraggiamento alle autorità dell'edilizia popolare ad incrementare i controlli iniziali nonché a sfrattare coloro che potessero considerarsi pericolosi per l'incolumità e la sicurezza degli altri inquilini, a prescindere dall'esistenza di provvedimenti di condanna o arresto o dalla verifica di incidenti o tensioni all'interno dello stabile (cfr.: C.M. RENZETTI, *One strike and you're out. Implications of a federal crime control policy for battered women*, in *Violence Against Women*, 7, p. 685 e ss.; J. SIMON, *op. cit.*, p. 258 e ss.).

sostanziali e procedurali, che si accompagnano alla possibilità di irrogare le sanzioni criminali.

L'interrogativo non si presta a risposte perentorie, poiché, da una parte, non si può sostenere che ragioni forti di tutela individuale si pongano solo rispetto al diritto penale e, dall'altra, non è realistico pensare di estendere a tutti i settori le garanzie penalistiche, con i costi ed i tempi che ciò comporta. Si rendono, dunque, necessarie soluzioni articolate e differenziate, nella strutturazione delle quali appare imprescindibile dare peso anche al principio di dignità, se non altro come ultimo invalicabile baluardo.

Si può ritenere, ad esempio, che l'esigenza di non annientare la persona impedisca di negare del tutto al reo od al socialmente pericoloso l'accesso al lavoro ed ogni forma di sostegno sociale, come la pensione, l'assistenza sanitaria o la casa. Potrebbe, però, ammettersi la possibilità di includere la previa commissione di reati tra gli elementi da valutare ai fini della compilazione delle graduatorie per l'edilizia residenziale pubblica o dell'ammissione a benefici e sussidi, purché con la cautela di non sovrastimare tale aspetto anche a fronte di insormontabili difficoltà o addirittura dell'impossibilità del richiedente di sopravvivere altrimenti.

Inoltre, per valorizzare il legame della dignità con libertà e responsabilità nonché per dare significato alla ragionevolezza della legislazione e dell'amministrazione, è indicato che limitazioni e restrizioni siano strettamente collegate alle attività criminali precedenti od a quelle che ragionevolmente intendano prevenirsi e non colpiscano, almeno in via diretta, soggetti non investiti della posizione di garanzia e che non avrebbero potuto impedire l'evento criminoso realizzato da altri. In quest'ottica, risulterebbe irragionevole disporre lo sfratto dall'abitazione popolare di un intero nucleo familiare per reati posti in essere da uno dei suoi membri, senza che possa configurarsi né l'obbligo né la possibilità di prevenirli da parte degli altri ed in mancanza di collegamento funzionale o pericolo rispetto al luogo di residenza. Per converso, sembrano accettabili quelle limitazioni all'attività lavorativa od all'iniziativa economica, che siano intimamente connesse alla "carriera" criminale, circoscritte nella durata e derogabili quando avrebbero l'effetto di far mancare i mezzi di sostentamento all'interessato ed alla sua famiglia⁶¹.

⁶¹ In questa direzione le previsioni dell'art. 10 della legge n. 575/1965 relativo al certificato antimafia.

La presenza di principi informatori generali dell'intero sistema è, dunque, preziosa per connettere e razionalizzare le diverse branche senza mai perdere di vista le esigenze di tutela primaria della persona. Questi principi non possono essere trascurati dai legislatori e rientrano a pieno titolo nella cassetta degli attrezzi delle Corti costituzionali.

6. La protezione attraverso il diritto penale: la dignità umana come bene giuridico

Se fino a questo punto il diritto penale è parso il nemico da combattere, va ora evidenziato che, in taluni casi, esso si trasforma in alleato, anzi in insostituibile paladino della dignità.

Con ciò ci stiamo spingendo a dire che essa può atteggiarsi – oltre che a valore ed a principio – anche a bene giuridico. L'assunto è dotato di base solida: se i documenti giuridici ed ampia parte della dottrina e della giurisprudenza ravvisano nella dignità il fondamento dei diritti umani⁶² e se ciascuno di essi è bene meritevole di protezione, allora tanto più deve esserlo la dignità, che ne è il presupposto⁶³. In quest'ottica, essa è ordinariamente difesa tramite gli strumenti o la somma degli strumenti a presidio dei diritti e resta sullo sfondo di reati incentrati su beni più specifici. Non è, però, inverosimile immaginare casi in cui si richieda qualcosa di diverso.

Descrivendo figurativamente la dignità come il nucleo di una sfera i cui strati sono rappresentati dai singoli diritti, la questione può essere resa nel modo che segue.

⁶² O. SCHACHTER, *op. cit.*, p. 853, ha, però, ragione nel puntualizzare che il nesso di derivazione dei diritti dalla dignità va inteso in senso filosofico piuttosto che storico-sociale.

⁶³ Siffatta conclusione non è messa in crisi dal c.d. paradosso della dignità, prospettato da chi rileva che non vi sarebbe motivo di proteggere un *quid* che, per definizione, appartiene a tutti gli uomini e non può essere sottratto, ceduto, diminuito o perduto (D. STATMAN, *Humiliation, Dignity and Self-Respect*, in D. KRETZMER-E. KLEIN, *op. cit.*, p. 211 e s.). La denunciata antinomia, infatti, è solo apparente, perché deriva dall'indebita sovrapposizione della dimensione normativa della dignità – sottratta alle contingenze – a quella empirica, che, in quanto tale, può essere compromessa e persino travolta dagli eventi. Le stesse considerazioni del resto valgono per i diritti, rispetto ai quali pure si deve ammettere che le contestazioni o violazioni in punto di fatto non fanno venire meno la base normativa.

Anche l'attacco più esterno risuona verso l'interno, ma è adeguatamente fronteggiato dalle barriere superficiali: così, ad esempio, le sanzioni previste per ingiuria e diffamazione valgono bene a difendere onore e reputazione. Squarci più profondi interessano più strati ed hanno un'eco più forte, ma possono essere contenuti dall'azione congiunta o combinata delle barriere difensive approntate per ogni livello: si può pensare che una fattispecie come quella di rapina basti a tutelare integrità fisica, libertà morale e patrimonio. Alcuni attacchi, infine, possono essere tanto dirompenti da arrivare al centro e compromettere il tutto: qui una reazione che sia la somma di quelle previste per ciascuno dei beni lesi non rispecchia l'offesa – essendo attinta anche la dignità, che è un *quid pluris* rispetto ai diritti – né è possibile, perché la pena risulterebbe tanto elevata da non poter essere scontata o tanto severa da tradursi, a sua volta, in disumana. Occorre, quindi, la previsione di apposite fattispecie con peculiare trattamento sanzionatorio.

Prima di insistere sull'aspetto disciplinare e repressivo, è, però, necessario individuare quando il cuore pulsante della dignità debba ritenersi trafitto.

Andando alla ricerca di indici rivelatori, non pare risolutivo richiamare l'imperativo categorico kantiano, dal quale dovrebbe desumersi che la dignità è violata quando gli altri siano trattati solo come mezzi. In proposito, autorevole dottrina giudica il criterio inopportuno restrittivo, facendo notare che un linciaggio, episodi di tortura od altre brutalità possono non essere strumentali ad altro scopo, ma realizzati per mera crudeltà e, quindi, fini a sé stessi; di conseguenza, «sarebbe assurdo restringere il principio di *Menschenwürde* in maniera tale da proteggere le persone dal trattamento inumano sol quando coloro che lo infliggono ragionino in termini di razionalità strumentale (...) piuttosto che di realizzazione della volontà»⁶⁴. La stessa «formula dell'oggetto» non è priva di ambiguità: taluno, ad esempio, potrebbe puntare sulla residua, seppur limitata, libertà di autodeterminazione per escludere che sia degradato a mero oggetto l'individuo sottoposto a tortura psicologica.

Comunque la si pensi in proposito, pare più proficuo evitare di cedere al fascino delle formule – per quanto gloriose ed autorevoli esse siano – e ravvisare l'offesa diretta alla dignità nei casi in cui ne venga negato il contenuto essenziale,

⁶⁴D. BIRNBACHER, *op. cit.*, p. 111 e s.

ossia laddove siano distrutte o gravemente compromesse le possibilità di un vivere umano. Ciò accade non solo quando taluno sia privato della vita, ma anche nei casi più gravi di attacco all'integrità e libertà fisiche o morali. Come sempre accade in diritto penale, l'offesa è legata non solo al risultato – che in sé può dipendere da fattori naturali –, ma anche alle modalità della sua realizzazione e dall'elemento psicologico sotteso.

Su queste premesse, si può predisporre una griglia di ipotesi in cui l'attacco diretto alla dignità emerge nel modo più evidente, da impiegare poi come parametro di valutazione per situazioni più incerte: «il fatto che esistano casi (relativamente) chiari, paradigmatici, di applicazione corretta e non corretta di un termine controverso, fornisce lo sfondo sul quale articolare i successivi giudizi sui casi dubbi di applicazione di quel termine. A partire dai casi paradigmatici è possibile infatti sviluppare un'argomentazione sostanziale, fornire ragioni a sostegno della possibilità di applicare il concetto controverso a un caso dubbio, o viceversa di escluderla». Mentre la capacità di individuare i casi paradigmatici risente dell'intuito – oltre che dell'addestramento personale e professionale –, «il passaggio dai casi paradigmatici ai casi dubbi è mediato dalla riflessione sulla giustificazione del principio in esame»⁶⁵.

Allora, la dignità è evidentemente colpita nei casi di omicidio, schiavitù⁶⁶, *apartheid*⁶⁷, tortura e trattamenti inumani e degradanti⁶⁸, casi gravi di violenza sessuale⁶⁹.

⁶⁵ G. PINO, *op. ult. cit.*, p. 141.

⁶⁶ *Ex plurimis*: K. BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, 2000; C. CAMPIGLIO, *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1996, II, p. 543 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, p. 115 e ss. e bibliografia ivi citata. Per una presa d'atto da parte della giurisprudenza nostrana della interrelazione tra schiavitù/servitù e dignità umana, cfr. Cass., 17 settembre 2008, n. 44516, *cit.*, ove si legge che «per servitù il legislatore intende uno stato di soggezione continuativa in cui una persona sia ridotta o mantenuta a scopo di sfruttamento sessuale e/o economico della persona stessa, in particolare mediante la costrizione a prestazioni lavorative o sessuali, attuata mediante violenza, minaccia o abuso di autorità, soggezione che si traduca in una integrale negazione della libertà e dignità umana del soggetto passivo, bene quest'ultimo indisponibile».

Per gli episodi criminosi a carattere massivo – come genocidi, stermini di dissidenti politici o *apartheid* – la negazione della dignità è immancabile, perché l'individuo viene intenzionalmente annientato in quanto parte del gruppo preso di mira e senza ricevere specifica considerazione neppure nel suo essere vittima⁷⁰.

Sebbene quelle appena menzionate siano tra le ipotesi cui è più immediato pensare, bisogna stare, però, bene attenti a non limitarsi alla considerazione dei soli crimini di massa, perché altrimenti sarebbe proprio l'occhio dell'interprete a trascurare le ragioni dell'individuo. A prescindere dal numero dei soggetti coinvolti, quindi, sono fattispecie necessariamente lesive della dignità anche la schiavitù – che consiste appunto nella degradazione dell'uomo a mera *res* – nonché la tortura ed i trattamenti crudeli, inumani e degradanti, i quali ultimi si costruiscono già per definizione come negazioni della dignità.

Nelle altre ipotesi, invece, devono condursi valutazioni più specifiche. Si può ritenere, ad esempio, che l'omicidio del consenziente sottragga la vita, ma non la dignità, essendo la morte stessa una proiezione della volontà e, dunque, della personalità del disponente. Neppure sembra ravvisabile la lesione della dignità nell'omicidio colposo, dove l'evento è frutto delle dinamiche di relazione e non finalizzato all'annullamento dell'altro. Ancora, alcune ipotesi di violenza sessuale – integrate da fatti oggettivamente blandi come sfioramenti fugaci e repentini – turbano la vittima, ma non ne compromettono irrimediabilmente la vita e lo sviluppo, a differenza di quanto accade nei casi più gravi o nella pedofilia.

Se si concorda col fatto che in fattispecie quali quelle individuate ricorra una lesione diretta della dignità, si può ragionare su quali conseguenze ne derivano.

⁶⁷ Di recente: E. DE PIERI, *Apartheid*, Siena, 2009; M. ZAMPONI, *Breve storia del Sudafrica. Dalla segregazione alla democrazia*, Roma, 2009.

⁶⁸ Cfr. *infra*, cap. VI, §§ 2-7.

⁶⁹ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 197 e ss. e bibliografia ivi citata.

⁷⁰ Mostra di condividere detta prospettiva G.E.M. ANSCOMBE, *The Dignity of the Human Being*, in M. GEACH-L. GORMALLY (eds.) *Human Life, Action and Ethics*, Exeter: Imprint Academic, 2005, p. 68, laddove sostiene che anche «considerare qualcuno come meritevole della morte significa sicuramente considerarlo», mentre casi come quello del bombardamento indiscriminato di civili mostrano la totale assenza di considerazione per la vita individuale. Analogamente, M. DELMAS-MARTY-I. FOUCHARD-E. FRONZA-L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, Paris, 2009, p. 122.

7. Segue: obblighi di incriminazione e trattamento sanzionatorio dei fatti lesivi della dignità

Ebbene, si può ritenere che una società civile sia chiamata ad intervenire anche col più potente dei suoi strumenti, ossia il diritto penale, per difendere i beni inviolabili, tra i quali la dignità.

Quanto detto potrebbe apparire scontato, ma non lo è alla luce dell'esperienza storica. Se è vero, infatti, che tutte le società, dai tempi più remoti, hanno incriminato l'omicidio, lo stesso non può dirsi con riguardo alle altre ipotesi menzionate. Basti pensare che la tortura è stata lungamente impiegata come mezzo legale di ricerca e formazione della prova; che la schiavitù è stata legalmente abolita negli USA solo nel XIX sec. ed in un paese come la Mauritania addirittura nel 1980; che l'*apartheid* è stata la politica di segregazione razziale ufficialmente praticata nella Repubblica del Sud Africa fino al 1990.

Gli attuali strumenti internazionali sui diritti umani assicurano, però, il più ampio riconoscimento alla dignità con la conseguenza che, a rigore, si espone a responsabilità internazionale lo Stato che venga meno all'obbligo di proteggerla dagli attacchi più macroscopici.

Considerato questo impegno dell'intera comunità internazionale per la difesa della dignità, le fattispecie che la offendono si prestano ad essere costruite in forma di *crimina iuris gentium* e sottoposte, quindi, all'esercizio della competenza universale, che potrebbe colmare eventuali *deficit* di intervento degli Stati coinvolti in prima battuta. A conferma di queste considerazioni generali, la Dichiarazione UNESCO sulla razza ed il pregiudizio razziale qualifica l'*apartheid* e le altre politiche e prassi di segregazione e discriminazione razziali «crimini contro la coscienza e la dignità dell'umanità» (art. 4, comma 3) e lo Statuto di Roma assegna alla Corte Penale Internazionale la competenza a giudicare i crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra⁷¹.

Affermato che la dignità va difesa dalla legislazione penale degli Stati e ulteriormente protetta in sede internazionale, occorre aggiungere che i meccanismi di

⁷¹ In argomento, E. AMATI-V. CACCAMO-M. COSTI-E. FRONZA-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006.

reazione devono essere adeguati, ossia ben calibrati al rango del bene ed alla gravità dell'offesa.

Il punto merita la giusta considerazione, perché bisogna stare attenti a contemperare l'esigenza di tutela della dignità della vittima con le garanzie delle quali neppure il colpevole può essere privato. Ciò vuol dire che il trattamento sanzionatorio deve essere ragionevolmente elevato, ma non tale – in ordinamenti che prendano sul serio l'impegno per la dignità – da nullificare, a sua volta, il reo, cosa che, ad esempio, avverrebbe ove si comminasse la pena di morte⁷². Inoltre, per quei reati – come l'omicidio ed i crimini sessuali – in cui la lesione della dignità è solo eventuale, si richiede la previsione o di fattispecie differenziate o di cornici edittali tanto ampie da consentire una giusta discriminazione del trattamento da applicare.

Sarebbe, poi, un errore valutare la risposta dell'ordinamento avendo riguardo solo alla qualità e quantità della pena prevista. A ben guardare, infatti, la tutela adeguata di un bene così importante suggerisce anche la necessaria procedibilità d'ufficio, la tendenziale imprescrittibilità o la previsione di lunghi tempi di prescrizione dei reati e delle relative pene, estrema cautela nel ricorso ad amnistia, indulto ed altri meccanismi estintivi, forme di risarcimento a favore delle vittime o degli eredi e quant'altro muova in questa stessa direzione.

Si tratta naturalmente di indicazioni di massima, perché quanto detto non vuol tradursi in affermazione generica e disinvolta di obblighi di criminalizzazione vincolanti a precise soluzioni e tecniche normative. Non si trascura, infatti, che «i bilanciamenti di costi e di benefici, che costituiscono (...) la premessa razionale d'ogni scelta di soglie e condizioni di tutela (fra reati di danno e di pericolo, dolosi o colposi, d'azione o di omissione, e simili)» sono «più complessi di quanto non esprima l'idea d'un semplice rapporto di rango fra beni o valori»⁷³. Tuttavia, sembra

⁷² Volendo guardare a fatti recenti, spunti di riflessione si traggono dall'animato dibattito che ha accompagnato la condanna a morte del dittatore iracheno Saddam Hussein nel 2006.

⁷³ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 500, al cui denso saggio – ancora attuale – si rimanda per cogliere, più in generale, la problematicità della questione. Sul tema, anche: F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, p. 3 e ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come problema di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 e ss.

«lecito ritenere che indicazioni di rango veramente vincolante si possano desumere (...) rispetto ai valori essenziali»⁷⁴.

Un ordinamento, quindi, non può non proteggere adeguatamente la dignità e la protezione adeguata passa anche attraverso il diritto penale, pur restando rimessa all'esercizio ragionevole della discrezionalità legislativa la conformazione concreta della tutela, che diviene sempre più problematica quanto più ci si sposti dalla lesione al pericolo⁷⁵, dagli elementi valutativi a quelli empirici⁷⁶ e dal riconoscimento dell'offesa all'individuazione della sanzione equa⁷⁷.

Conseguenza della riconosciuta discrezionalità legislativa è il ristretto margine di intervento delle Corti costituzionali nel merito delle soluzioni adottate. Peraltro, ove le scelte dei Parlamenti dovessero risultare esse stesse macroscopicamente e irragionevolmente lesive della dignità, ci si troverebbe verosimilmente in presenza di situazioni di collasso del sistema, tali, quindi, da non consentire o rendere vano l'intervento stesso della giurisdizione costituzionale.

⁷⁴ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 55.

⁷⁵ Per esemplificare, incontra unanime consenso l'incriminazione del genocidio, ma lo stesso non può dirsi del negazionismo, ove l'offesa alla dignità – sempreché si ravvisi in essa il bene protetto – arretra alla dimensione del pericolo astratto. Più ampiamente *infra*, cap. VI, § 10.

⁷⁶ Ancora una volta è illuminante il caso del negazionismo, perché – pur volendosi ammettere la tutela anticipata della dignità – ci si deve poi domandare, in concreto, quale soluzione realizzi un saldo positivo tra benefici e costi dell'incriminazione.

⁷⁷ In questa cornice, ad esempio, si può leggere l'esperienza della *Truth and Reconciliation Commission* (TRC), il tribunale straordinario istituito in Sud Africa dopo la fine dell'*apartheid* per raccogliere le testimonianze delle vittime e dei responsabili dei crimini commessi durante il regime. Alla fine, fu concessa l'amnistia a 849 persone, che avevano ammesso le proprie colpe ed i cui abusi furono ritenuti «politicamente motivati» e «proporzionati». L'intervento repressivo, quindi, è stato peculiarmente conformato e mitigato in vista del raggiungimento di uno scopo politico alto, quello di favorire la riconciliazione del Paese ed attraversare in modo pacifico la fase di transizione verso la nuova stagione democratica. Qui, la tutela della dignità delle vittime è stata realizzata con l'accertamento della verità più che con la brutta repressione e la scelta legislativa – tenuto conto del contesto e dello scopo – non può essere giudicata irragionevole. Per elementi di riflessione in argomento, si consigliano, tra gli altri, il documentario *Long Night's Journey Into Day* del 2000, il film sudafricano *Forgiveness* del 2004 diretto da Ian Gabriel e, da ultimo, *Nothing but the truth* del 2008 diretto da John Kani.

8. Il sottoprincipio di promozione: il versante delle scelte di incriminazione

Restando in tema di scelte di incriminazione, si può osservare che il sottoprincipio di promozione sarebbe chiamato a spiegare un ruolo di primo piano a favore della criminalizzazione di determinate condotte solo ove si accedesse ad una concezione del diritto penale di tipo “perfezionista”, cioè finalizzata a migliorare – sul parametro di un idealtipo di cittadino ragionevole – il carattere, le potenzialità, le qualità morali o il senso di responsabilità dell’individuo⁷⁸.

Tuttavia, un’impostazione così marcatamente paternalista⁷⁹ – al di là delle possibili critiche sotto il profilo della visione dell’uomo che sottende⁸⁰ – non si presta a funzionare negli odierni ordinamenti di democrazia pluralista, dove non pare individuabile un unico *standard* di elevazione morale, verso il quale lo Stato possa orientare.

⁷⁸ Si pongono in prospettiva perfezionista, sia pure con diversità di accenti: R. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11, 2005, p. 259 e ss.; G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 e ss., in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 43 e ss.; ID., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 283 e ss. Sul perfezionismo in generale: G.P. FLETCHER, *op. cit.*, p. 176 e ss.

⁷⁹ È utile ricordare che, tecnicamente, si definisce «paternalismo legale» la concezione secondo cui è sempre una buona ragione a sostegno di una proibizione il fatto che essa sia probabilmente necessaria per impedire un danno (fisico, psichico o economico) allo stesso agente» (J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, III, New York: Oxford University Press, 1986, XVII). In particolare, sul paternalismo penale: A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI, *op. cit.*, p. 83 e ss.; G. DWORKIN, *Paternalism*, in R.A. WASSERSTROM (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, Calif: Wadsworth, 1971, p. 107 e ss.; ID., *Paternalism: Some Second Thoughts*, in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 105 e ss.; J. FEINBERG, *op. cit.*; G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 227 e ss.; D.N. HUSAK, *Legal Paternalism*, in H. LAFOLLETTE (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, New York: Oxford University Press, 2003; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984 e ss.

⁸⁰ Non ci si sofferma su questo punto, considerato che ogni costruzione teorica sulle finalità del diritto penale affonda le radici in una peculiare visione dell’uomo e del mondo, in quanto tale condivisa da taluni e respinta da altri.

Al contrario, il pensiero liberale – pur con le contraddizioni e le aporie delle applicazioni pratiche – si è tradizionalmente profuso nello sforzo di limitare gli interventi repressivi nella misura strettamente necessaria a garantire le condizioni di pacifica convivenza, senza voler imporre modelli di vita buona o *standard* di elevazione morale.

In quest’ottica, il legislatore non potrebbe addurre istanze di promozione dell’individuo per giustificare l’incriminazione di condotte giudicate disfunzionali rispetto all’*human flourishing* dell’interessato.

Ed allora – in una prospettiva di liberalismo progressista, che assegni uguale rispetto e considerazione alle concezioni del bene di ciascuno e cerchi di costruire il diritto penale intorno a esigenze di protezione di beni preesistenti o di prevenzione di *harm to others*⁸¹ – il principio di promozione opera, unitamente ad altri criteri, in funzione limitativa delle scelte di criminalizzazione. In particolare, vale a escludere dai possibili divieti penalmente sanzionati condotte non disfunzionali rispetto al progresso sociale e comportamenti esclusivamente *self-regarding* attinenti alle personali scelte di vita di ciascuno, dall’omosessualità, al consumo di stupefacenti, all’incesto, alla detenzione di materiali pornografici, solo per citare alcuni casi emblematici e controversi⁸².

In questo modo, il principio di promozione della dignità umana viene a dare man forte a libertà ed uguaglianza nel fare da contropinta alla criminalizzazione, entra negli eventuali giudizi di bilanciamento che potranno essere richiesti alle Corti

⁸¹ Per una acuta disamina delle perduranti ragioni di forza e possibili criticità del pensiero penale liberale, G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit.

⁸² In questo senso anche G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 125 e ss. Per un riferimento – sia pure sincopato – alla dignità a sostegno della depenalizzazione della sodomia tra persone dello stesso sesso, si veda *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-102.ZS.html>. La decisione è incentrata prevalentemente sul diritto costituzionale alla *privacy* – agganciato alla *Due Process Clause* di cui al XIV emendamento –, ma sottolinea che «la libertà protetta dalla Costituzione permette agli omosessuali il diritto di scegliere di avere delle relazioni all’interno delle loro case e nell’ambito della vita privata e così di mantenere la propria *dignità* di persone libere». La stessa sentenza rimarca che la criminalizzazione – sia pure sotto forma di reato non grave – di determinati tipi di attività sessuale produce conseguenze negative «per la *dignità* delle persone coinvolte», conseguenze che non hanno ragion d’essere e vanno, quindi, scongiurate.

costituzionali e si impone all'interprete come possibile ago della bilancia nella lettura dei casi limite.

9. Segue: finalità e conformazione della pena

Si potrebbe proporre di potenziare il versante della promozione nell'ambito del finalismo rieducativo della pena. L'obiettivo, nella sua dimensione più lata, potrebbe essere compatibile tanto con la concezione perfezionista, per la quale il diritto penale deve tendere all'elevazione del reo, quanto con quella liberale, che si "accontenta" della risocializzazione. Nell'un caso e nell'altro, la sanzione andrebbe calibrata ed eseguita in maniera tale da offrire al condannato opportunità piuttosto che afflittività.

Una tale opzione, per quanto animata dai più nobili ideali, si scontra con dati di fatto ben diversi, dovendosi prendere atto dell'attuale diffuso declino delle prospettive rieducative⁸³, del riemergere di istanze retribuzioniste⁸⁴ e di teorie espressive della pena⁸⁵ e di come la realtà delle sanzioni penali continui ad esprimere soprattutto abusi, inefficienze ed inadeguatezze⁸⁶. Quando le campagne di denuncia rivelano le terribili condizioni di vita e le sistematiche violazioni dei diritti dei

⁸³ Autorevolmente, G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., p. 129 e s., mette in evidenza la costante del «tendenziale regresso tanto dell'idea che della prassi della rieducazione, tutte le volte in cui lo Stato sociale entra in crisi» e prende atto dell'«attuale *Zeitgeist* politico-criminale (...) caratterizzato non solo dalla nevrosi securitaria, ma da una accresciuta tentazione di privilegiare misure sanzionatorie finalizzate al controllo, alla neutralizzazione selettiva, all'isolamento e all'espulsione dei delinquenti».

⁸⁴ Cfr.: J. HAMPTON, *Correcting Harms Versus Righting Wrongs*, in *UCLA Law Review*, 39, 1992, p. 1659 e ss.; ID., *The Retributive Idea*, in J.G. MURPHY-J. HAMPTON (eds.), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1988, p. 111 e ss.; ID., *An Expressive Theory of Retribution*, in W. CRAGG (ed.), *Retributivism and Its Critics*, Stuttgart: Steiner, 1992, p. 1 e ss..

⁸⁵ Cfr. quanto detto in questo stesso capitolo in tema di *expressive dimension of penalty* e *shaming penalties*.

⁸⁶ Per una panoramica: A. CASSESE, *Umano-disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Roma-Bari, 1994; L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2006; M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006; E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004.

detenuti e quando gli studi più attenti parlano di «prigionieri-discarica»⁸⁷ e fanno notare che «le carceri occidentali sono ormai “carceri nere” che si candidano, nell’indifferenza generale, a essere il principale strumento di segregazione razziale del terzo millennio»⁸⁸, si affaccia quantomeno un comprensibile pudore nel parlare di funzione promozionale della dignità attraverso la pena.

Quest’ultima osservazione potrebbe essere tacciata di fallacia per aver sovrapposto il piano dell’essere a quello del dover essere, la descrizione alla critica dell’esistente. Tuttavia, sarebbe un *non-sense* definire il diritto penale come «lo strumento più pervasivo, più costrittivo, più intollerante che uno Stato di diritto possa adoperare in tempo di pace»⁸⁹ ed aspettarsi poi che lo stesso si trasformi in signore munifico e benigno proprio al momento di eseguire la pena. Inoltre, stanti le esigenze di difesa sociale e repressione del crimine, «è pressoché impossibile dal punto di vista psicologico odiare il peccato ed amare il peccatore»⁹⁰ ed è altresì impossibile – anche nell’ambito delle concezioni più moderne ed ‘ispirate’ – arrivare a negare quell’afflittività intrinseca della pena, che è appunto il tratto distintivo rispetto al premio.

Realisticamente ed opportunamente, quindi, sono soprattutto preoccupazioni di protezione e rispetto ad avere la meglio sul versante dell’applicazione della pena⁹¹, come del resto pare trasparire anche dalle pronunce della nostra Corte costituzionale in tema di pene privative o limitative della libertà personale⁹². Il traguardo dell’offerta di opportunità resta all’orizzonte, ma è preferibile non perdere di vista le

⁸⁷ J. SIMON, *op. cit.*, p. 233.

⁸⁸ L. RE, *op. cit.*, p. VI.

⁸⁹ D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale, cit.*, p. 75.

⁹⁰ G.H. MEAD, *The Psychology of Punitive Justice*, in *American Journal of Sociology* 23, 1917-18, p. 577 e ss., *La psicologia della giustizia punitiva*, trad. it. in E. SANTORO, *op. cit.*, p. 217.

⁹¹ In questa direzione il Corpo dei principi delle Nazioni Unite per la protezione di tutte le persone soggette a qualsiasi forma di detenzione o prigionia del 1988.

⁹² Si veda Corte cost., 17 giugno 1998, n. 26, in www.cortecotituzionale.it, ove si legge, tra l’altro, che «la dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell’uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell’esecuzione penale».

tappe intermedie per non correre il rischio di smarrire i parametri orientativi più concreti. Una rieducazione “rispettosa” – anche quale tappa intermedia verso una rieducazione “migliorativa” – sembra, per il momento, obiettivo già abbastanza impegnativo ed ambizioso.

10. Dinamiche interne al principio: riassumendo

La griglia di riferimento concettuale qui proposta può essere criticata ed emendata, ma ha il vantaggio – non trascurabile in questa fase – di aiutare ad affrontare finalmente in modo più analitico le questioni che chiamano in causa la dignità.

Come anticipato, infatti, distinguere le sottoarticolazioni del principio consente di cogliere le direzioni di marcia – non necessariamente convergenti – di ciascuna e, quindi, di misurare la diversa intensità orientativa del principio nel suo complesso. Le implicazioni penalistiche sono significative.

Sul fronte delle politiche criminali, il legislatore riceve indicazioni chiare ove le istanze di protezione e promozione possano essere contemporaneamente soddisfatte attraverso un determinato intervento. Così è nei casi della schiavitù e della tortura, che vanno messe al bando, perché minacciano l’esistenza stessa – prima ancora che le possibilità di realizzazione personale – delle vittime.

Così è pure laddove la punibilità va esclusa, perché non potrebbe richiedersi al soggetto di agire diversamente, se non a costo di compromettere la propria stessa vita e, con essa, ogni prospettiva futura. Detta evenienza tipicamente si verifica nei casi di legittima difesa e stato di necessità, che, infatti, operano nei diversi ordinamenti come cause di esclusione della punibilità in senso lato. Lo stesso modo di ragionare, però, dovrebbe valere anche in tutte le altre ipotesi in cui la condotta considerata – pur violativa di divieti o regole – appaia, comunque, finalizzata alla difesa della dignità ontologica e propedeutica alla realizzazione esistenziale. Si può pensare a talune fattispecie di immigrazione clandestina, rispetto alle quali pare doveroso quantomeno interrogarsi se non si traduca in violazione del principio di dignità umana incriminare o configurare come aggravanti condotte quali il mero ingresso o la permanenza illegali, posti in essere da chi cerchi di sfuggire a situazioni

di povertà o conflitto che ne compromettano non solo lo sviluppo, ma la stessa sopravvivenza⁹³.

Evidentemente, però, preoccupazioni di tal genere non sono state fatte proprie da quei governi che hanno scelto di usare in questo settore la scure del diritto penale, come è recentemente accaduto in Italia, dove la clandestinità è stata configurata prima come aggravante comune⁹⁴ e poi anche come autonoma fattispecie di reato⁹⁵, con la conseguenza – secondo l’Alto Commissario ONU per i diritti umani – di esporre i migranti a discriminazioni, denigrazioni ed attacchi⁹⁶.

È ovvio che la questione è politica e non si presta ad essere risolta in astratto ed al lume di un unico principio, ma pare indubitabile che debba almeno tenersi conto delle ragioni della dignità sia in sede legislativa sia ai fini del vaglio di costituzionalità sia nell’attività dell’interprete. Il fatto che, il più delle volte, questo non accada è ulteriore argomento per confermare che non si può pretendere, poi, in altre materie, di brandire la dignità come valore non bilanciabile.

Per il resto, ove i sottoprincipi individuino orientamenti discordanti, pare opportuno concludere che il ricorso al diritto penale possa essere giustificato solo in presenza di spinte significative provenienti da altri principi e debba essere comunque assai meditato, cauto ed accorto. In questa luce, possono acquistare ancora più forza le già serrate critiche mosse da ampia parte della dottrina rispetto ad opzioni legislative troppo disinvolute nel segno della penalizzazione di condotte relative a settori problematici ed ancora da esplorare, come quelli della ricerca sulle cellule staminali embrionali o della fecondazione medicalmente assistita. Non pare proprio,

⁹³ Verosimilmente, ha ragione Z. BAUMAN, *Amore liquido*, cit., p. 165, quando afferma che la gente, «logorata ed esausta (...), spaventata a morte dalla misteriosa, inesplicabile precarietà delle loro fortune e dalle nebbie globali che nascondono ai suoi occhi qualunque prospettiva, (...) cerca disperatamente dei colpevoli per le proprie pene e tribolazioni. E come c’è da attendersi, li trova sotto il lampione più vicino, nell’unico posto premurosamente illuminato dalle forze della legge e dell’ordine: “Sono i criminali che ci rendono insicuri, e sono gli stranieri che generano criminalità”; per cui “è rastrellando, incarcerando e deportando gli stranieri che riacquisteremo a nostra sicurezza andata perduta o rubata”».

⁹⁴ Art. 61, n. 11bis c.p.

⁹⁵ Art. 10bis T.U. immigrazione, introdotto dal pacchetto sicurezza 2009.

⁹⁶ Per il testo completo dell’audizione al Senato dell’Alto Commissario del 10 marzo 2010, <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=16&id=467418>.

infatti, che divieti e sanzioni possano essere giustificati in nome della dignità quando il sottoprincipio di promozione sostiene la ricerca e l'innovazione, mentre è la sola protezione ad andare in senso contrario, sempreché non la si ritenga addirittura – nelle ipotesi poc' anzi richiamate – “orfana” di un titolare.

Sul versante sanzionatorio, le dinamiche dei sottoprincipi sono, invece, meno articolate, poiché – considerati gli attuali orientamenti di politica criminale ed i regimi penitenziari vigenti – sarebbe già un risultato ottimale riuscire a proteggere il condannato da possibili derive.

Quelle fin qui tracciate sono le ipotesi di lavoro. I capitoli a seguire sono dedicati a verificare se possano essere confermate, smentite o arricchite dall'elaborazione dottrinale e dalle applicazioni giurisprudenziali nonché ad appurare se possano costituire esse stesse uno strumento utile e fecondo nell'approccio ai temi più controversi.

CAPITOLO V

ELABORAZIONI DOTTRINALI

SOMMARIO: 1. Il ventaglio delle posizioni – 2. La dignità umana come principio guida del dibattito politico e giuridico: il diritto naturale secondo Ernst Bloch – 3. *Segue*: fondamento dello stato sociale di diritto nella concezione di Werner Maihofer – 4. *Segue*: presupposto della teoria politica egualitaria liberale di Ronald Dworkin – 5. *Segue*: diritto morale a non essere ingiustamente degradati per William A. Parent – 6. *Segue*: la *decent society* di Avishai Margalit – 7. La dignità umana fulcro del diritto penale: la sostituzione dell'*harm principle* – 8. *Segue*: l'integrazione dell'*harm principle* – 9. *Segue*: giustificazione di una teoria neo-retributiva della pena – 10. L'universalizzazione dell'alto rango e lo stretto legame con i diritti nell'impostazione di Jeremy Waldron – 11. Le concezioni non universalistiche e/o non egualitarie: Martha Nussbaum e la dignità come base per lo sviluppo delle capacità fondamentali – 12. *Segue*: Alan Gewirth e la proporzione tra dignità innata, diritti umani e capacità d'agire – 13. *Segue*: l'ulteriore sviluppo della teoria di Gewirth in Beyleveld e Bronsword – 14. *Segue*: Abraham I. Melden e la dignità come *desideratum* – 15. La dignità come moderna virtù – 16. La prospettiva antropologica – 17. Le dimensioni storiche della dignità umana secondo Stamatois Tzitzis e la critica alla concezione post-moderna – 18. La dignità umana come limite alla genetica liberale fondato sull'autocomprensione esistenziale secondo Jürgen Habermas – 19. Il punto di vista scettico – 20. L'invito alla cautela nell'uso di un'arma tanto preziosa quanto ingombrante: Dieter Birnbacher, Winfried Hassemer e Giovanni Fiandaca – 21. Ragionando sui termini di un discorso polifonico.

1. Il ventaglio delle posizioni

All'universalità del concetto di dignità e delle sue fonti fa da *pendant* un dibattito che davvero non conosce frontiere né spaziali né temporali né politiche né tantomeno disciplinari.

Poiché evidenti ragioni di fattibilità concreta impediscono di dar conto di tutto e poiché, del resto, una panoramica troppo ampia risulterebbe dispersiva, si è reso necessario operare una selezione. Nel farlo, il criterio prescelto è stato quello di puntare i fari sui contributi più significativi e su alcune teorie recenti – di area angloamericana, ma non solo – che rivestono particolare interesse, perché

propongono prospettive diverse rispetto a quelle con le quali il pensiero europeo continentale è abituato a confrontarsi. Alcune delle speculazioni angloamericane di cui si darà conto sono ancora poco conosciute nel nostro Paese, ma da riguardare con attenzione, in considerazione del peso che potranno avere nella discussione globale già per il fatto di provenire da un ambito politicamente e culturalmente forte.

L'oggetto della disamina, poi, ha imposto di non limitare lo sguardo alla sola riflessione giuridica, ma di estenderlo alle dottrine filosofiche ed antropologiche che ne sono l'implicito presupposto.

Come si potrà vedere, sono state assunte le posizioni più disparate – che vanno dall'*over-evaluation* al totale rigetto, passando per la gamma delle soluzioni intermedie – ed è ovvio che aderire ad una impostazione piuttosto che ad un'altra comporta una serie di conseguenze sul piano delle implicazioni penalistiche. Avere chiaro il quadro di riferimento, quindi, può contribuire alla linearità e consapevolezza dell'argomentare giuridico.

2. La dignità umana come principio guida del dibattito politico e giuridico: il diritto naturale secondo Ernst Bloch

Se si vuol dar conto delle impostazioni più fiduciose nelle potenzialità della dignità umana, non si può che cominciare dagli autori tedeschi, che ne hanno fatto il *leit motiv* più forte e ricorrente per costruire nuovi orizzonti di pensiero, antitetici al sistema di governo uscito distrutto dal secondo conflitto mondiale e tali da fornire parametri e criteri alla stregua dei quali valutare la legittimità dello stesso ordinamento statale.

In questo panorama, una posizione affatto peculiare compete a Ernst Bloch, che, nel suo *Diritto naturale e dignità umana* – dato alle stampe nel 1961 –, rilegge la storia degli uomini e delle idee al metro del giusnaturalismo, il cui fine è ravvisato appunto nell'«umana dignità», ossia nella costruzione di situazioni in cui non ci siano «più gli *umiliati* e gli *offesi*»¹. Tendendo alla instaurazione di un ordine comunista o comunista-anarchico – seppur secondo un modello utopico² –, Bloch

¹ E. BLOCH, *op. cit.*, prefazione, p. XIII.

² Nell'accezioni di Bloch, comunque, l'«utopia» non designa qualcosa di irrealizzabile, bensì un programma politico a lunghissima scadenza pensato per arrivare a un obiettivo lontano e non

vede tradita l'essenza del diritto naturale ogniqualvolta i suoi teorici permettano di legittimare – come pur è accaduto – la schiavitù, l'oppressione e la disuguaglianza.

Del giusnaturalismo classico resta fermo l'assunto che l'ideale abbia il compito di orientare e giudicare il reale, ma l'immagine statica della natura viene superata dalla speranza nel progresso ed in un futuro di amministrazione cooperativistica del lavoro, in cui le dipendenze saranno eliminate e l'uomo – ormai forte e maturo – beneficerà della piena libertà d'azione e di pensiero. Venuta meno la tensione dei rapporti socio-politici ed instaurata la pace, non avranno più motivo di esistere né il diritto – applicato da sempre in maniera da legittimare le strutture di dominio esistenti – né la filosofia del diritto, la cui funzione di critica resterebbe priva di ragion d'essere.

In questo contesto, la dignità agisce da motivo ispiratore pervasivo, ma indefinito. Al più, si dice di essa che è il fine e la quintessenza del diritto naturale, un postulato, una categoria dell'orgoglio umano, principio materialistico per eccellenza chiamato a imporsi sullo sfruttamento economico e capace di realizzarsi solo con la fine del bisogno. Sono ampiamente condivisibili, in proposito, le osservazioni di Giovanni Russo nella sua postfazione all'edizione italiana di *Diritto naturale e dignità umana*, ove si qualifica «poco ortodossa» la definizione della dignità umana come categoria dello spirito, si mette in evidenza la singolare «commistione di elementi concettuali (le categorie) ed elementi retorico-affettivi» e soprattutto si segnala come la «caratterizzazione *en passant* della dignità non riesca a fornircene un'immagine più determinata discorsivamente»³.

A tanto viene da aggiungere che il progetto di Bloch appare ormai datato negli obiettivi e non sfruttabile dal giurista positivo, al quale non vengono offerti strumenti per incidere gradualmente sulla realtà dell'oggi, ma solo indicati ambiziosi programmi di lunghissimo periodo, realizzati i quali – non è ben chiaro come – i compiti stessi del diritto saranno esauriti e soppiantati dalla solidarietà.

specificabile *a priori*, ma raggiungibile. Centrato l'obiettivo, sarà raggiunta la «patria dell'identità», dove desideri ed intimi bisogni sono soddisfatti, l'alienazione viene meno e si risolve il contrasto tra uomo e natura (cfr.: E. BLOCH, *Spirito dell'utopia* (1918), ed. it. a cura di V. BERTOLINO-F. COPPELLOTTI, Firenze, 1980; ID., *Il principio di speranza*, ed. it. a cura di R. BODEI, Milano, 1994; ID., *Diritto naturale e dignità umana*, cit.).

³ G. RUSSO, *Postfazione: Ernst Bloch filosofo del diritto*, in E. BLOCH, *op. ult. cit.*, p. 309.

Avere presente quest'impostazione è, comunque, utile per dimostrare che la nozione di dignità umana non è monopolio di una data ideologia, prestandosi a impieghi diversi a seconda del contesto e dell'interazione con gli altri principi ritenuti rilevanti. Inoltre, emerge fin d'ora la tendenza – comune agli autori che passeremo in rassegna – a colorire, sorreggere e spiegare la dignità con l'ausilio di altri concetti o principi ad essa diversamente rapportati. Bloch, ad esempio, ribadisce il rispetto per l'uomo – figlio della natura e pari ai suoi simili – e coniuga così la dignità con l'uguaglianza e la solidarietà, in uno spirito di tensione ottimistica al progresso.

3. Segue: fondamento dello stato sociale di diritto nella concezione di Werner Maihofer

In un'ottica diversa si muove Werner Maihofer, che ha fatto della dignità umana la base su cui innalzare l'intero edificio dello stato sociale di diritto. Il politico, giurista e filosofo tedesco illustra il suo pensiero nello scritto del 1968 *Rechtsstaat und menschliche Würde*, dove si serve di taluni dati testuali della Legge fondamentale a conferma di una teoria generale, che si diparte da assunti filosofici ben precisi sulla natura dell'uomo e sulla funzione della società e dello Stato⁴.

Maihofer condivide l'idea di Hobbes che l'uomo possa essere nei confronti dei suoi simili tanto *lupus* – come accade nello stato di natura, che è regno della brutta forza – quanto *deus*, come si verifica quando vi sia un *pactum socialis* fondato sull'impegno di ciascuno ad avere considerazione dell'altro sulla base di vincoli di rispetto e solidarietà. Allora, la società e lo Stato devono essere al servizio dell'uomo per consentirne la sopravvivenza e lo sviluppo e l'art. 1 *Grundgesetz* va interpretato come capovolgimento del precedente rapporto tra Stato e cittadino, divenendo simbolo del passaggio dal totalitarismo alla democrazia.

La disposizione d'apertura della Legge fondamentale vale anche a mettere a fuoco le due distinte componenti dell'impegno per la dignità che i pubblici poteri devono assumere: inviolabilità, da una parte, rispetto e protezione, dall'altra⁵.

⁴ W. MAIHOFFER, *op. cit.*

⁵ L'art. 1, comma 1, *Grundgesetz*, infatti, è così strutturato: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

Per delucidare la **violazione**, l'Autore si serve di casi paradigmatici, come quello della tortura attuata dalla polizia. Qui l'offesa risiede – più che nella prepotente e arbitraria trasgressione del limite esterno dell'io conseguente ai colpi inferti – nel venir meno della fiducia in sé stessi e nel prossimo, per aver sperimentato il senso di impotenza e per essersi sentiti oggetti in balia altrui ed abbandonati da chi avrebbe potuto e dovuto recare soccorso. La perdita di fiducia è particolarmente grave perché produce effetti distruttivi della personalità e della solidarietà, minando la capacità di confidare nei propri mezzi e la disponibilità a fare affidamento sugli altri.

Altra caratteristica delle violazioni della dignità è quella di ostacolare l'esercizio dell'autodeterminazione, come accade quando interi gruppi siano banditi dal consorzio sociale, quando taluno sia sequestrato, umiliato socialmente o asservito economicamente. Lo stesso è a dirsi in tutte quelle situazioni in cui un soggetto è ridotto a oggetto nelle mani dello Stato, come nel processo senza contraddittorio, nella tortura e laddove si ricorra all'intolleranza ed al terrore per ottenere l'adesione ad una qualsivoglia ideologia voluta dal governo. Ancora e per quanto tale assunzione faticosi a farsi strada, l'autodeterminazione è compromessa quando siano disprezzati i legami di solidarietà, imponendo, ad esempio, di denunciare il padre, tradire il figlio o mettere taluno alla mercé del dispotismo.

Le offese alla dignità, quindi, incapacitano il singolo e destituiscono di fondamento il contratto sociale, col risultato di legittimare il diritto di resistenza del cittadino.

Venendo agli obblighi di **rispetto e protezione**, questi fanno sorgere in capo allo Stato la responsabilità politica di conformare l'ordinamento, in tutte le sue articolazioni, a un modello democratico-liberale di Stato sociale. Ciò presuppone una vasta gamma di condotte attive, che ricomprendono, tra l'altro, il riconoscimento e l'impegno per l'effettività dei diritti umani nonché la protezione dei beni giuridici. In questa direzione, i pubblici poteri devono essere in grado di modulare bene profili di uguaglianza formale e sostanziale per garantire a tutti le condizioni di esistenza e sviluppo, senza svilire le peculiari aspirazioni di ciascuno. Quest'ultimo punto è conseguenza dell'accoglimento della concezione kantiana dell'uomo come essere dotato di ragione e capace di porre i propri fini. Allora, lo stato di diritto deve

accordare a ciascun consociato il massimo di libertà compatibile con l'uguale prerogativa altrui, il che si realizza, a livello economico, in regimi di libero mercato e, a livello culturale, in una società pluralista.

Affinché tutto questo sia concretamente possibile, però, non può prescindersi dalla sicurezza, in assenza della quale nessuna autentica libertà può spiegarsi. Di conseguenza, il pieno rispetto della dignità umana comanda una costruzione dello Stato che concili l'indicazione kantiana della massima ed uguale libertà con quella hobbesiana della massima ed uguale sicurezza.

Lo stato liberale si fonda, però, sulla premessa normativa che la dignità umana è assicurata meglio in un ordinamento di massima libertà che di massima sicurezza, essendo il primo modello più consono all'autonomia spirituale ed all'autodeterminazione morale dell'individuo. Va, quindi, accordata la più ampia libertà, sul presupposto e nella speranza che ogni uomo avrà rispetto dei suoi simili e non abuserà dei margini di manovra riconosciutigli; solo ove tale affidamento sia tradito, sarà legittimo adottare delle contromisure; nei casi controversi, dovrà valere il principio *in dubio pro libertate*.

La salvaguardia della libertà presuppone che la legge prenda a parametro un modello di uomo come essere intelligente e capace di orientarsi nel mondo, soppesando vantaggi e svantaggi delle proprie azioni. Questo modello di *homo iuridicus normalis* è in grado di decidere tenendo conto dei comandi contenuti nella legge, che, pertanto, deve essere antecedente al fatto e formulata in modo chiaro. Su questa base, in caso di trasgressione del comando, avrà senso infliggere la sanzione solo a colui che possa essere rimproverato per la violazione, in misura non superiore alla colpevolezza e col fine di evitare la ricaduta in determinati comportamenti⁶

Come si vede, Maihofer si serve della dignità per costruire una teoria politica, all'interno della quale si colloca il dover essere di un diritto penale liberale. Gli spunti di riflessione sono numerosi ed interessanti.

V'è, anzitutto, uno spirito democratico, liberale, egualitario e garantista che pervade ogni passaggio; v'è la consapevolezza di non poter abbassare la guardia innanzi al rischio che lo Stato torni ad essere il peggior nemico della dignità, ma v'è

⁶ È chiara l'affermazione dei principi di legalità, proporzione e colpevolezza nonché del finalismo rieducativo della pena.

anche la fiducia – senza la quale non sarebbe concepibile il progetto dello Stato sociale – che i pubblici poteri possano agire per aiutare l'uomo a liberarsi dalla paura e dal bisogno ed a realizzarsi pienamente.

La considerazione dell'essere umano è a tutto tondo, perché si guardano le condotte materiali, ma si mette in primo piano anche la dimensione psicologica ed emotiva, legata alla fiducia, alla speranza ed all'affidamento.

Si osserva pure che la distinzione tra inviolabilità della dignità, da una parte, ed obblighi di rispetto e protezione, dall'altra, si muove sullo stesso binario dell'articolazione – qui caldeggiata – del principio di dignità nei sottoprincipi di protezione e promozione. Oggi il merito di un tale approccio analitico è quello di portare meglio in evidenza le potenzialità del concetto, ma, al tempo della pubblicazione delle tesi di cui si discute, è stato importante soprattutto aver proiettato la luce intensa della dignità sugli obblighi positivi di intervento dello Stato sul sociale, accrescendo così la forza di quei diritti umani cosiddetti di terza generazione, che quasi non trovano posto nella Legge fondamentale e che – anche negli ordinamenti che espressamente li riconoscono – sono stati spesso degradati a mere dichiarazioni di intenti.

Si registra consonanza con l'approccio seguito in questa sede anche per quanto riguarda il metodo di decodificazione della nozione di violazione della dignità: non mera concettualizzazione, ma ricorso a casi paradigmatici come metro per le ipotesi controverse, da giudicare e motivare sulla base di argomenti razionali che attingono all'essenza del principio.

Il faro della dignità illumina e conforma anche il diritto penale, giustificando limiti, finalità e garanzie cari alla tradizione liberale.

Nonostante gli indubbi meriti, però, non pare proponibile un integrale recepimento dell'impostazione dell'autore tedesco.

La prima criticità risiede, invero, nel fatto che la teoria è troppo robusta, nel senso che i postulati filosofici sono così forti che – confutati o non condivisi questi – crolla tutto. La costruzione sembra rispondere alla logica del “mi spezzo, ma non mi piego” ed una tale mancanza di flessibilità è di ostacolo all'allargamento della base del consenso, perché apre la strada alla pregiudiziale ideologica anche da parte di soggetti che potrebbero concordare su un nucleo essenziale o su taluni sviluppi

dell'argomentare. Di tanto deve tenersi conto per elaborare una teoria "esportabile" e per rendere concreta la possibilità di dialogo e di accordo all'interno di società non più culturalmente omogenee⁷.

Tale obiezione forma un tutt'uno con quella che il ragionamento è sviluppato in termini etico-valoriali e secondo una logica gerarchica, coerentista e astratta invece che con un approccio più prettamente pratico, attento alle prospettive di fattibilità concreta ed aperto al pluralismo delle credenze e dei principi.

Peraltro, il modo di procedere di Maihofer rivela aporie anche restando nella sua stessa logica. Infatti, l'obiettivo di conciliare la massima e uguale libertà con la massima e uguale sicurezza diventa mero *slogan* se non si forniscono criteri di contemperamento. Tanto più che la preferenza espressamente accordata alla libertà toglie significato autonomo alla sicurezza, la quale si riduce a un diverso modo di indicare gli spazi di libertà altrui, che non possono essere sacrificati dall'operare di ciascuno.

Si affaccia pure il sospetto che la dignità stessa si saldi del tutto alla libertà fino ad esserne fagocitata. Lo fanno pensare il riferimento costante all'uomo come essere razionale capace di porre i propri fini, la violazione della dignità intesa come perdita della fiducia e dell'autodeterminazione, l'insistenza sugli stessi principi penalistici già eretti dal pensiero liberale classico a presidio della libertà. Non viene detto, invece, quali direttive di comportamento vadano osservate con riguardo a quanti non siano in grado di autodeterminarsi né viene chiarito in cosa consista la loro dignità inviolabile. Si tratta di mancanza non da poco, se si considera che attualmente molte delle questioni più spinose che chiamano in causa la dignità umana coinvolgono soggetti incapaci.

4. *Segue*: presupposto della teoria politica egualitaria liberale di Ronald Dworkin

Più di recente e dall'altra parte dell'Oceano, l'aspirazione a fondare sulla dignità un'intera teoria politica e giuridica è stata ripresa da Ronald Dworkin. Nel

⁷ La base comune della filosofia kantiana – seppur nella versione *vulgata* – poteva essere invocata da Maihofer nella Germania di fine anni '60, ma ben difficilmente può essere riproposta con la stessa forza ora che occorre comunicare con musulmani, animisti, animalisti, deterministi e quant'altro.

suo pensiero un ruolo fondamentale è giocato dai principi, dei quali si propone una visione ordinata e coerentista⁸, che sta alla base della fiducia nella possibilità di trovare un terreno comune per mettere in comunicazione culture e soggetti diversi. È questo lo spirito che anima il libro del 2006 pubblicato in Italia con il titolo *La democrazia possibile*, dove – prendendo spunto dal dibattito politico statunitense – si illustrano e si applicano i principi cardine, candidati ad essere condivisi da chiunque ed a costituire la piattaforma di dialogo per avviare il confronto⁹.

La ricerca di Dworkin parte da un livello di massima astrazione e individua due principi fondamentali – quello del «valore intrinseco» e quello della «responsabilità personale»¹⁰ –, che insieme «definiscono la base e le condizioni della dignità umana»¹¹ e la cui violazione da parte del governo fa venir meno l'obbligo dei cittadini di rispettare le leggi.

Per il primo principio, «ogni vita umana ha un suo particolare valore oggettivo» e non solo soggettivo, è una potenzialità da promuovere e non disperdere. Su questa base è poi costruito l'argomento – di evidente ascendenza kantiana – che non v'è alcun motivo oggettivo per attribuire maggiore importanza alla riuscita della propria vita che a quella degli altri. Così, la dignità non indica solo il valore intrinseco, ma, più compiutamente, il pari valore intrinseco ed è, quindi, comprensiva dell'uguaglianza.

Per il secondo principio, ogni persona è responsabile del proprio successo, perché è chiamata a scegliere che tipo di vita condurre. La scelta può essere informata a una particolare tradizione religiosa o influenzata da altri soggetti, ma deve pur sempre essere personale, sicché non è data «al governo od a qualsiasi altro gruppo l'autorità di imporre un particolare schema di valori, dietro minaccia di una punizione»¹².

⁸ Su come conciliare, in particolare, libertà ed uguaglianza, cfr. R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, e ID., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006, cap. 4.

⁹ R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, cit.

¹⁰ R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 29.

¹¹ R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 28.

¹² R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 35.

Se questi enunciati sono condivisi dalla maggior parte degli interlocutori, le divergenze tra le opposte fazioni – in tema, ad esempio, di lotta al terrorismo, approccio alla libertà religiosa, fiscalità e sanità pubblica – possono essere viste come dispute sul modo di interpretare valori fondamentalmente comuni e possono essere superate, purché ce ne sia la volontà, attraverso un confronto razionale. Il confronto, però, deve muoversi su un piano deontologico, perché l’inviolabilità dei diritti umani – che sono *moral rights* – impedisce di affrontare i problemi sulla base di una mera analisi costi-benefici ed implica la necessità di fare scelte «di tipo etico, anche a spese dei nostri interessi»¹³. Tra i diritti umani, poi, il più fondamentale è quello ad essere trattato dai detentori del potere in maniera tale da vedere riconosciuta l’importanza intrinseca della propria esistenza e la responsabilità personale sul modo di condurla. Se ne ricavano due implicazioni per l’azione di governo: la prima è che vanno osservati i «diritti umani *di base*»¹⁴, quelli che ci si sforza di fissare nei trattati e nelle dichiarazioni dei diritti umani e che vietano atti non giustificabili alla luce di nessuna ragionevole interpretazione del valore intrinseco e della responsabilità personale; la seconda implicazione è che contraddice sé stesso un governo che violi i diritti umani espressi dalle proprie leggi e pratiche, indipendentemente dal fatto che il soggetto inciso sia cittadino o straniero, delinquente comune o terrorista. Con questo il filosofo non esclude qualsivoglia interferenza nei diritti umani. Da una parte, infatti, la pari dignità è usata per sostenere misure volte a promuovere un minimo di uguaglianza sostanziale tramite una redistribuzione *soft*, da realizzare con adeguati meccanismi di imposizione fiscale. Dall’altra, eventuali limitazioni dei diritti umani sono giudicate ammissibili se fatte in buona fede e giusta misura, come accade per talune espressioni di *soft paternalism*¹⁵. È, invece, esclusa la totale negazione del diritto, quale si verifica nel genocidio, nella tortura e in altri casi limite, che risultano inconciliabili con l’idea di dignità, pur nella diversità delle interpretazioni che possano farsene nei vari Stati.

¹³ R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 50.

¹⁴ R. DWORKIN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ Si fanno gli esempi classici dell’obbligo scolastico e delle cinture di sicurezza. L’idea di fondo è che «tali vincoli» non compromettono la libertà e «non offendono il principio di responsabilità personale perché sono basati su assunti plausibili riguardo ai valori importanti per ciascuno, e anche perché sono supportati da valide ragioni distributive» (R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 83).

La costruzione complessiva sconfessa la visione meramente «maggioritaria» della democrazia, visto che la legge dei numeri non è garanzia di decisioni giuste e può scontrarsi con l'inviolabilità dei diritti umani. Si sostiene, quindi, un modello partecipativo, alla stregua del quale «una comunità che ignora costantemente gli interessi di una minoranza o di un altro gruppo non è democratica, anche se elegge i suoi rappresentanti con impeccabili metodi maggioritari»¹⁶. Ciò vuol dire che occorre creare le condizioni – attraverso l'istruzione, l'informazione e sistemi elettorali idonei – perché tutti possano prendere parte ai processi decisionali ed assumersene conseguentemente una quota di responsabilità.

Il punto di crisi della teoria – riconosciuto dallo stesso Autore – subentra nelle situazioni di grave emergenza. Dworkin fa il caso della cattura del terrorista a conoscenza del luogo di collocazione di una bomba a orologeria, destinata a esplodere poche ore dopo ed a fare un gran numero di vittime. In situazioni limite come questa si potrebbe ammettere da parte del governo la violazione dei diritti umani, ma a condizione di situare «molto in alto la soglia dell'emergenza» e di non considerare giustificato qualsiasi atto in grado di accrescere, anche in misura marginale, la sicurezza¹⁷.

È ora possibile, ripercorrendo l'esposizione compiuta, mettere in evidenza le implicazioni penalistiche.

Sul versante della *criminalization*, il rispetto del pari valore intrinseco di ciascuno, il limite dei diritti umani ed il prescelto modello di democrazia partecipativa impediscono di elevare a fattispecie di reato condotte costituenti espressione della personalità, ovviamente a condizione che non siano compromesse le uguali prerogative altrui.

Quanto ai mezzi di ricerca della prova, gli stessi valori poc'anzi richiamati precludono il ricorso alla tortura, in quanto strumento che distrugge la capacità di decidere autonomamente, riducendo la vittima ad animale sofferente ed infliggendo

¹⁶ Per la distinzione tra democrazia partecipativa e democrazia procedurale, si veda ampiamente R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 134 e ss.

¹⁷ R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 62. Così, nell'esempio della bomba, «il pericolo è terribile e certo», mentre, «nel caso della detenzione dei presunti terroristi senza capi di imputazione e senza processo nel carcere di Guantanamo e nelle altre basi dislocate nel mondo, non si verifica nessuna di queste condizioni» (*ivi*).

così «la più profonda offesa alla sua umanità, il più profondo oltraggio ai suoi diritti umani»¹⁸. La deroga al divieto risulta ammissibile solo ricorrendo grave emergenza, nozione da interpretare nel senso più restrittivo con riferimento a casi estremi.

Quanto ai profili sanzionatori, Dworkin ricava dalla dignità indicazioni tendenzialmente contrarie alla pena capitale, ma le propone come opinioni personali, aperte alla discussione e tutt'altro che certe. Il filosofo ritiene detta pena «moralmente sbagliata» e incostituzionale per contrasto con l'ottavo emendamento, che fa divieto di *cruel and unusual punishments*. Egli, tuttavia, non la giudica violativa dei diritti umani, potendo essere addotte a suo sostegno ragioni dotate di coerenza, nella specie la maggiore efficacia deterrente della sanzione – che porterebbe a salvare vite innocenti – ed il diritto della comunità di punire gli assassini per “risarcire” i parenti della vittima e la collettività nel suo complesso. Gli argomenti contrari – dalla mancanza di prova empirica della rafforzata idoneità dissuasiva al rischio di errore giudiziario – non sono trascurabili, ma la sincera convinzione degli assertori degli effetti positivi impedisce di ravvisare nella pena di morte una violazione fondamentale dei diritti umani e, quindi, di arrivare a delegittimare o colpire i governi che la mettano in pratica.

Ebbene, una costruzione di indubbio fascino risente di crepe e scricchiolii non di poco conto.

Strutturando la rete dei principi, Dworkin delinea un triangolo al cui vertice è posta la dignità, che si articola poi in uguaglianza e libertà/responsabilità¹⁹. Tuttavia, può lasciare perplessi la fiducia nella costante compatibilità dei principi fondamentali, atteso che l'esperienza sembra dimostrare come, talvolta, perseguire

¹⁸ R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 52.

¹⁹ Si potrebbe rilevare che occorrono anche altri riferimenti per strutturare le risposte a problemi complessi, tanto che lo stesso filosofo, in più d'una circostanza, non esita a richiamare, tra l'altro, giustizia, equità e sicurezza. Bisogna, però, considerare che l'intento dichiarato dall'Autore è quello di trovare una base per avviare il dibattito tra diversi, spesso sordi alle ragioni altrui. Considerate le difficoltà della ricerca, è comprensibile che questa debba prendere le mosse da un alto livello di astrazione ed accontentarsi di pochi capisaldi. Ed allora la triade personalista qui riproposta non è affatto poco ed è lodevole la disponibilità a dare spazio alle convinzioni altrui, manifestata anche attraverso la prospettazione non eccessivamente assertiva delle proprie opinioni.

un obiettivo porti a sacrificarne, almeno in parte, un altro²⁰. Ammettere questo, comunque, non vuol dire negare le possibilità di dialogo, bensì farle poggiare su un terreno di maggiore trasparenza.

Altro aspetto da non trascurare è che, negli sviluppi della teoria, la dignità non gioca un ruolo autonomo, poiché il rispetto del valore intrinseco viene sempre agganciato a valutazioni comparative e, quindi, reinterpretato in termini di uguaglianza. Così accade quando si discute dell'ammissibilità della tortura nelle situazioni di grave emergenza e così pure quando si vagliano le giustificazioni a sostegno della pena di morte: nell'un caso e nell'altro, infatti, non si discute se la pratica leda il nucleo inviolabile del soggetto considerato, ma se quella lesione possa risultare ammissibile ove posta a paragone col pericolo incombente su altri soggetti o con i danni già arrecati a terzi. In questo modo, la dignità si riduce al macroinsieme che ospita uguaglianza e libertà, ma perde quel *surplus* di garanzia del valore individuale intrinseco destinato a operare proprio nelle situazioni limite non coperte dagli altri principi. Vi si scorge l'influenza del complessivo clima culturale americano, che "sente" la dignità, ma non riesce a percepirla e descriverla prescindendo da uguaglianza e libertà.

Quella stessa temperie culturale, più incline al pragmatismo che al pensiero astratto, è ben percepibile anche in certi passaggi in cui si ha l'impressione che l'Autore "tagli le curve", ragionando più da politico che da filosofo. Il pensiero corre alla legittimazione dello stato di emergenza, in cui si arrivano ad ammettere la tortura ed altre violazioni dei diritti umani, che appaiono note stonate rispetto all'impianto deontologico in cui si inseriscono. Non è detto che la conclusione raggiunta non possa risultare condivisibile, ma sarebbe occorso maggior scrupolo argomentativo per conciliare la proclamata etica dei principi – che impone anche scelte contrarie ai propri interessi – con le preoccupazioni *consequences oriented*, che alla fine vengono fatte prevalere, seppur solo in casi limite.

Inoltre, colpisce l'indulgenza accordata agli argomenti *pro poena capitis* per il solo fatto di essere giudicati non «insinceri»²¹. È possibile che questo modo di

²⁰ Ad esempio, una maggiore uguaglianza sostanziale, perseguita tramite l'imposizione fiscale e la redistribuzione di risorse, incide su una quota di libertà dei più abbienti di disporre dei propri averi.

²¹ R. DWORKIN, *op. ult. cit.*, p. 53.

ragionare risenta – fors’anche inavvertitamente – del consolidato orientamento della *Supreme Court*, che non ravvisa violazione dell’ottavo emendamento in assenza di *specific intent* di infliggere una sofferenza grave e non necessaria²². Ed è altresì possibile che l’atteggiamento indulgente dipenda anche dall’imbarazzo di imputare al proprio Paese quella che potrebbe essere considerata la più grave violazione dei diritti umani. Se, però, si prescinde da siffatti condizionamenti, riesce difficile spiegare la posizione troppo morbida qui assunta da Dworkin.

Detto questo, gli aspetti più innovativi e interessanti della teoria esaminata sembrano la giustificazione di certi meccanismi redistributivi – profilo non strettamente rilevante in questa sede e sul quale, dunque, si sorvola – ed il prospettato modello di democrazia partecipativa. Infatti, appoggiare una visione del sistema di governo in cui la democraticità della decisione non dipende dalla legge dei numeri, ma dalla presa in considerazione dei diritti e degli interessi dei soggetti coinvolti significa rispettare davvero la dignità di ciascuno. Questa dignità, del resto, può intendersi sia come manifestazione della libertà/responsabilità di chi è capace di autodeterminarsi e prendere parte ai processi deliberativi sia come limite all’incidenza della decisione finale nella sfera di soggetti capaci o incapaci, ma pur sempre titolari dei diritti umani inviolabili. Questo tipo di saldatura tra la sfera dei principi ed i meccanismi della deliberazione politica risulta, a livello teorico, il percorso migliore per subordinare al più pieno rispetto per l’individuo il riconoscimento e la conferma del marchio di legittimità democratica cui un ordinamento possa aspirare. Ed allora, l’intreccio tra dignità, libertà ed uguaglianza, da una parte, e democrazia, dall’altra, costituisce un *good point* dell’analisi di Dworkin da riprendere nel prosieguo della trattazione.

5. Segue: diritto morale a non essere ingiustamente degradati per William A. Parent

La nozione di *moral rights* – già vista in Dworkin – ritorna nell’argomentare di William Parent, il quale la riferisce, oltre che ai diritti umani, anche alla dignità, descritta in termini di diritto morale spettante ad ogni essere umano a non essere

²² Cfr., più ampiamente, cap. VI, § 3.

riguardato o trattato in modo degradante, indipendentemente dal fatto che a ciò si accompagni o meno un sentimento di odio²³.

Il filosofo addiviene ad una tale formulazione partendo dal presupposto che la comprensione del concetto sia agevolata dall'aver presenti i casi di sue macroscopiche e indiscusse violazioni. Limitandosi al solo ventesimo secolo, fa, quindi, gli esempi dell'Olocausto e della segregazione razziale, il cui tratto comune è ravvisato proprio nella negazione del valore di determinati esseri umani solo in considerazione della loro razza.

Concettualizzata su questa base la dignità nei termini di cui s'è detto, Parent si spinge, sul piano dello *jus positum*, a ritenerla diritto implicitamente dotato di copertura costituzionale nel sistema statunitense per il tramite di quelle previsioni che – facendo divieto al governo di privare i cittadini della vita, della libertà o della proprietà *without due process of law* – proteggono gli individui dall'arbitrio, ossia da decisioni non basate ragionevolmente su fatti, ma su ingiuste discriminazioni personali.

Andando oltre e ricollegandosi a Dworkin, Parent sostiene anche che il divieto di azioni arbitrarie ricavato dalla dignità si estende alla legislazione ed all'azione di governo, che, in uno stato democratico, devono prendere in considerazione le ragioni di tutta la popolazione e non solo di una parte. Per quanto si discuta di specifico diritto, quindi, pare proprio che, alla fine, la dignità sia chiamata ad operare anche in questo caso come principio ad amplissimo spettro.

Tale costruzione – pur trascurando il versante promozionale della dignità – torna utile per il diritto penale, specie processuale, per la previsione di limiti e garanzie rispetto all'esercizio del potere. Non si presta, però, altrettanto bene ad operare da teoria generale della dignità, se si considera che l'idea di un diritto a non essere ingiustamente degradato non ridonda a vantaggio di chi versi già in situazioni non suscettibili di ulteriore abbassamento.

Inoltre, il nesso di derivazione diretta dalla sfera etica solleva l'interrogativo di quale debba essere la morale di riferimento. Infatti, presceglierne una tra le tante reca con sé un ineliminabile coefficiente di arbitrarietà e fa sì che il senso di umiliazione – già in termini di ingiustificata esclusione – sia avvertito da coloro che

²³ Cfr. W.A. PARENT, *op. cit.*

non condividano l'impostazione adottata. D'altra parte, ricavare la morale di base dal sistema dei diritti costituzionali – come l'Autore sembra suggerire – si risolve in una circolarità logica, che priva la dignità della sua autonomia e la rende un'arma spuntata in quegli ordinamenti che non prevedano già una robusta protezione dei diritti.

Quest'ultimo aspetto, unitamente alla garanzia solo procedurale della *due process clause*, lascia drammaticamente aperta la questione dei limiti sostanziali. Ad esempio, con riguardo alla pena di morte, all'ergastolo o ad altri casi problematici, l'impostazione di Parent non consente di trarre dalla dignità indicazioni anche minime nel senso di ammetterne o negarne la legittimità, purché sia assicurato un giusto processo finalizzato all'applicazione di pene previste dalla legge e sorrette da ragioni giustificative non meglio identificate.

6. Segue: la *decent society* di Avishai Margalit

Ha taluni punti di contatto con Parent il modello di *decent society* delineato dal filosofo israeliano Avishai Margalit²⁴. Entrambi gli autori, infatti, puntano sul rapporto di opposizione tra dignità e umiliazione e sulla maggior facilità di "afferrare" il rovescio della dignità piuttosto che la sua essenza in positivo²⁵. Al di là di questo, però, Margalit procede lungo un percorso autonomo, perché non fa leva sui diritti degli individui²⁶, ma sull'atteggiamento della società, la quale, per essere considerata decente, non deve umiliare né in astratto, tramite le previsioni contenute negli atti normativi, né in concreto, attraverso l'effettivo *modus operandi* della sua

²⁴ Cfr. A. MARGALIT, *La società decente*, cit.

²⁵ Margalit, invero, si diffonde di più sulla scelta di definire la società decente «in negativo, come non-umiliante, piuttosto che in positivo, come quella che, ad esempio, rispetta i suoi membri» ed adduce in proposito tre ragioni: una ragione morale, che consiste nella maggiore urgenza del rimuovere le cause di sofferenza rispetto al creare benefici; una ragione logica, data dal fatto che la non umiliazione è un obiettivo raggiungibile direttamente a differenza del rispetto, che dipende da un complesso di comportamenti generali; una ragione cognitiva, che è quella della più agevole percezione dell'umiliazione che non del rispetto (A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 51 e s.).

²⁶ Si osserva che il mero riconoscimento dei diritti non vale a preservare dall'umiliazione – perché lo stesso titolare potrebbe non essere in grado di farli valere – e che può essere decente anche una società che non abbia elaborato il concetto di diritti e si basi, ad esempio, sui doveri o sulla moralità dei fini.

burocrazia, che non deve spersonalizzare né insultare coloro cui si dirige²⁷. Così, mentre il grado di civiltà – che identifica la «società civile» – prende a parametro il modo in cui i consociati si rapportano gli uni agli altri, la decenza si misura sull’operato dei soggetti istituzionali, chiamati a combattere le condizioni che danno ragionevole motivo per sentirsi umiliati²⁸.

È evidente la centralità del concetto di umiliazione, che assume un significato diverso da quello comune di abbassamento a un livello inferiore, si lega esclusivamente a condotte umane o riconducibili all’uomo²⁹ e si discosta dalla dimensione psicologica della vittima, inadatta a fare da parametro oggettivo per la sua estrema variabilità soggettiva. Margalit prospetta una dimensione normativa dell’umiliazione, la quale individua quei comportamenti o condizioni che costituiscono «valida ragione perché una persona consideri offeso il proprio rispetto di sé», riflesso, sul piano comportamentale, dalla dignità, che è uguale per tutti³⁰.

Il rispetto di sé è, poi, presentato come questione di appartenenza tanto che l’umiliazione più grande consiste nell’escludere taluno dalla famiglia dell’uomo, trattandolo come non-umano, ossia alla stregua di cosa, animale, demone o sub-umano. Per superare l’eccessiva astrattezza, si fa notare che l’autodefinizione come essere umano passa attraverso una pluralità di elementi, tra i quali rivestono

²⁷ La spersonalizzazione si verifica «quando le sole caratteristiche di identità riconosciute dalle istituzioni della società per un individuo o un gruppo sono i segni numerici», come accade – senza bisogno di riandare alla realtà dei campi di concentramento – in talune istituzioni carcerarie (A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 235). L’insulto, invece, può derivare – oltre dal mancato riconoscimento o dalla violazione dei diritti – anche da atteggiamenti tali da denotare nulla o scarsa considerazione della sensibilità dei destinatari, come quando si distribuisca cibo a popolazioni affamate gettandolo dai camion in guisa di ossa a una muta di cani affamati.

²⁸ La spiegazione del perché sia così importante non umiliare viene resa nel seguente modo: la crudeltà è il male fondamentale sicché impedirla è il supremo comandamento morale; l’umiliazione è l’estensione della crudeltà dall’ambito della sofferenza fisica a quella psichica; di conseguenza, il supremo comandamento morale implica anche impedire l’umiliazione, scopo che, pertanto, deve necessariamente appartenere ad una società che aspiri ad essere decente.

²⁹ Nessuna umiliazione, quindi, può provenire da fattori naturali in quanto tali – malattia, vecchiaia, *handicap* od altro –, ma certi dati di fatto possono venir messi a base di comportamenti ingiustamente discriminatori o degradanti posti in essere da altri uomini.

³⁰ A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 57.

particolare importanza i legami a quei gruppi che concorrono a strutturare l'identità individuale. Ne consegue che costituisce una forma di umiliazione bollare come dequalificanti caratteristiche di appartenenza che attengono ad «aspetti moralmente legittimi» dell'identità della persona³¹. Una società decente, quindi, non respinge né svaluta chi si identifichi per l'appartenenza a una determinata razza, nazionalità, fede, classe sociale od altro, «non usa le sue istituzioni per impedire a coloro che si trovano nel suo ambito di appartenere a un legittimo gruppo inclusivo»³² e «non respinge gruppi inclusivi moralmente legittimi»³³, mentre può penalizzare chi militi in una consorteria criminale.

Sul presupposto che è sbagliato umiliare qualsiasi essere umano, altro tratto che caratterizza la società decente è quello di non tollerare distinzioni tra quanti ricadano sotto la sua giurisdizione, a prescindere dal fatto che rivestano o meno la qualifica di membri “certificati”. La cittadinanza non va, dunque, rifiutata a chi avrebbe titolo per ottenerla e i diritti non vanno negati od applicati in maniera discriminatoria rispetto a determinate categorie di soggetti.

Ancora, la *decent society* è tenuta a compiere un serio sforzo per fornire ad ogni individuo un'occupazione che ne promuova le capacità creative ed è chiamata ad agire da *Welfare State* per eliminare od almeno attenuare quelle condizioni di povertà, che sono di ostacolo a modi di vita considerati dignitosi. Nel far questo l'obiettivo di non umiliare impone di non agire *pietatis causa*, ma di riconoscere ai bisognosi un vero e proprio diritto all'assistenza.

Delineando il volto della società decente, Margalit prende atto del ruolo della cultura e prescrive che quella egemone non contenga «rappresentazioni collettive umilianti che siano usate attivamente e sistematicamente dalle istituzioni»³⁴. Ne discende l'ammissibilità di restrizioni alla libertà di espressione, destinate a incidere soprattutto sulle esternazioni istituzionali – che sono le più gravi e dannose –,

³¹ A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 162.

³² In estrema sintesi, è così qualificato quel gruppo che si caratterizzi per una comune cultura nonché per regole di inclusione basate non su un qualche risultato o successo, ma sul riconoscimento informale da parte degli altri membri (cfr.: A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 166 e ss.; A. MARGALIT-J. RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, 87, 1990, p. 439 e ss.).

³³ A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 169.

³⁴ A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 192.

lasciando per la gran parte salvaguardato il diritto degli individui di manifestare i propri personali convincimenti³⁵. Anche così, resta problematica la distinzione tra legittima critica e inammissibile umiliazione, che Margalit affronta considerando rispettivamente critica od umiliazione ciò che lo *speaker* sarebbe o non sarebbe disposto ad accettare se rivolto nei suoi confronti. Poiché, però, gruppi storicamente vulnerabili possono aver sviluppato maggiore sensibilità all'umiliazione, si ammette una presunzione relativa in favore dell'interpretazione data dalla minoranza vulnerabile sulla natura umiliante dei gesti ad essa diretti, col correttivo che «qualunque cosa fosse considerata critica piuttosto che umiliazione se avvenisse (...) all'interno del gruppo, dovrebbe pure essere considerata tale se proveniente dall'esterno»³⁶.

Quanto ai beni che la società decente non deve ledere, un ruolo di primo piano spetta alla *privacy*, la cui violazione può essere ammessa, al più, in presenza di serie giustificazioni di sicurezza, come nel caso delle ispezioni personali negli aeroporti.

Sul fronte del diritto penale, si riconosce che il modo in cui una società attua le sue politiche e procedure di pena è l'autentico banco di prova della società decente. Appare scontato che ai criminali non possa essere garantito l'onore sociale, ma anch'essi vanno posti al riparo dall'umiliazione. Le difficoltà pratiche non appannano l'assunto concettuale e Margalit – assumendo a paradigma la pena detentiva – pensa ad un modello che definisce «dell'addestramento di base migliore possibile», simile a quello impartito alle reclute³⁷.

La società decente si pone in rapporto armonico, ma non di identità con la «società giusta», cioè quella – secondo il modello rawlsiano – che mira alla giusta distribuzione dei beni primari³⁸, tra i quali rientrano le libertà essenziali e soprattutto il rispetto di sé, senza il quale nulla avrebbe senso. Margalit esclude che questo tipo di società possa tollerare la sistematica umiliazione da parte delle istituzioni, ma fa

³⁵ L'Autore, comunque, si rende conto della problematicità della distinzione, specie in alcuni casi – quale quello del professore universitario –, in cui non è chiaro se chi parla debba essere considerato come chi esprime un parere personale o quello dell'istituzione (A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 193 e s.).

³⁶ A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 203.

³⁷ A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 273.

³⁸ In termini generali, sono definiti primari quei «beni che ci si attende che tutti gli individui razionali desiderino» (A. MARGALIT, *op. ult. cit.*, p. 278).

osservare che una società giusta coi suoi membri potrebbe non esserlo altrettanto con coloro che siano giudicati o mantenuti estranei. Il pensiero corre alla condizione degli immigrati, specie clandestini, e impone di dare importanza ai criteri di appartenenza alla società giusta ed al trattamento riservato ai non membri. Inoltre, è posto in evidenza che la decenza non si identifica completamente con la giustizia, perché la prima presta attenzione – oltre che all’equità nella distribuzione – anche ai modi ed alle forme in cui questa avviene, che divengono oltraggiosi se esprimono un rivolgersi ai bisognosi da una posizione di pretesa supremazia morale, giuridica o sociale.

Vi sono passaggi della costruzione di Margalit che vanno riguardati più da vicino, alcuni perché non persuadono appieno ed altri perché suscettibili di essere valorizzati anche al di fuori del modello della *decent society* in senso stretto.

Tra gli aspetti che destano perplessità v’è la fondazione dichiaratamente morale, che si espone agli stessi rilievi già sollevati con riguardo alle tesi di Parent e relativi all’individuazione della morale di riferimento. Sembra, invece, più proficuo e più realistico cercare l’aggregazione del consenso intorno a principi politici minimi, condivisibili da soggetti aderenti a diverse dottrine comprensive.

È pure poco condivisibile l’insistenza pressoché esclusiva sull’umiliazione come rifiuto di legittime caratteristiche di appartenenza. Di certo, l’inserimento in gruppi inclusivi contribuisce alla formazione della personalità, ma l’identità di un soggetto può avere tratti di assoluta originalità sicché non può escludersi che possa costituire valida ragione per sentirsi umiliati anche il rifiuto di tali aspetti. Questo è uno dei risvolti di un’impostazione tendenzialmente comunitarista, la cui tenuta non risulta impeccabile anche sotto altri profili. Basti pensare che la nozione di diritti individuali non è giudicata essenziale per la società decente, ma viene comunque chiamata in causa quando si rileva che l’assistenza ai bisognosi non umilia solo se si riconosce ad essi il relativo diritto e non anche quando si agisca per pietà.

Non persuade neppure la nozione di dignità che affiora dalle pagine di Margalit. Da una parte, infatti, se ne parla in termini di proiezione esterna del rispetto di sé, un *quid* che attiene al dato comportamentale; dall’altra, si dice che essa spetta a tutti in modo uguale. Le due proposizioni, però, sono in conflitto, perché il rispetto di

sé ed il comportamento rinviano a profili differenziali tra gli individui, mentre la dignità può dirsi uguale per tutti solo se intesa come dato di essenza.

Vi sono, poi, buone ragioni per non condividere il *discrimen* tra società decente – definita come quella che non umilia tramite le sue istituzioni – e società civile, intesa come quella i cui membri non si umiliano gli uni con gli altri. In molti casi, infatti, è altamente controverso se un certo tipo di umiliazione vada considerato privato od istituzionale. Si ponga mente a condotte lesive poste in essere da privati ai danni di altri privati e si ipotizzi che l'ordinamento non metta a disposizione delle vittime strumenti adeguati: si potrebbe ravvisare una mera inciviltà, dandosi risalto alla qualifica del soggetto attivo, ma sarebbe giustificato anche parlare di indecenza, portando in primo piano la mancata protezione di beni e interessi rilevanti da parte delle istituzioni. Si consideri pure che il modo di comportamento degli individui tra loro è ampiamente condizionato dall'educazione, dalla cultura, dall'informazione e da una serie di altri fattori, i quali tutti rientrano anche nel raggio d'azione delle istituzioni pubbliche. Di conseguenza, il ruolo e l'importanza della *decent society* risulterebbero sviliti ove i compiti istituzionali venissero intesi in una accezione troppo restrittiva od incompleta.

Ancora, la prescelta impostazione monista rivela le proprie insufficienze in più di un passaggio. Lo stesso filosofo, infatti, evoca altri parametri, segnatamente la non-discriminazione a proposito del trattamento degli immigrati e la sicurezza per giustificare talune violazioni della *privacy*. In questo modo, non solo entra in crisi la possibilità di edificare un progetto politico e giuridico su un unico pilastro, ma difetta pure la predeterminazione degli altri valori rilevanti e delle regole di contemperamento. Ciò, a sua volta, fa apparire alcune soluzioni intuizionistiche – ad esempio, attribuire alla pena una non meglio identificata funzione di addestramento – ed altre adottate senza la previa ponderazione di tutti i fattori rilevanti, come accade in tema di limiti alla libertà di espressione, limiti che, peraltro, vengono tracciati al metro della sensibilità dello *speaker*, cioè su quel parametro soggettivo, che, nel tratteggiare l'umiliazione, era stato rifiutato perché troppo volubile.

È, invece, meritorio l'intento – che si congiunge alla tradizione liberale classica – di porre limiti al potere pubblico, che, dunque, non è pensato come assoluto né del tutto libero nell'individuazione dei fini da perseguire.

Nella sostanza, poi, il filosofo va oltre il mero precetto di non umiliare, perché sostenere che la società decente deve, tra l'altro, combattere la povertà, riconoscere la libertà di espressione ed adoperarsi per far conseguire a ciascuno un lavoro che consenta di mettere a frutto i propri talenti significa spostare l'asse dal versante difensivo della non umiliazione a quello promozionale del rispetto e dell'autorealizzazione. La costruzione in esame è, dunque, più ampia rispetto alla presentazione fattane dal suo stesso Autore e coglie entrambi i volti della dignità sia quello difensivo che quello propulsivo, pur attribuendo maggiore enfasi al primo.

Inoltre, ritenere colpito il rispetto di sé quando taluno viene trattato come non umano mette in luce il dato importante e condivisibile che il rilievo autonomo della dignità si coglie in modo evidente nei casi limite, nelle situazioni caratterizzate dalla massima gravità. È ovvio che tra tali situazioni estreme rientrano le realtà dei campi di sterminio nazista, ma è merito del filosofo aver attualizzato il tema facendo riferimento all'atteggiamento di rifiuto così frequentemente espresso dalle società dell'opulenza verso gli immigrati. Questo tipo di valutazione comparativa – che mette all'indice l'ingiusta differenziazione nei confronti di soggetti posti ai margini delle nostre società – solleva giustamente la questione delle regole di ingresso e, sul piano del diritto penale, induce giustificati sospetti sulla legittimità di incriminazioni od aggravanti incentrate sulla mera condizione personale di immigrato irregolare.

7. La dignità umana fulcro del diritto penale: la sostituzione dell'*harm principle*

In un'ottica prettamente penalistica, la massima valorizzazione della dignità è operata da chi propone di sostituire o integrare il tradizionale *harm principle* con l'*human dignity principle* quale fondamento della *criminalization*. Risultano particolarmente significative al riguardo le posizioni di Meir Dan-Cohen³⁹ e Julia Davis⁴⁰, accomunate dalla disaffezione per il principio del danno e dalla volontà di reintrodurre o consolidare la sostanza morale del diritto penale.

³⁹ Cfr.: M. DAN-COHEN, *Defending Dignity*, in ID., *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self and Morality*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2002, p. 150 e ss.; ID., *Thinking Criminal Law*, in http://cardozolawreview.com/PastIssues/28.6_dan-cohen.pdf; ID., *A Concept of Dignity*, in http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=190609.

⁴⁰ J. DAVIS, *Doing Justice to Dignity in the Criminal Law*, in MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 169 e ss.

Con riguardo al criterio tanto caro alla tradizione liberale, Dan-Cohen ne giudica speciosa la neutralità ed illusoria l'attitudine limitativa delle scelte di incriminazione, facendo notare che il principio del danno ha prodotto un effetto espansivo in una duplice direzione: da un lato, nella maggior parte delle aree in cui la criminalizzazione per ragioni morali è dibattuta, si è prestato a mascherare l'avversione per determinate condotte – come prostituzione o pornografia – associandovi presunti effetti dannosi; dall'altro, in conseguenza del dichiarato intento di spezzare la connessione tra morale e diritto, ha esteso la responsabilità penale ad aree che ne erano state escluse in precedenza⁴¹.

Inoltre, quello stesso *harm principle* non è ritenuto in grado, talvolta, di giustificare la punibilità di condotte che appaiono meritevoli di pena in base al senso comune. È fatto l'esempio – ispirato da un caso giudiziario statunitense⁴² – del ginecologo che, durante le visite, approfitti sessualmente delle inconsapevoli pazienti con una condotta non produttiva di pregiudizio né fisico, in difetto di lesioni, né psicologico, in mancanza di percezione del fatto da parte delle vittime. A parere dello studioso, in questa come in altre ipotesi, non è accettabile che l'assenza di *harm* precluda la sanzione di comportamenti così evidentemente biasimevoli. Il rimedio non potrebbe essere trovato nella costruzione di un danno da lesione dell'autonomia, perché, così facendo, non si riuscirebbe poi a spiegare l'avvertita necessità di punire attività parimenti biasimevoli, ma poste in essere col consenso della vittima, come nel caso del marito che percuota la moglie in virtù di un accordo coniugale finalizzato a forzare la disintossicazione dall'alcool di quest'ultima⁴³.

Per reagire alle ravvisate criticità, Dan-Cohen propone, quindi, di abbandonare la prospettiva della prevenzione del danno e ritornare a quella dell'*enforcement of morality*, con la precisazione che la morale di riferimento non può essere – specie in contesti multiculturali – quella positiva di una data comunità, bensì una morale critica, che egli interpreta in termini kantiani. Lo scopo principale

⁴¹ Nell'enunciare tali rilievi critici, Dan-Cohen si rifà espressamente a B. HARCOURT, *The Collapse of Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology* 90, 1999, p. 109 e ss.

⁴² *State v Minkowski* 204 Cal. App. 2d 832; 23 Cal. Rptr. 92 (1962).

⁴³ Esempio tratto da *State v Brown* 364 A.2d 27 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1976), aff'd, 381 A.2d 1231 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1977).

del diritto penale diviene, quindi, quello di difendere il valore morale unico di ogni essere umano ed il tratto caratteristico del *crime* rispetto ad altri illeciti non è il risultato dannoso, ma che quest'ultimo derivi da un agire umano intenzionale espressivo di un atteggiamento meritevole di preoccupazione morale. A sua volta, la protezione del valore personale non si esaurisce in quella del benessere o dell'autonomia, perché la comprensione comune di determinate pratiche può far ravvisare offesa alla dignità pur in presenza di condizioni empiriche di prosperità e libertà. Così, Dan-Cohen individua un *vulnus* alla dignità in tutte le ipotesi di violenza che esprimano un significato sociale di mancanza di rispetto⁴⁴, a prescindere dal fatto che non vi sia o non venga avvertita la compromissione del benessere o dell'autonomia, come nei casi delle donne abusate con l'inganno, dello schiavo felice ed autonomo o della moglie che autorizza il marito alle percosse.

Ritenendo con ciò di poter superare le aporie del principio del danno, si avanza la proposta di ridefinire tutti i reati come condotte denotanti mancanza di rispetto per l'eguale valore morale di ciascuno.

Questo schema è ritenuto in grado di reggere il confronto anche con situazioni che vedono contrapporsi atteggiamenti culturali diversi, come quando vengono invocate *cultural defences* a fronte di accuse di violenza alle mogli o mutilazioni genitali praticate o fatte praticare alle figlie. Si argomenta che non può essere bollata come immorale una pratica approvata nella cultura di appartenenza di chi la pone in essere; se, comunque, quella pratica lede la dignità della vittima, è giustificato un intervento di contrasto, ma la differenza tra fatto immorale ed amorale fa sì che, nel secondo caso, risulti meno stringente il dovere di prevenzione e meno grave il danno. Poiché un uso indiscriminato del diritto penale avrebbe qui l'effetto di aggiungere un insulto gratuito ad un'offesa inevitabile, si suggerisce di riservare la sanzione penale ai soli comportamenti immorali, mettendo in campo altri strumenti per contrastare quelle azioni che risultino dannose, ma non immorali.

Infine, l'*human dignity principle* è chiamato a far luce anche sulla natura e disciplina delle pene, che non possono mai – a prescindere dalla percezione

⁴⁴ L'A. dà atto che un significato sociale di tal fatta manca, ad esempio, nell'attività medica od con riferimento a taluni sport a base violenta comunemente accettati e praticati.

soggettiva del reo – avere il significato di recare offesa al valore unico dell'individuo⁴⁵.

Ebbene, con riguardo alla teoria in esame, le più classiche obiezioni all'*enforcement of morals* si combinano a riflessioni più puntuali calibrate sugli specifici argomenti addotti.

Anzitutto, è discutibile che il moralismo giuridico possa costituire parametro di limitazione delle scelte di incriminazione più efficace dell'*harm to others*. Senza imbarcarsi nella difesa di quest'ultimo – che, anzi, è spesso sottoposto a revisione critica dai suoi stessi sostenitori –, è abbastanza facile rilevare che la medesima accusa di indeterminatezza e facile strumentalizzabilità può essere avanzata avverso una teoria che incentri il diritto penale sulla difesa del valore morale dell'essere umano. Infatti, intendendo il criterio restrittivamente, il novero dei reati si riduce alle sole offese alla persona per lasciar fuori anche fattispecie classiche come il furto od il danneggiamento; per converso, dilatandone le maglie fino a ricomprendere quanto è funzionale alla realizzazione del valore dell'individuo, si finisce per giustificare pressoché qualunque incriminazione. Se la soluzione deve essere quella – non si sa quanto praticabile – dell'interpretazione restrittiva, è chiaro che lo stesso potrebbe valere anche per correggere gli eccessi del principio del danno.

Quanto al rilievo che l'*harm principle* potrebbe mancare il bersaglio di fondare la meritevolezza di pena di condotte biasimevoli, è da criticare – sotto il profilo metodologico – che l'efficacia del canone sia misurata sull'idoneità a raggiungere soluzioni date precedentemente o ricavabili sulla base di altri canoni.

⁴⁵ A questo proposito, è citata adesivamente la decisione della *Supreme Court* del *South Carolina* nel caso *State v Braxton*, che ha confermato l'annullamento da parte della *Court of Appeal* della sentenza di primo grado, che aveva sospeso la pena di 30 anni di *imprisonment*, comminata per reati sessuali, in base alla condizione – accettata dagli interessati – della castrazione chirurgica. La decisione, comunque, non ruota attorno a un principio di dignità umana posto a base del diritto penale, ma è incentrata sul un argomentare più familiare ed analitico. Segnatamente, è rilevato che la sospensione della pena detentiva non poteva essere subordinata dalla *trial court* a condizioni che fossero *illegal or void against public policy*; nella specie, la castrazione, in quanto forma di mutilazione, andava qualificata *cruel and unusual punishment*, ricadendo, quindi, nella proibizione di cui, tra l'altro, all'art.1, § 15 della Costituzione dello Stato (*State v Braxton* 326 S.E. 2d 410 (S.C. 1985)).

Venendo poi agli esempi addotti, nel caso delle donne rimaste inconsapevoli dello stupro, è agevole riscontrare – come lo stesso Dan-Cohen ammette – un’offesa all’autonomia, che ben giustifica la punibilità anche alla luce del principio del danno; il caso delle percosse consensuali, invece, resta problematico sia alla luce dell’*harm* che del *dignity principle*, essendo controversi i limiti di disponibilità del corpo.

Ancora, la teoria in esame cerca di sfuggire alle obiezioni fondate sul pluralismo etico, precisando di non voler imporre la morale di una qualche comunità, ma una morale critica al di fuori ed al di sopra delle contingenze. Tuttavia, si profila un cortocircuito quando l’Autore decodifica determinate pratiche – dalla schiavitù, all’attività medica, agli sport violenti – facendo riferimento al significato sociale e, dunque, ritornando alla mutevolezza dei contesti mondani. Lo stesso dicasi per l’argomento che elide l’immoralità di condotte pur lesive della dignità, in virtù della determinante culturale.

Da ultimo, sul fronte delle pene, non può che condividersi l’esigenza di salvaguardia della dignità del condannato, ma il perseguimento di tale obiettivo non passa necessariamente per il tramite di una riconversione moraleggiante, potendo servire allo scopo i classici principi liberali, ai quali la dignità non deve ritenersi estranea.

8. Segue: l’integrazione dell’*harm principle*

Tenuto conto della difficoltà di supportare con un unico criterio l’intera impalcatura del diritto penale, Julia Davis prospetta un approccio che integra *harm principle* e *dignity principle*, ricavando dal primo i limiti fattuali e dal secondo la sostanza morale del diritto penale.

Anche la Davis prende le mosse dalla constatazione che il principio del danno non è stato in grado di resistere a *broken windows arguments*, finalizzati a dilatare la criminalizzazione fino a raggiungere aree tradizionalmente giudicate *harmless to others*, come prostituzione, accattonaggio, vendita di alcool, consumo di droga, rapporti omosessuali, etc⁴⁶. Per di più, all’*harm principle* viene rimproverato il fatto

⁴⁶ Negli USA è denominata appunto *broken windows theory* l’impostazione per cui fatti capaci di generare disordini vanno proibiti per non aprire la strada alla commissione di gravi crimini. Essa ha trasformato una serie di *quality-of-life offences* da meri fattori di disturbo in *positively harmful*

di non dare adeguatamente conto del significato di disprezzo per il valore degli altri, che si ravvisa comunemente nei fatti di reato. Tali critiche inducono alla ricerca di correttivi o integrazioni al più classico fondamento del diritto penale liberale.

La studiosa descrive un rapporto speculare tra il modo di intendere gli elementi essenziali per una *good life* e la comune percezione del crimine come fatto che li mette a repentaglio. Identifica, poi, tali elementi essenziali in benessere, autonomia⁴⁷ e rispetto per le persone in quanto soggetti uguali in dignità e valore⁴⁸: benessere e autonomia sono inquadrati come dati fattuali, che rappresentano quel che ciascuno vuole per sé dalla vita; il rispetto, invece, assume un carattere normativo e relazionale, esprimendo quel che si vuole dagli altri a conferma della percezione di sé quale membro di una comunità di uguali.

Poiché il *crime* è chiamato a riflettere e proteggere la vita buona, allora esso va costruito in termini a questa paralleli e, quindi, incentrato su una dimensione fattuale ed una normativa: la prima tutela gli interessi a *welfare* ed *autonomy* ed è governata dall'*harm to others principle*; la seconda esprime l'aspetto morale guidato

conducts, per la ritenuta attitudine a contribuire alla commissione di reati del massimo allarme sociale, come l'omicidio o la rapina a mano armata (cfr. J.Q. WILSON-G.L. KELLING, *Broken Windows*, in *Atlantic Monthly*, Mar. 1982).

⁴⁷ In proposito, la Davis dissente espressamente da chi punta sulla sola autonomia, intesa come *capacity or functioning* ed elevata a fonte del valore attribuito da ciascuno ai propri *welfare interests* (cfr.: J. GARDNER, *On the General Part of the Criminal Law*, in R.A. DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 205 e 242 e s.; J. RAZ, *Autonomy, Toleration and the Harm Principle*, in R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 413 e ss.). L'Autrice fa notare che, in quest'ottica, sono considerate dannose solo le compromissioni del benessere non passeggero, ma riduttive della futura capacità di scelta (così J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to others*, I, Oxford: Oxford University Press, 1984) e segnala come ciò comporti un'indebita sottovalutazione del peso attribuito al *welfare*. Autonomia e benessere vanno, dunque, parimenti sostenuti, perché la mancanza o insufficienza di un aspetto non può essere compensata dal potenziamento dell'altro, come dimostrano i casi del soggetto benestante, ma schiavo e della donna libera, ma priva dei mezzi per sostentare sé e la prole (J. DAVIS, *op. cit.*, p. 172 e ss.).

⁴⁸ La nozione di dignità qui considerata è quella normativa dell'*inherent worth* che compete a tutti gli esseri umani in quanto tali. Del resto, la dimensione fattuale – in termini di *state of existence or conduct* caratterizzato dall'assenza di percepite umiliazioni o degradazioni – è salvaguardata tramite della difesa del benessere e dell'autonomia (J. DAVIS, *op. cit.*, p. 177).

dall'*human dignity principle*, che impone l'uguale rispetto per il prossimo. A sua volta, la pretesa di rispetto investe sia la disposizione mentale che la condotta dei terzi così da essere collegata tanto alla colpevolezza (*fault*) quanto al fatto tipico (*wrongdoing*). Il *principle of justice* viene, poi, a trasformare l'istanza di rispetto reciproco in regole di condotta che veicolano il messaggio della pari dignità, imponendo di trattare in modo simile casi simili ed uguale casi uguali. Di conseguenza, il diritto penale, poiché informato a criteri di giustizia, deve imporre a ciascuno il dovere di trattare con uguale considerazione gli altrui interessi fondamentali e sanzionare, invece, il ricorso a inganno, violenza o coercizione.

Alla luce di questo *good life model of the criminal law*, l'opzione criminalizzatrice è giustificata solo per condotte che infrangano sia l'*harm to others principle* sia l'*equal respect for others principle*: il principio del danno dà concretezza all'istanza morale, spiegando che l'uguaglianza dei consociati si traduce in uguale importanza dei rispettivi interessi all'autonomia ed al benessere; il principio dell'uguale rispetto, comprendendo l'atteggiamento psicologico, porta a definire il reato come condotta produttiva di *harm to others* che esprima, al contempo, una consapevole mancanza di rispetto. Pertanto, il modello pone un *duty of equal justice* a carico di ogni individuo e limita la risposta punitiva dello Stato, esentandone fatti incoscienti e comportamenti – pur discutibili come il lancio del nano – che siano manifestazione di autodeterminazione individuale e non rechino danno all'autonomia ed al benessere di terzi.

All'apparenza, la sofisticata costruzione in esame specifica il principio del danno e lo mette in relazione con quelli di uguale rispetto e di giustizia, nell'intento di rendere più stringenti i limiti alla criminalizzazione. A ben guardare, però, la teoria mantiene assai meno di quel che promette. Infatti, la manovra di restringere la dimensione fattuale dell'*harm*, facendo riferimento a ciò che compromette il benessere o l'autonomia, fallisce, se si considera quanto siano ampi i presupposti di *welfare* ed *autonomy* individuati dalla stessa Davis⁴⁹. Poiché il bene finale –

⁴⁹ Segnatamente, il primo ha alla base la necessità di salute fisica, mentale ed emotiva, beni e ricchezza, reputazione, istituzioni e servizi, sostegno sociale, un ambiente sicuro e salutare; la seconda si fonda sul desiderio di definire il proprio modello di vita buona nonché di scegliere quando, dove e come perseguirlo e dipende sia dalle capacità individuali che dalle opportunità offerte dal contesto.

autonomia o benessere – non può realizzarsi senza che ne vengano assicurate le condizioni, ecco che la dimensione del danno torna ad espandersi in modo incontrollato.

Sul fronte dei cosiddetti limiti morali, l'*equal respect for others principle* è chiamato a spiegare la sua forza contenitiva nel senso di precludere l'incriminazione di condotte che non compromettano gli interessi fondamentali di terzi e non esprimano, al contempo, uno stato mentale (*attitude*) di *conscious failure of respect*. La prima precisazione può essere utile più che altro nella prospettiva del moralismo giuridico, atteso che, in quella liberale, l'incriminabilità delle condotte esclusivamente *self-regarding* è già esclusa, per definizione, dall'*harm to others principle*. L'altro aspetto – quello dello stato mentale di consapevole mancanza di rispetto – suggerisce un ritorno a quella concezione psicologica della colpevolezza da tempo superata dal pensiero continentale per le note inadeguatezze, specie per l'incapacità a ricomprendere la colpa ed a tenere conto delle motivazioni dell'agire⁵⁰. Invero, nell'ambito del *common law* la colpa è tradizionalmente lasciata fuori dalla *mens rea*, sicché l'accoglimento dell'impostazione qui in esame produrrebbe solo il benefico effetto di sollecitare l'espunzione dei numerosi casi di responsabilità obiettiva ancora contemplati. Nei sistemi di *civil law* dell'Europa continentale, invece, dovrebbe mettersi in discussione l'intera disciplina del reato colposo, finalizzata alla salvaguardia di beni d'alto rango. Bisogna, però, considerare che la concezione normativa della colpevolezza e l'intera teoria del reato colposo non sono mere costruzioni dogmatiche, bensì il riflesso di un atteggiamento culturale e sociale in una certa misura solidarista, che richiede ai consociati non solo di non recare volontariamente danno a terzi, ma anche di esercitare – nei limiti delle proprie possibilità – poteri di attivazione e controllo per scongiurare danni evitabili. Finché permarrà – purtroppo o per fortuna a seconda dei punti di vista – una tale disposizione generale, è inverosimile pensare a un'inversione di marcia. Tanto più che non sembra essere questo il *trend* neppure a livello internazionale, laddove, ad esempio, lo Statuto della Corte Penale Internazionale contempla anche la colpa tra i criteri di imputazione della responsabilità.

⁵⁰ Sulla concezione psicologica della colpevolezza, si rinvia, nella manualistica, a G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale, cit.*, p. 318 e ss.

Nel complesso, quindi, non può dirsi che la teoria esaminata fornisca spunti significativi per l'evoluzione di un diritto penale liberale.

9. Segue: giustificazione di una teoria neo-retributiva della pena

Sempre nell'ottica prettamente penalistica, Jean Hampton fa leva sulla dignità non per rivedere i criteri di legittimazione dell'intera disciplina, ma asseritamente al più limitato scopo di fondare una teoria neo-retributiva della pena⁵¹. La giusfilosofa statunitense colloca la *theory of punishment* nell'ambito della *retributive justice*, che ruota attorno all'ingiustizia delle azioni piuttosto che dei danni ed ha per scopo non la compensazione della vittima, ma *to right the wrong*. Il significato di quest'ultima espressione risulterà chiaro nel prosieguo.

Per cominciare, sono definite *wrongful* le azioni violative dello *standard* morale consono alle circostanze. Tra le *wrongful actions*, risultano meritevoli di risposta retributiva solo quelle che rechino affronto alla dignità od al valore di una vittima terza, così cagionando *moral injury*. A sua volta, la dignità è prospettata nell'accezione kantiana dell'uguale valore intrinseco legato alla natura razionale, da cui discende l'obbligo di tributare uguale rispetto ai propri simili. Essendo intangibile l'essenza della dignità, la *moral injury* inflitta dal reato non consiste nel degrado, ma nell'apparenza di degrado dell'*human worth* (*diminishment* o *loss of value*) in conseguenza di una azione immorale⁵². Tale apparenza va vista nell'ottica dei *members of the moral community*, che ben potranno ravvisarla anche in assenza di pregiudizio per il soggetto passivo⁵³ o, al contrario, escluderla anche in presenza di comportamenti dannosi e non conformi agli *standard* adeguati⁵⁴.

⁵¹ Cfr.: J. HAMPTON, *opp. cit.*

⁵² La *moral injury*, quindi, ha un carattere oggettivo da valutare alla luce dei canoni della comunità di riferimento e non si identifica né col danno né con una qualche forma di turbamento psicologico della vittima. A quest'ultimo proposito, è espressamente specificato che un qualche *psychological pain* non è sufficiente né necessario perché alcune vittime – come i soggetti in coma – potrebbero non percepire l'affronto, mentre altre potrebbero risultare eccessivamente suscettibili.

⁵³ La Hampton offre gli esempi della vittima di stupro che non percepisca la violenza e del bersaglio di un fallito attentato che non si sia reso conto di essere stato preso di mira.

⁵⁴ Si fanno i casi dell'uomo affamato che rubi del cibo e dell'automobilista inesperto, distratto o troppo fiducioso nella propria abilità che danneggi un altro veicolo.

In questo quadro, l'offesa proietta il suo significato sia nella dimensione della vittima – che subisce un affronto alla realizzazione od al riconoscimento della propria dignità – sia in quella del reo, che propone una falsa rappresentazione di sé come superiore alla persona colpita. Questa *misrepresentation of value* – implicita nelle *moral injuries* – viola i diritti, minaccia di consolidare nella comunità ingiuste discriminazioni, genera paure e preoccupazioni nei soggetti incisi ed in chi si trovi nelle stesse condizioni e suscita spirito di emulazione in chi ritenga che l'elevazione di sé passi attraverso l'umiliazione degli altri. Quanto detto vale pure per quei *crimes* che – a differenza, ad esempio, dell'omicidio o della violenza sessuale – non hanno per obiettivo la degradazione della vittima, ma esprimono comunque la sovrastima degli interessi del reo rispetto a quelli altrui, come accade pure nel furto più banale⁵⁵. Siffatte ingiustizie vano corrette ed è questo il senso del *to right the wrong*.

La retribuzione è, quindi, la risposta – non necessariamente penale⁵⁶ – all'illecito, tesa a riaffermare il valore della vittima e respingere la pretesa di superiorità del *wrongdoer*⁵⁷. Per riaffermare l'uguaglianza delle persone, non basta la mera asserzione scritta od orale dell'*equality of worth* da parte di un giudice o di una giuria, ma si rende necessario un *quid pluris*, che non è agevole predeterminare per la difficoltà di strutturare reazioni, non ispirate dall'odio, che siano atte a riequilibrare la posizione dell'offeso senza ridursi alla legge del taglione e senza calpestare l'offensore⁵⁸. In ogni caso, assolvendo la pena anche a scopi di deterrenza ed

⁵⁵ L'Autrice pensa alla sottrazione clandestina di un libro da una biblioteca universitaria: poiché il furto impedisce ai frequentatori di accedere alla risorsa, il messaggio implicito è che il ladro stima i propri bisogni – e quindi il proprio valore – superiori a quelli altrui; tanto giustifica una reazione a quel comportamento, purché proporzionata alla limitata mancanza di rispetto evidenziata dal fatto.

⁵⁶ Talvolta, infatti, possono bastare rimedi risarcitori civilistici e persino il «porgere l'altra guancia», sempreché, nelle circostanze considerate, producano l'effetto di annullare il messaggio di superiorità che il *wrongdoer* avrebbe voluto lanciare.

⁵⁷ In ciò è stato visto un segno di continuità con il pensiero greco antico e quello dei padri della Chiesa, per il quale la pena era volta a colpire la *hybris*, intesa come comportamento non conforme alla gerarchia sociale (J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, cit., p. 21 e ss.

⁵⁸ Al riguardo, è riportata l'esperienza di alcuni programmi per *sex offenders* applicati negli USA ed in Gran Bretagna, dove i condannati – divisi in piccoli gruppi e seguiti da un terapeuta – sono costretti ad ascoltare le parole e le accuse di vittime di reati sessuali e sono impegnati in giochi di ruolo, in cui

educazione morale, è possibile che ciò porti, talvolta, ad infliggere sanzioni diverse da quelle raccomandate da un'impostazione retributiva.

Il ragionamento suscita una serie di riflessioni.

Per quanto la Hampton proclami di non volersi impegnare sul fronte delle scelte di criminalizzazione, si deve rilevare che la sua *theory of punishment* si presta a funzionare solo a supporto di un diritto penale che concepisca il reato come offesa morale alla dignità. Infatti, senza *moral injury* non ci sarebbe vittima da riscattare né colpevole da ridimensionare e, quindi, non potrebbe profilarsi la risposta retributiva nei termini delineati dalla studiosa. Si pensi alla discussa categoria dei reati senza vittime: se si sostiene che dette fattispecie non sono meritevoli di sanzione perché non hanno degradato nessuno, non si sta discutendo della funzione da attribuire o della conformazione da dare alla pena bensì dell'opportunità dell'intervento penale. La stessa filosofa, del resto, si sofferma a lungo sui presupposti del *system of punishment* e ravvisa nell'offesa morale la base del comportamento punibile. Preso atto di avere a che fare, quindi, con una *theory of crime* di stampo etico piuttosto che con una mera *theory of punishment*, si può comunque ragionare se essa non offra spunti interessanti anche in prospettiva *liberal*.

In proposito, la definizione delle *wrongful actions* in termini di violazione di uno *standard* morale è sicuramente incompatibile con l'idea liberale che al diritto sia precluso il sindacato del foro interno, potendosi realizzare la protezione di beni e interessi con la prescrizione di regole di comportamento sociale.

Si potrebbe, comunque, pensare di restringere l'*harm* penalmente rilevante, richiedendo per la sua integrazione, oltre all'offesa di un bene o interesse, anche l'affronto alla dignità di terzi, da valutare col metro dei *members of the moral community*. Tuttavia, il requisito aggiunto dell'offesa alla dignità limita ben poco se dilatato – come fa la Hampton – fino a ricomprendere anche i fatti più banali. Per di più, l'indicato parametro valutativo della comunità appare troppo aleatorio ed indeterminato per essere veramente d'aiuto. Ad esempio, la studiosa non ravvisa negazione dell'altrui valore nella condotta dell'automobilista che cagioni

devono assumere la parte della donna che hanno violentato. Tali dinamiche hanno lo scopo di confermare l'importanza della vittima, mettendo i detenuti a contatto con i sentimenti di rabbia, dolore e frustrazione provocati dagli atti criminali commessi.

involontariamente un incidente, ma non è difficile argomentare diversamente e concludere che la mancanza di rispetto consista nell'affrontare un'attività notoriamente pericolosa senza la dovuta attenzione od esperienza; v'è, poi, da chiedersi se il giudizio della filosofa resterebbe il medesimo – cosa che, a rigore, dovrebbe accadere, essendo la teoria incentrata sull'azione – ove la condotta negligente, imprudente o imperita cagionasse eventi lesivi o mortali.

In ogni caso, è più che discutibile che in talune ipotesi, come quelle esemplificate dello stupro e del tentato omicidio, non sia individuabile un *harm* e debba ricorrersi a criteri alternativi di incriminazione.

Ancora, non giova alla chiarezza la costante sovrapposizione – frutto della visione sintetica del reato diffusa nella cultura giuridica angloamericana – tra il piano della tipicità e quello della colpevolezza, cui consegue il carattere indistinto del giudizio sul fatto e sull'autore. Tanto si riflette sullo scopo della sanzione, che non è quello di porre rimedio o prevenire fatti lesivi, ma di riequilibrare pesi e valori tra le persone. Queste ultime, però, non sono ponderabili e, d'altronde, il proposito di «mettere le persone al loro posto può far uscire il peggio di noi», facendo smarrire il senso dei legami di solidarietà e sortendo così effetti negativi tanto sulla vittima quanto su chi amministra il castigo e, quindi, sulla società intera⁵⁹. Infatti, dirigendo le principali preoccupazioni sulla compensazione del male piuttosto che sul recupero del colpevole, si rischia di fomentare l'idea della pena come marchio, che, a sua volta ostacola il reinserimento sociale e spinge alla commissione di altri illeciti. Per di più, è significativo che la Hampton sia in difficoltà nel dare concretezza alla sua teoria della pena⁶⁰ e non prenda posizione sulla *death penalty*.

A catturare l'attenzione v'è anche l'uso ricorrente di termini – come paura (*fear*), degradazione (*diminishment*) e riaffermazione (*vindicating*) del valore, rabbia (*anger*), frustrazione (*frustration*), vergogna (*shame*) – i quali tutti rimandano al potenziamento del ruolo di emozioni, sentimenti e passioni nel diritto. Siffatta prospettiva – al centro di vivace interesse nella letteratura angloamericana – è portata

⁵⁹ J.Q. WHITMAN, *op. ult. cit.*, p. 22.

⁶⁰ Infatti, è addotto un unico esempio di sanzione adeguata, segnatamente quel particolare regime previsto in alcuni Paesi per gli autori di reati sessuali.

avanti soprattutto da comunitaristi⁶¹ e moralisti⁶², ma non risulta estranea a un filone di pensiero che si definisce liberale progressista⁶³. La complessità della questione, la diversità delle impostazioni, la mancanza di accordo in merito al *quid* da valorizzare⁶⁴ e l'economia del presente scritto non consentono una esposizione riassuntiva che non degeneri in banalizzazione e suggeriscono, quindi, di rinviare alla consultazione diretta delle fonti⁶⁵. Tuttavia, non possono essere taciuti alcuni rilievi critici rispetto alla iper-valorizzazione del ruolo delle emozioni nel diritto e segnatamente: la problematicità di trasporre il significato di quanto pertiene alla sfera individuale nella dimensione istituzionale delle logiche e delle reazioni dell'ordinamento; l'opinabilità di certe distinzioni tra emozioni "buone", sulle quali puntare, e "cattive", da giudicare «inaffidabili e inappropriate a fare da guida ad una pratica pubblica»⁶⁶; la difficoltà – se non l'impossibilità – di motivare; il pericolo di passare dal giudizio sulle azioni al marchio d'infamia sulle persone⁶⁷, di discriminare

⁶¹ Per tutti, cfr.: D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Means?*, *cit.*; ID., *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, in *Michigan Law Review*, 96, 1998, p. 1621 e ss.; ID., *The Progressive Appropriation of Disgust*, in *Bandes* (1999), p. 63 e ss.; ID., *Unthinkable Misrepresentation: A Response to Tonry*, *cit.*; M.D. KAHAN-M.C. NUSSBAUM, *Two Conceptions of Emotions in Criminal Law*, in *Columbia Law Review*, 96, 1996, p. 269 e ss.; M.D. KAHAN-E.A. POSNER, *op. cit.*

⁶² Cfr.: P. DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1965; L. KASS, *The Ethics of Human Cloning*, Washington DC: AEI Press, 1998.

⁶³ Cfr.: W. BRENNAN jr., *Reason, Passion, and "The Progress of the Law"*, in *Cardozo Law Review*, 9, 1988, p. 3 e ss.; M.C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2004, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it. a cura di C. CORRADI, Roma, 2007; M.D. KAHAN-M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*

⁶⁴ Basti pensare che alcuni autori esprimono estrema cautela – se non addirittura diffidenza – per quel che altri esaltano in positivo. Ad esempio, Martha Nussbaum ritiene proficuo puntare su rabbia, paura, indignazione, ira e compassione e mette all'indice vergogna e disgusto, sui quali ultimi, invece, Dan Kahan edifica la sua teoria della funzione espressiva della pena (cfr: M.C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*; D.M. KAHAN, *opp. citt.*).

⁶⁵ Si vedano le indicazioni bibliografiche di cui alle note immediatamente precedenti.

⁶⁶ M.C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*, p. 31.

⁶⁷ M.C. NUSSBAUM, *op. cit.*, esprime una preoccupazione del genere con riguardo al senso di disgusto, facendo notare, tra l'altro, come questo «sia stato usato nella storia per escludere ed emarginare gruppi e persone a cui è capitato di incarnare le paure e l'avversione del gruppo dominante nei confronti della propria animalità e mortalità» (p. 32); la stessa mette in guardia sulla possibile degenerazione della

ingiustamente e di ingenerare derive incontrollate. È vero che per arginare i rischi si richiama talvolta la dignità umana come uguale rispetto per l'altro⁶⁸, ma la forza di un principio argomentativo può operare utilmente solo in contesti che, a loro volta, diano la prevalenza al ragionamento. Poiché è noto che gli esseri umani possono essere spinti dalle passioni in modi che sfuggono al loro dominio, il diritto non deve cavalcare, ma stemperare possibili eccessi, prendendo atto del coefficiente emozionale del pensiero piuttosto che andando alla ricerca della componente di pensiero delle emozioni⁶⁹. I principi sostanziali, ancora una volta, possono servire allo scopo. Questi, infatti, partendo da valori, non rinnegano i dati emozionali, ma li mitigano e li fanno confluire in una struttura razionale, che si apre alla ponderazione, alla mediazione ed al confronto, pregio tanto più importante quando si voglia evitare – nell'area "sensibile" della risposta all'offesa – che l'afflittività e la pena degenerino in vendetta ed umiliazione.

10. L'universalizzazione dell'alto rango e lo stretto legame con i diritti nell'impostazione di Jeremy Waldron

Gli invocati tratti di ponderazione, mediazione e riflessione sono alla base dell'indagine costruttivista di Jeremy Waldron, che si tiene lontano tanto dal fondamentalismo di chi fa della dignità il perno solitario di tutta una teoria politica o giuridica quanto dallo scetticismo di chi si limita a considerarla espressione *fine-sounding* che decora la retorica dei diritti umani⁷⁰. Il filosofo americano mira

«vergogna primitiva» in «panico morale», che tramuta gruppi asseritamente devianti – come gli omosessuali – in «bersaglio dei trattamenti aggressivi da parte della polizia e altre autorità» (p. 294 e ss.). Al contrario, D. KAHAN, *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, cit., p. 1651 e s., è esplicito nell'approvare che il disgusto non si diriga semplicemente su determinate azioni, ma sulle persone che, ponendole in essere, dimostrano di essere meritevoli di disprezzo. Questa apertura statunitense all'influenza di *attitude-based e actor-based criminal law systems* è spiegata da G.P. FLETCHER, *op. cit.*, p. 28, con l'assenza dello stigma che tali impostazioni ricevono in Europa dal collegamento col Nazionalsocialismo.

⁶⁸ Così, ad esempio, M.C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*

⁶⁹ È voluta l'antitesi rispetto a M.C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*, p. 25.

⁷⁰ Cfr.: J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley*, in <http://ssrn.com/abstract=1461220>; ID., *Dignity and Rank. In memory of Gregory Vlastos (1907-1991)*,

piuttosto a far emergere il significato del concetto per recuperare il senso di talune conquiste di civiltà e per decodificare prescrizioni altrimenti troppo vaghe. La sua ricerca si sviluppa intorno a due punti focali, segnatamente lo storico legame con rango ed ordine gerarchico, da una parte, e la relazione coi diritti, dall'altra.

Sotto il primo profilo, si fa notare che, in passato, la nozione di dignità si è prestata a rappresentare e proteggere posizioni di vertice, dando espressione a un ordinamento sociale piramidale rispecchiato dal diritto. Basti pensare all'essenze dei nobili da determinate imputazioni od al consolidamento di posizioni di supremazia con l'attribuzione di privilegi e diritti di precedenza legati al rango. Di ciò serba traccia il linguaggio comune, che utilizza il sostantivo "dignità" e l'aggettivo corrispondente per alludere a nobiltà ed eccellenza, a un *quid* che merita onore e rispetto dal punto di vista sociale o morale.

In seguito, l'evoluzione storica ha visto l'affermarsi di spinte egualitarie, che avrebbero potuto orientare tanto verso l'alto quanto verso il basso, estendendo a tutti rispettivamente il trattamento peggiore spettante agli umili o quello più rispettoso riservato ai nobili. Di fatto, il percorso è andato in quest'ultima direzione e la dignità – anche per il tramite degli usi stipulativi che ne sono stati fatti da Kant a Dworkin, incentrati su valutazioni normative inerenti al valore infungibile e non negoziabile di ogni essere umano – è stata usata come vettore per generalizzare gli *standards* di trattamento più elevati e condannare quelli che comportino esplicita e visibile umiliazione⁷¹. Determinati sviluppi – dal riconoscimento generalizzato dell'inviolabilità personale e domiciliare, all'estensione del diritto di voto e della libertà di parola e di coscienza – potrebbero essere spiegati anche in altra chiave, ma la ricostruzione di Waldron mira a enfatizzare come quanto è dato per acquisito dalle società occidentali sia, in realtà, il frutto di una "nobilitazione" tutt'altro che scontata⁷². Il percorso ascendente è passato, di regola, attraverso il riconoscimento

in <http://cat.inist.fr/?aModele=afficheN&cpsid=20108043>; ID., *Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: The Words Themselves*, in <http://ssrn.com/abstract=1278604>.

⁷¹ Per una più puntuale individuazione di quest'alto *standard*, l'Autore suggerisce di fare riferimento al livello più elevato che sia realisticamente suscettibile di generalizzazione universale.

⁷² Il filosofo ha, infatti, cura di sostenere di non aver voluto necessariamente fotografare quanto storicamente accaduto né il modo di intendere che le persone hanno o dovrebbero avere. Si tratta piuttosto di un resoconto interpretativo, nel senso usato da Dworkin di riflessione *a posteriori* sul

di diritti sicché è corretto dire che l'intera impalcatura dei diritti odora di dignità, perché presuppone fiducia nell'idea che l'uomo sia un agente responsabile, in grado di comprendere le norme e conformare ad esse il proprio comportamento. A sua volta, devono tributarsi rispetto e considerazione – e, quindi, dignità – a coloro cui si riconoscono siffatte capacità di intelligenza ed autocontrollo⁷³. Sono, infatti, dette virtù – un tempo considerate aristocratiche – a fondare gli ordinamenti giuridici, i quali si reggono più sull'adeguamento spontaneo degli individui ai precetti che non sulla forza della coercizione⁷⁴.

Al tempo stesso, però, non va trascurato l'aspetto più duro del diritto, che è quello relativo allo *jus puniendi*. Su questo versante, la dignità serve a ricordare che il rispetto per l'uomo non deve mai mancare e che, pertanto, anche la coercizione va esercitata secondo regole e procedure predeterminate e senza distruggere la dignità di chi la subisce, pur quando ciò imponga costi aggiuntivi o si abbia a che fare con soggetti pericolosi, come i presunti terroristi. Tra le più immediate implicazioni di quanto argomentato rientra il divieto di tortura e di altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti, che ormai è parte integrante del diritto positivo nazionale ed internazionale, a riprova del fatto che oggi, anche nell'ambito delle punizioni, lo *standard* generale di trattamento non è parametrato su quel che competeva un tempo al reietto, ma al nobile⁷⁵.

significato di un fatto, di una pratica o di un concetto già affermatosi in base ad altri percorsi (a questo proposito, R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, p. 45 e ss.).

⁷³ Non è di ostacolo a questo modo di vedere il fatto che taluni individui possano essere sprovvisti della capacità di intendere e volere o non abbastanza istruiti o competenti da “maneggiare” direttamente e propriamente gli istituti giuridici. A porre rimedio soccorrono, infatti, gli istituti della rappresentanza e dell'assistenza, che hanno proprio il fine di riequilibrare posizioni deboli (così pure D. LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

⁷⁴ In quest'ottica, rientra tra i modi di rispettare la dignità la previsione di procedimenti amministrativi – che consentano agli interessati di esporre le proprie ragioni – e di rimedi giurisdizionali, che conducano a decisioni imparziali adottate all'esito di un contraddittorio e sulla base di prove legittimamente assunte.

⁷⁵ Waldron rileva giustamente che le insufficienze e contraddizioni dei sistemi reali – dall'uso della tortura nelle carceri di Guantanamo Bay, alle condizioni dei detenuti, alla prassi di infliggere *shocks*

Posta questa cornice, si suggerisce di operare la concretizzazione degli *standards* – tanto di ciò che è dignitoso quanto di ciò che non lo è – sulla base di un senso condiviso di morale positiva già esistente ed operante, che, ad un alto livello di astrazione, riesce a trascendere la diversità culturale. Infatti, persone di diversa fede religiosa – ad esempio, musulmani e cristiani – non hanno la stessa percezione di determinate pratiche, ma possono concordare sul fatto che sia degradante essere costretti a violare le proprie regole fondamentali di castità, modestia o pietà. In fondo, l'ampio consenso internazionale registratosi attorno a una serie di strumenti giuridici sui diritti umani esprime la fiducia dei governi nell'esistenza di punti di convergenza. In questa chiave, gli inevitabili disaccordi non devono spaventare, ma essere intesi come stimoli a portare avanti la discussione.

Il percorso seguito da Waldron ha il pregio di ragionare sulla dignità in modo analitico, di suggerire livelli di trattamento egualitari sempre più elevati, di proiettare sui diritti la luce forte della dignità, di andare alla ricerca di quel che unisce piuttosto che di quel che divide e di promuovere il dialogo. L'invito al confronto, peraltro, è portato avanti nel modo più fattivo, con l'esempio di una esposizione dai toni pacati e di un ragionamento che procede per gradi, con riflessioni che partono da dati di fatto, da percezioni diffuse e dal linguaggio comune, tengono conto dell'evoluzione storico-sociale e arrivano, infine, al livello della politica e della morale.

Raccogliendo l'invito al confronto, viene, però, da rilevare che l'analisi assimila l'aspetto ontologico e quello perfezionistico della dignità, impedendo così di cogliere quella possibile divaricazione delle due istanze, che è all'origine di opposte soluzioni pur basate sulla dignità e che è utile per avere contezza della maggiore o minore forza orientativa del principio.

elettrici agli imputati in aula per correggerne il contegno – non vanno impiegate per rinnegare la teoria, ma per riassetare la prassi.

11. Le concezioni non universalistiche e/o non egualitarie: Martha Nussbaum e la dignità come base per lo sviluppo delle capacità fondamentali

Agli antipodi delle concezioni fin qui passate in rassegna si pongono filoni recenti – attecchiti soprattutto nel mondo angloamericano – che sottendono inclinazioni non egualitarie.

Martha Nussbaum – il cui orizzonte di pensiero si muove tra aristotelismo, marxismo e liberalismo – attribuisce espressamente all’idea di dignità umana un ruolo chiave nella sua concezione politica della giustizia, sostenendo che assicurare a tutti i cittadini un livello adeguato di *capabilities* od *opportunities to function* è condizione necessaria per una vita dignitosa⁷⁶. A partire dall’immagine aristotelica dell’uomo come animale dotato di bisogni che si convertono in capacità di funzionamento⁷⁷, l’idea di base è che il valore inalienabile degli *human beings* dipenda proprio dalle capacità di agire e di impegnarsi. A loro volta, queste capacità muovono da una dotazione naturale (*basic capabilities*), ma vanno coltivate (*internal capabilities*) e necessitano di condizioni esterne che ne consentano e favoriscano l’esercizio (*combined capabilities*). È compito dei governi predisporre le basi economiche, politiche, sociali e culturali perché ciascuno, considerato come fine in sé, abbia almeno il minimo essenziale per sviluppare i propri talenti e realizzare i propri ideali⁷⁸. Si traduce, invece, in un danno alla dignità – icasticamente definito *soul rape* – quanto ostacoli o non favorisca l’*human development and functioning*⁷⁹.

⁷⁶ Il presente paragrafo si rifà principalmente a M.C. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President’s Council on Bioethics*, cit., p. 350 e ss.

⁷⁷ È dichiarata la presa di distanza tanto dal noumeno kantiano quanto dalla *fictio* – sottesa alle teorie del contratto sociale da Locke a Rawls – dell’adulto libero, eguale e competente, membro cooperativo della società per tutta la vita. Al contrario, si evidenzia che i bisogni connotano immancabilmente l’essenza umana e che lo stato di dipendenza appartiene a tutti nell’infanzia e nella vecchiaia e ad alcuni per tutta la vita (cfr. M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. a cura di E. GREBLO, Bologna, 2008, p. 27 e ss. e 108 e ss.).

⁷⁸ La Nussbaum predispose anche un elenco – ritenuto accettabile in prospettiva multiculturale – degli elementi necessari per un funzionamento autenticamente umano. Si tratta di capacità combinate che comprendono: vita, salute e integrità fisica, sensi, immaginazione e pensiero, sentimenti, ragion pratica, appartenenza, altre specie, gioco e controllo del proprio ambiente. Per ogni capacità è, poi,

Per evitare discriminazioni ai danni di soggetti con gravi disabilità mentali, la Nussbaum si preoccupa di rilevare che sono meritevoli di rispetto non solo le capacità razionali, ma tutte quelle che implicano sensibilità al piacere ed al dolore. Sul presupposto dell'insensibilità, nega, poi, la pari dignità ai soggetti in stato vegetativo permanente, ai bambini anencefalici e, in generale, a coloro che non abbiano *capabilities of striving or functioning*, i quali tutti vengono accomunati ad altri animali apparentemente insensibili – come insetti e molluschi – ed alle piante.

La filosofa statunitense trae da questo quadro generale una serie di implicazioni specifiche. Ad esempio, è caldeggiata la depenalizzazione dell'uso di droga e della prostituzione, purché rispettivamente i consumatori e le donne abbiano libertà di scelta e siano informati delle conseguenze del loro agire. È sostenuta la legalizzazione – pare senza restrizioni – dell'aborto, sul presupposto che i feti non abbiano sensibilità, che sia moralmente ammissibile togliere la vita in modo indolore ad animali senzienti senza *future-directed plans* e che, comunque, il divieto di interruzione volontaria della gravidanza discriminerebbe ingiustamente le donne rispetto agli uomini. È affermata, inoltre, la non problematicità morale della ricerca sulle cellule staminali, in quanto sprovviste di sensibilità, e della clonazione, non essendoci motivo per non riconoscere ai cloni la stessa dignità che agli originali.

Nel complesso, è chiaramente riconoscibile la dimensione pratica e dinamica della dignità, impiegata dalla Nussbaum con l'intento di supportare e stimolare politiche redistributive, finalizzate a migliorare le condizioni di vita dei tanti esseri umani mortificati dalla deprivazione, legata non solo alle ristrettezze economiche, ma, più in generale, alla mancanza di opportunità di crescita e pieno sviluppo⁸⁰. Ciononostante, emergono aporie ed insoluti.

individuabile una soglia di livello al di sotto della quale quel funzionamento umano non è accessibile (cfr. M.C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*, p. 71 e ss.).

⁷⁹ Lo sguardo della filosofa è particolarmente attento alla condizione dei disabili – troppo spesso accantonati e non valorizzati dal contesto sociale, anche a prescindere dalle condizioni economiche – e delle donne, svantaggiate da sempre dalla tradizionale ripartizione dei ruoli nella famiglia e nella società (cfr. *op. ult. cit.*, *passim*).

⁸⁰ Così espressamente M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership (The Tanner Lectures on Human Values)*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006, cap. 4 e 5. Del resto, l'approccio alle capacità – proposto come strumento più adeguato per

Anzitutto, è già discutibile che il *discrimen* per l'attribuzione della dignità sia ravvisato nelle capacità sensoriali: se può tacciarsi di arbitrarietà la prevalenza tradizionalmente accordata alla razionalità, lo stesso può dirsi della *sentience*, cui taluno potrebbe proporre di sostituire la mera vitalità od altro. Senza contare che la razionalità – almeno nei termini di idoneità a programmare il futuro – torna alla ribalta quando si giustifica l'uccisione di feti e animali sul presupposto della mancanza di *future-directed plans*. Per di più, non sono individuati i parametri per riconoscere coloro che, in punto di fatto, manchino di sensibilità né viene fornita base scientifica per dimostrare che ne siano effettivamente e totalmente sprovvisti i malati in stato vegetativo permanente od i molluschi, cui i primi vengono sostanzialmente equiparati. In questo quadro, resta senza risposta l'interrogativo se abbiano dignità gli ammalati in coma profondo, gli affetti da *locked-in syndrome*, i feti prematuri od altri soggetti in condizioni limite. Ed anche a voler ammettere che la sensibilità sia criterio discretivo valido e riconoscibile, si apre il problema della considerazione e del trattamento da riservare agli "indegni", se costoro vadano riguardati come mere *res* in balia e nella disponibilità di altri o se beneficino di una qualche garanzia, preoccupazione questa che non sembra affacciarsi nell'argomentare della Nussbaum. Si profila, quindi, il rischio di azzerare la difesa dei più deboli, degli "ultimi", peraltro in mancanza di dati scientifici inequivocabili e sulla base di presupposti logici discutibili.

D'altro canto, qualcuno potrà concordare con le conclusioni della filosofa in punto di uso di stupefacenti, meretricio, aborto, ricerca e clonazione. Qui, però, bisogna distinguere. Infatti, per fondare l'inopportunità di incriminare le prime due condotte è già sufficiente l'*harm principle*, mentre con riguardo ai complessi temi bioetici desta preoccupazione che l'analisi sia condotta e la soluzione raggiunta quasi esclusivamente sulla base di un unico parametro ed in termini non sempre lineari. Con riguardo all'aborto ed alla ricerca sulle cellule staminali, ad esempio, si potrebbe

effettuare i confronti sulla qualità della vita rispetto a quello tradizionale basato sul PIL e come integrativo del linguaggio dei diritti – è stato elaborato dalla studiosa nell'ambito delle attività finalizzate alla preparazione degli *Human Development Reports* del Programma di sviluppo dell'ONU. Per una esposizione di tale prospettiva, M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana, cit., passim*.

notare – seguendo la linea di ragionamento della Nussbaum – che l’embrione non può essere ridotto a un gruppo di cellule, proprio per la sua idoneità a svilupparsi in essere umano; per la clonazione, poi, è difficile scindere il giudizio morale dalla valutazione dei rischi della procedura. Insomma, non è detto che la conclusione sia errata, ma di certo il giudizio di ponderazione è troppo limitato.

Pare, quindi, di poter concludere che la teoria in esame – per i vizi logici, le incertezze applicative e la mancata considerazione delle istanze di protezione e precauzione – non si presti ad essere impiegata quale utile strumento di orientamento né in generale né del diritto penale in particolare.

12. Segue: Alan Gewirth e la proporzione tra dignità innata, diritti umani e capacità d’agire

Produce risultati discriminatori anche l’argomentare di Alan Gewirth⁸¹.

Il filosofo americano – noto per il suo razionalismo etico – ricostruisce il concetto di dignità secondo il modo di procedere che gli è proprio e che definisce *dialectically necessary method*: un metodo dialettico perché basato non su fatti, ma sulle asserzioni che gli agenti sono chiamati a fare e sulle implicazioni che logicamente ne conseguono; necessario perché determinate asserzioni non possono mancare per la loro inevitabile connessione con il contesto dell’agire.

Il dato di partenza è che la morale – e quindi la dignità come qualità morale – è incentrata sull’agire, atteso che tutti i precetti hanno comunque a che fare, direttamente o indirettamente, col modo in cui ci si dovrebbe comportare. Perché l’agire possa essere coronato da successo occorrono due condizioni generali: *freedom* o *voluntariness*, come attitudine a determinarsi consapevolmente avendo conoscenza dei dati rilevanti, e *well-being* o *purposiveness*, da intendersi in termini di capacità di porre degli obiettivi e possesso delle abilità e condizioni necessarie per realizzarli. Se l’agente non è puro istinto, ma è in grado di avere scopi e operare scelte di valore, ne consegue che è dialetticamente necessario dare valore a colui che valuta, cioè

⁸¹ Cfr.: A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *op. cit.*, p. 10 e ss.; ID., *Reason and Morality*, Chicago: University of Chicago Press, 1978; ID., *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago: University of Chicago Press, 1982; ID., *The Epistemology of Human Rights*, in *Social Philosophy and Policy* I, n. 2, Spring 1984, p. 1 e ss.

all'agente. Poi, per non violare il principio di coerenza generale (*principle of generic consistency*), questo valore o dignità – che ogni agente deve logicamente attribuire a sé stesso – va riconosciuto anche agli altri agenti attuali, futuri o potenziali, poiché tutti sono accomunati dalla stessa *purposiveness*. Ne deriva che a tutti gli agenti spettano libertà e diritti necessari per realizzare con successo i propri obiettivi. Ed ecco che, in questo modo, la pari dignità è presentata come l'argomento dialetticamente necessario per fondare l'uguale riconoscimento dei diritti umani.

Il filosofo chiarisce di non legare la dignità al possesso di ragione né ad altre abilità pratiche, bensì alla capacità di avere degli scopi che, in quanto tale, può appartenere sia al saggio che al folle. Ove, però, facciano difetto le capacità minime di controllo, comprensione dei dati rilevanti e riflessione sugli obiettivi, l'attribuzione di dignità e diritti è agganciata al *Principle of Proportionality*, nel senso che segue il grado di capacità di agire. A tale conclusione, si dicono sottese profonde ragioni di uguaglianza sostanziale.

Prescindendo dalle critiche di taglio più filosofico e guardando ai soli risvolti giuridici, si deve rilevare che – specie nel diritto penale – l'accoglimento della teoria di Gewirth porterebbe ad esiti paradossali. Se, infatti, si accettasse che ad una ridotta capacità d'agire corrispondano minori dignità e diritti, allora dovrebbe ammettersi pure – stante la portata generale del principio di proporzione – che l'offesa a soggetti in stato di minorazione sia punita meno gravemente. Insomma, la protezione dell'ordinamento si attenuerebbe proprio con riguardo a coloro che hanno più bisogno di essere tutelati. Un tale approdo contrasta col senso comune, confligge con le ragioni profonde del riconoscimento giuridico della dignità ed è incongruo rispetto agli scopi del diritto penale, che è chiamato ad apprestare tutela rafforzata ai beni giuridici, soprattutto quelli d'alto rango che non possano essere adeguatamente difesi dal titolare.

13. Segue: l'ulteriore sviluppo della teoria di Gewirth in Beyleveld e Bronsword

Di recente le teorie di Gewirth sono state riprese, riviste e specificamente adattate all'ambito bioetico da due filosofi inglesi, Deryk Beyleveld e Roger

Bronsword⁸², i quali condividono l'idea dello studioso di Chicago che la dignità vada riconosciuta, per un principio di coerenza generale, a tutti i soggetti in grado di porre scopi ed effettuare scelte e ribadiscono che questa dignità è fondamento dei diritti umani nonché dei «diritti generici» a quanto necessario per realizzare i propri obiettivi. Il *principle of generic consistency* di Gewirth funge, quindi, da criterio morale con funzione di parametro della legittimità giuridica, perché indica che ogni sistema legale che riconosce i diritti umani deve giudicare legalmente scorrette le azioni violative di tali diritti e dei connessi diritti generici.

Gli autori inglesi dedicano particolare enfasi alla considerazione dell'uomo come soggetto incarnato e vulnerabile, autonomo ma bisognoso di soddisfare una serie di necessità fisiche e morali, capace di concepire l'infinito ma consapevole della propria finitezza e preda per questo di una perenne inquietudine esistenziale. Suggestiscono, quindi, un approccio di tipo precauzionale, che coniuga diritti e responsabilità e punta sulla dignità anche come valore che guida l'agire, nel senso di spingere a coltivare i progetti avendo l'umiltà di riconoscere i propri limiti⁸³.

Ne discende che la dignità è suscettibile di operare – e di fatto opera – su tre diversi fronti: con funzione fondativa e ampliativa dei diritti, come accade negli strumenti giuridici sui diritti umani (*dignity as empowerment*); quale fonte di doveri, divieti e responsabilità, come succede in ambito bioetico ma non solo (*dignity as constraint*); in termini di valore che orienta i giudizi pratici sulla condotta, suggerendo il giusto equilibrio, a fronte delle avversità, tra l'assoluta sottomissione e l'inutile ribellione (*dignity as a value*). Ciò vuol dire che il proclamato riguardo per la dignità impone all'ordinamento di realizzare i presupposti perché sia possibile operare e vedere rispettate scelte libere e informate, che non intacchino i diritti degli

⁸² Cfr. D. BEYLEVELD-R. BRONSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁸³ La prospettiva è quello di un agnosticismo radicale, che non consente di affermare con certezza né l'esistenza di Dio e dell'immortalità né la loro inesistenza. Di conseguenza, l'agente razionale teme che la fine del corpo segni l'annientamento dell'essere e cercherà di resistere alla morte il più strenuamente possibile. Quando, però, diventa chiaro che la resistenza è inutile o lesiva degli eguali diritti di terzi innocenti, l'agente si deve rassegnare all'inevitabile, sperando in un possibile "oltre". Così la speranza in Dio rende inappropriata la disperazione, ma la mancanza di certezza fa sì che l'accettazione del destino sia prova di grande coraggio.

altri; d'altra parte, non esistono diritti senza responsabilità. In questo quadro, l'offesa più grave è quella che si consuma quando siano negate agli agenti le condizioni della libertà di scelta, atteso che l'essenza profonda della dignità ha un carattere dinamico, che risiede proprio nella capacità di controllare le azioni.

Tra *dignity as empowerment* e *dignity as constraint* sussiste, però, un potenziale conflitto che, in concreto, fa della dignità una *doubled edged sword*, una lama a doppio taglio. Infatti, se lo Stato adotta un particolare modo di intendere quel che rende dignitosa la vita delle persone, allora può introdurre regole restrittive dell'autonomia decisionale, così tramutando la dignità in strumento per sovvertire piuttosto che per sostenere la libertà di scelta.

Applicando queste considerazioni alle moderne bioscienze e prendendo atto dei rischi delle nuove tecnologie, Beyleveld e Bronsword ritengono che non guasti un certo spirito conservatore e responsabile, che, però, non può alimentarsi di una dignità statica, sia essa intesa come specchio del voler essere di una società o come obbligo deontologico anche verso sé stessi frutto di una data etica o filosofia. Lamentano, quindi, che i manifesti della nuova bioetica – dalla Convenzione di Oviedo alla Dichiarazione universale sul genoma umano – siano più preoccupati della difesa della sacralità della vita e dell'integrità del genoma che non della protezione dell'autonomia. Per converso, privilegiare la libertà del decidere porta a bandire l'incoerente categoria dei doveri verso sé stessi⁸⁴ e, quindi, a respingere la funzione della dignità quale limite alle attività *self-regarding*. Così, ad esempio, si esclude che ciascuno sia tenuto a mantenersi in vita e si configura piuttosto un dovere di non interferenza dei terzi a fronte di scelte libere e consapevoli; su questa strada si addiène alla legittimazione, tra l'altro, del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria, sia attiva che passiva.

⁸⁴ Non ha senso – si sostiene – configurare una situazione in cui lo stesso soggetto sia, al tempo stesso, gravato e beneficiario di un obbligo, per il semplice motivo che l'obbligato è tale solo finché sceglie di esserlo e che non è chiaro come la stessa persona possa distinguere tra il proprio ruolo di avente diritto e quello di obbligato rispetto ad una medesima posizione. D'altra parte, il tentativo di ricostruire il dovere di rispettare sé stessi in chiave di dovere verso gli altri può funzionare solo ove si aderisca al modello comunitarista, che tende a identificare interessi individuali e collettivi, facendo di ciascuno un amministratore della propria dignità a beneficio degli altri.

Dato il risalto attribuito alla capacità di scegliere, si pone il problema del trattamento da riservare a coloro che non la possiedono in tutto o in parte. Mentre Gewirth propone di riconoscere dignità e diritti in proporzione alle capacità effettive, Beyleveld e Bronsword prescrivono di trattare come capaci di agire tutti coloro che appaiano tali senza che vi sia prova del contrario (c.d. «agenti apparenti»). Ove, però, le posizioni di agenti apparenti solo parziali entrino in conflitto tra loro in maniera tale da non poter essere tutte adeguatamente soddisfatte, allora il principio di precauzione prescrive di evitare il danno più probabile e, quindi, di dare precedenza a coloro che è più probabile siano agenti. Ne deriva l'implicazione che lo *status* morale dei soggetti è proporzionale alla probabilità che siano agenti, indipendentemente dalla specie biologica di appartenenza⁸⁵. Detto altrimenti, è riconosciuto valore intrinseco a tutti i viventi, non potendosi escludere la possibilità che ciascuno abbia capacità di agire, ma la misura di tale valore varia in base a quanto apparentemente ci si avvicini allo *status* di soggetto capace di operare scientemente. È in questa cornice che si collocano, tra l'altro, le questioni relative al trattamento dei malati in stato vegetativo, dei feti e degli embrioni.

Il criterio dell'agire gioca un ruolo determinante anche con riguardo alla possibile selezione delle caratteristiche degli «agenti futuri», cioè di coloro che – come i nascituri – potranno acquistare nel tempo le capacità di comprensione e decisione. Si assume che vi siano nei confronti di tali soggetti gli stessi doveri che sussistono verso gli agenti attuali e che, quindi, vada fatto il possibile per evitare probabili danni. Tanto si traduce nell'indicazione di un vero e proprio obbligo di attuare manipolazioni genetiche a carattere terapeutico volte a prevenire l'insorgenza di affezioni che incidano negativamente sulle caratteristiche rilevanti per l'agire. Lo stesso non può dirsi, invece, per la selezione di doti promozionali del successo in determinati campi, non potendosi presumere che il futuro agente vi abbia interesse⁸⁶. Quanto, poi, a quelle particolari manipolazioni genetiche che potrebbero condurre alla clonazione di esseri umani od alla formazione di chimere, si assume che queste

⁸⁵ Su questa base, gli Autori tracciano una scala dei viventi: al vertice, i soggetti capaci di comportamenti che esprimono razionalità in quanto orientati a valori; a seguire, i soggetti capaci di intelligenza cioè di apprendere dalle esperienze; poi, i soggetti motivati da desideri o sensazioni; all'ultimo gradino tutti gli altri.

⁸⁶ Per rendere l'idea, gli autori fanno il caso della particolare abilità di suonare il violino.

realizzino violazione della dignità solo ove producano limitazioni della libertà e capacità di agire del nuovo essere.

La costruzione teorica appena illustrata si espone a rilievi critici analoghi a quelli già considerati per Gewirth. Vero è che il filosofo americano invoca il principio di proporzione e parla di agenti parziali, mentre Beyleveld e Bronsword fanno appello alla precauzione e discutono di agenti apparenti, ma gli approdi finali sono equivalenti nel graduare lo *status* morale dei soggetti e, quindi, anche la portata e l'intensità dei diritti e della protezione ad essi spettante. Lo spettro del sub-umano, quindi, è anche qui alle porte.

Sotto altro profilo, si nota che la dignità sembra non possedere una dimensione propria per appiattirsi su quella capacità di scegliere, altrimenti esprimibile in termini di autonomia. In tal modo, però, non si dà peso all'esigenza, pur evincibile dagli strumenti giuridici sui diritti umani, di assicurare a ciascuno – ivi compresi i soggetti in situazioni marginali come quella dello stato vegetativo permanente – un nucleo minimo inviolabile. Lascia perplessi anche l'affermato dovere – non la mera facoltà – di intervenire per contrastare alterazioni genetiche che possano incidere sulle caratteristiche rilevanti per l'agire. In un'ottica penalistica, infatti, ciò potrebbe spingere alla criminalizzazione di condotte mediche o parentali di omesso intervento, senza considerare le peculiarità della relazione tra genitori e figli, i costi economici ed rischi della procedura ed il fatto che – a seconda dell'impostazione culturale – l'autonomia decisionale può non essere il valore più importante.

È, invece, da segnalare positivamente l'abilità analitica degli autori nel mettere a fuoco i molteplici e discordanti impieghi della dignità nonché l'aver agganciato – per il tramite del *principle of generic consistency* – la legittimità giuridica al rispetto non solo dei diritti umani, ma anche dei diritti generici. Questi ultimi, poi, sono frutto di una connessione del concetto astratto di dignità con le esigenze dei soggetti reali, opportunamente finalizzata a far sì che la forza e l'autorevolezza del primo dia maggior peso alla necessità di soddisfare le seconde.

14. *Segue: Abraham I. Melden e la dignità come desideratum*

Il tradizionale collegamento tra dignità e diritti umani viene ribaltato da Abraham Melden, per il quale non è la prima a fondare i secondi, ma il contrario⁸⁷.

Lo studioso rifiuta di prendere in considerazione le impostazioni metafisiche per concentrarsi solo sulla dimensione storica e sociale, in cui la dignità e gli aggettivi correlati sono stati e continuano ad essere impiegati per esprimere un giudizio positivo di apprezzamento per chi ricopra una data posizione od abbia particolari meriti. In questo modo, il concetto non individua un *quid* che appartiene invariabilmente a tutti gli esseri umani, bensì un *desideratum*, che, in quanto tale, non è idoneo a costituire il fondamento *a priori* di diritti universali.

Ragionando così, è l'attenzione ai diritti a costituire il presupposto per la promozione della dignità e del valore degli esseri umani, in quanto gli *human rights* rappresentano lo strumento per contrastare quelle situazioni di povertà e quei trattamenti inumani che impediscono o rendono difficile alle persone perseguire modelli di comportamento dignitoso. Vanno, quindi, sostenuti e promossi i diritti umani, che spettano a tutti i *members of the moral community*, la quale, però, non ricomprende quegli appartenenti alla specie umana – come, ad esempio, i sociopatici – con i quali non possono essere instaurate *moral relations*, cioè relazioni di affidamento e fiducia reciproca. Gli esclusi possono essere trattati con cautela – finanche con gentilezza, se rinchiusi per evitare disordini o curarne le patologie – ma non hanno diritti.

La teoria in esame appare in contrasto con le indicazioni che si ricavano dagli strumenti giuridici internazionali, che fanno derivare i diritti dalla dignità e non viceversa. Inoltre, è messa fuori gioco quella nozione di dignità innata che, oltre a vantare una millenaria tradizione, appare fortemente radicata nella percezione diffusa, specie occidentale. A tale eliminazione consegue la limitazione dei soggetti titolari dei diritti, risultato questo praticamente pericoloso prima ancora che teoricamente controvertibile. Infatti, negare a determinati *human beings* – la cui identificazione, peraltro, riposa su criteri del tutto indeterminati – la qualifica di *moral agents* significa riaprire le porte alla categoria sub-umano e legittimare la

⁸⁷ Cfr. A.I. MELDEN, *Dignity, Worth, and Rights*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *op. cit.*, p. 29 e ss.

costruzione di un diritto del nemico, nell'ambito del quale la repressione penale, resa più agile dal venir meno delle garanzie, spiegherebbe un ruolo predominante e prevaricatore. L'argine a rischi di tal fatta è da ravvisare nelle carte dei diritti, che riconoscono dignità a tutti i membri del consorzio umano, e soprattutto nella cultura dei popoli, che sappia tradurre in pratica i principi solennemente enunciati.

15. La dignità come moderna virtù

È comune a diversi autori guardare alla dignità anche come virtù, ma alcuni puntano su questa prospettiva in via esclusiva. È il caso di Michael Meyer, che ravvisa nella dignità una virtù moderna, da affiancare a quelle tradizionali del mondo antico – ossia coraggio, temperanza e giustizia – attualmente oggetto di rinnovato interesse⁸⁸. Il tratto virtuoso è quello classico che esprime la ricerca del giusto mezzo e punta al perfezionamento morale dell'individuo, mentre il carattere di modernità è dato dallo scarto rispetto all'elitarismo delle virtù tradizionali, segnato dal tendere alla libertà ed all'uguaglianza di tutti gli *human beings*.

La dignità come virtù è una disposizione del carattere che contribuisce al bene morale ed al comportamento etico, trovando il giusto mezzo tra l'eccessiva umiltà – che scade nella poca o nulla considerazione di sé e, quindi, nella degradazione – e l'orgoglio altezzoso, che si traduce in ingiustificato senso di superiorità. Più esplicitamente, il *submissive man* è tanto disposto a cedere che la mera titolarità formale dei diritti non basta a porlo al riparo dall'umiliazione; l'altezzoso è talmente abituato a dare per scontato il rispetto della propria posizione che avverte come degradante già il fatto di doverla rivendicare; il virtuoso, infine, è colui che ha giusta percezione del proprio valore ed ha, pertanto, il coraggio e la forza di lottare per l'affermazione dei diritti, come hanno fatto Gandhi e Luther King.

Siffatta impostazione – guida interessante del comportamento individuale – è suscettibile di produrre esiti illiberali se trapiantata nel mondo del diritto ed usata, ad esempio, quale parametro di interpretazione degli strumenti normativi in tema di

⁸⁸ M.J. MEYER, *op. cit.*, p. 195 e ss., e ID., *Dignity, Rights, and Self-Control*, in *Ethics* 99, April 1989, p. 520 e ss. Il contesto è quello di un'etica delle virtù, a proposito della quale si rinvia – per una panoramica di sintesi e riferimenti bibliografici – a R. MORDACCI, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Milano, 2003, p. 173 e ss.

dignità. Se si ritenesse, infatti, che la comunità internazionale ed i vari Stati abbiano assunto l'obiettivo di difendere e promuovere la dignità come virtù dei consociati, si potrebbe arrivare a legittimare il ritorno allo Stato etico, con tutte le conseguenze che ciò comporta, anche in termini di conformazione del diritto penale. Volendosi escludere un tale risultato – che, peraltro, non sembra essere negli intenti di chi propone la teoria in discorso – è meglio prendere le distanze, almeno sotto il profilo giuridico, dall'equazione che identifica la dignità con una virtù.

16. La prospettiva antropologica

Nel condurre una panoramica ad ampio raggio sui diversi modi di intendere la dignità, va dato spazio anche alla prospettiva antropologica, che filtra non di rado nelle applicazioni giurisprudenziali.

In particolare, Rhoda Howard definisce la «dignità umana come la particolare comprensione culturale dell'intimo valore della persona umana e delle sue relazioni politiche con la società»⁸⁹. Parlare di «comprensione culturale» vuol dire che il concetto non identifica il diritto al rispetto che compete ad ogni essere umano in quanto tale, bensì uno *status*, che si consegue, per nascita o per meriti, in base a valori, tradizioni e norme sociali e che viene negato a chi non si conformi alle regole di comportamento prestabilite. Poiché le società orientate alla protezione dei diritti sono un prodotto relativamente recente della tradizione liberale e poiché la dignità umana «non è privata, individuale, o autonoma», bensì «pubblica, collettiva, e prescritta dalle norme sociali»⁹⁰, ne consegue che diritti e dignità non si pongono necessariamente in rapporto armonico. Può accadere, così, che il comune sentire giudichi dignitoso quel che appare ingiusto o discriminatorio alla luce di un *human rights approach* e viceversa⁹¹.

Si tratta di una rappresentazione descrittiva e non normativa, che consente di inquadrare la dimensione della dignità cui si appella la giurisprudenza per contrastare

⁸⁹ R. HOWARD, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁰ R. HOWARD, *op. cit.*, p. 84.

⁹¹ Si pensi, per esemplificare, al ruolo della donna lavoratrice, stimato apprezzabile e meritevole di tutela in una cultura dei diritti, ma persino disonorevole al metro di talune culture tradizionali.

– come nel caso dei *peep-shows*⁹² o del lancio del nano⁹³ – talune pretese individuali di esercizio di diritti in contrasto col sentire diffuso. Naturalmente nella richiamata comprensione sociale confluiscono non solo idee e concetti, ma anche quel coacervo di emozioni, percezioni e sentimenti che concorre alla definizione del valore della dignità. Ciò spiega la forza con cui tale nozione a base collettiva viene imposta, pur in assenza di analitica ed attenta motivazione.

17. Le dimensioni storiche della dignità umana secondo Stamatois Tzitzis e la critica alla concezione post-moderna

Coniugando comprensione sociale e percezione psicologica, prospettiva sincronica e diacronica, Stamatois Tzitzis – nutrito di una solida cultura classica, rivisitata alla luce della moderna sensibilità europea – propone una ricostruzione delle nozioni di dignità succedutesi nel tempo per poi posare il suo sguardo critico sugli impieghi recenti e sul significato giuridico e morale che assumono⁹⁴.

Partendo dal presupposto che la nozione di dignità valga a situare l'essere umano nel mondo etico, politico e giuridico, lo studioso distingue, nel volgere dei secoli, tra dignità degli antichi, dignità dei moderni e dignità post-moderna.

La prima – avvertita nella realtà politica e sociale del mondo classico ed espressa, in una forma peculiare, dall'epicureismo e dallo stoicismo – è basata sui meriti del cittadino o del saggio⁹⁵. Compendiata dal *suum cuique tribuere*, essa si avvicina all'ideale di giustizia e può essere invocata per giustificare, nel diritto penale, sanzioni di impronta retributiva anche assai severe, fino alla pena di morte.

⁹² Cfr. *infra*, cap. VI, § 11.

⁹³ Cfr. *infra*, cap. VI, § 1.

⁹⁴ Si vedano: S. TZITZIS, *Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2009, p. 202 e ss.; ID., *Meurtre d'enfant. De l'appropriation à la destruction*, in *Revue pénitentiaire*, 2009, n. 1, p. 239 e ss.; ID., *De la valeur de l'autre à l'autre comme Valeur*, cit.; ID., *La dignité dans la Déclaration universelle des droits de l'homme à la lumière de l'égalité et de la liberté*, in *Revue Aspects, Hors série*, 2008, p. 17 e ss.; ID., *Droits de l'homme et droits culturels historiques*, in *Annuaire International des Droits de l'Homme*, 2008, vol. III, p. 71 e ss.; ID., *Stigmates du corps et dignité personnelle*, in *Revue Hellénique des Droits de l'Homme*, 2004, n. 21, p. 57 e ss.; ID., *Corps meurtri, dignité blessée*, in *Riv. int. fil. del dir.*, 2002, p. 565 e ss.

⁹⁵ In proposito, si rinvia a quanto esposto al cap. I, § 2.

La dignità dei moderni – radicata nel Cristianesimo e sviluppata dall’Umanesimo rinascimentale e dall’Illuminismo – è connotata da un afflato filantropico ispiratore di rispetto per l’uomo in quanto tale e, di riflesso, per tutte le sue incarnazioni. A sua volta, questo rispetto è alla base della democrazia e fonda il pari riconoscimento dei diritti umani, che competono ad ogni membro dell’umanità, ivi compreso chi sia caduto nel reato. Ciò vuol dire che spetta anche al delinquente una sfera inviolabile, che è di ostacolo, tra l’altro, all’assoggettamento alla schiavitù come alla tortura, ai lavori forzati e ad ogni sorta di trattamento degradante.

Infine, la dignità post-moderna è stata consacrata principio generale di diritto dagli strumenti giuridici internazionali sui diritti umani e sui crimini contro l’umanità nonché dalle costituzioni del secondo dopoguerra. Essa si è allontanata definitivamente dalla trascendenza di un Dio del quale l’uomo è immagine, per rinviare piuttosto all’assoluto della persona umana come creatrice, nel bene e nel male, di storia e di cultura. Dopo la lezione dolorosa dell’ultimo conflitto mondiale, questa dignità spiega il ruolo di principio ontologico di protezione e promozione del corpo e della vita umana, che acquista così una nuova e laica dimensione sacrale, oggi alla base, tra l’altro, del rifiuto europeo della pena di morte come delle prese di posizione della Corte EDU per migliorare le condizioni carcerarie. Più in generale, la post-modernità non concepisce vera democrazia né Stato di diritto senza che il rispetto della dignità sia posto come parametro di legittimità del diritto.

A costituire l’anello di congiunzione tra le dimensioni del concetto finora esaminate è il rapporto dinamico tra la dignità intrinseca uguale per tutti e l’identità di ciascuno, che risente dei valori culturali e delle peculiarità di ogni individuo. Tale rapporto è mediato da una morale religiosa laicizzata, che vede la giustizia come immanente all’ordine naturale di cui l’uomo fa parte. Oggi, quindi, la dignità racchiude ed esprime l’uguaglianza di tutti gli appartenenti alla specie – che comanda rispetto per l’altro – e la libertà di ognuno di comportarsi e giudicare secondo i valori che ritenga di condividere. Nei confronti di libertà ed uguaglianza, però, la dignità si colloca ad un livello superiore, perché è l’*αρχή* dell’universo dei diritti fondamentali, il principio creatore e organizzatore che non tollera restrizioni né limitazioni e si afferma indipendentemente dalla volontà dei singoli titolari, che non possono rinunciarvi.

Ciò posto, il giurista e filosofo si premura di segnalare quelle che giudica le trappole e le distorsioni dell'odierno modo di intendere la dignità.

Egli lamenta come l'attenzione eccessiva al corpo – che pure ha il merito di porre la questione fondamentale dell'attentato alla dignità per ogni mortificazione della sfera fisica – finisca per portare cura solo sui diritti, mettendo da parte doveri, valori e lo stesso bene della vita, che si ritiene talora di poter sacrificare in nome del diritto di autodeterminazione sul corpo, come dimostrano le istanze di legittimazione dell'aborto, del suicidio assistito e dell'eutanasia. Andrebbe dato maggior peso, invece, a quell'intimo dissidio tra dimensione tragica e dimensione eroica che connota l'essere umano, rendendolo capace di compiere il proprio destino. Questa speciale capacità fa emergere il ruolo della dignità come la virtù di chi segue liberamente il cammino tracciato dalla natura. Per converso, puntare i riflettori solo sulla dimensione materiale dà il pretesto al potere pubblico per introdurre una dicotomia tra l'essere dell'uomo e le sue azioni, ingerendosi così nell'intimità e nelle scelte dei singoli, come nei casi – ormai famosi – del lancio dei nani e delle pratiche sadomasochistiche⁹⁶.

⁹⁶ Le vicende meritano di essere ricordate. Il c.d. lancio dei nani era una pratica in voga in alcuni *clubs* francesi, i cui avventori si sfidavano appunto a lanciare più lontano possibile un nano, quasi fosse un proiettile vivente. I sindaci di alcune delle cittadine interessate avevano emanato appositi bandi di divieto, la cui legittimità era stata contestata, tra gli altri, da uno dei nani, il quale sosteneva di aver partecipato per libera scelta a quell'attività, in mancanza della quale si sarebbe trovato nuovamente senza impiego. Mentre in primo grado si era ritenuto che non esistessero validi motivi giuridici per vietare gli spettacoli, il *Conseil d'État* è stato di contrario avviso ed ha confermato le impugnate ordinanze sul presupposto che il rispetto per la dignità umana rientrasse nella nozione di ordine pubblico e andasse, quindi, tutelato dall'autorità municipale. In altri termini, si è ritenuto che i nani avessero compromesso la propria dignità e, così facendo, quella degli uomini in generale come intesa nella Francia contemporanea (*Conseil d'État* (October 27, 1995) req. nos. 136-727 (*Commune de Morsang-sur-Orge*) e 143-578 (*Ville Aix-en-Provence*)). Si è fatta, quindi, prevalere la dimensione oggettiva della dignità elevata a componente di ordine pubblico rispetto a quella soggettiva percepita dal diretto interessato. Lo stesso è accaduto nel caso inglese del sadomasochismo, dove la questione ruotava attorno alla possibilità di invocare il consenso dei partecipi adulti come *defence* per giustificare fatti costituenti altrimenti reato di *assault* o *wounding* commesso durante le pratiche sessuali (*R v Brown* [1993] 2 All ER 75 and ss.). La *House of Lords* si è espressa in senso negativo, sostenendo che il diritto penale è chiamato a proteggere la società con i suoi valori, tra i quali non rientra la libertà di dare sfogo a istinti violenti. La quota soggettiva della dignità è, però, trapelata

Tzitzis ravvisa, quindi, una cesura tra il significato psicologico ed etico della dignità – rispettivamente percezione di sé e virtù che dovrebbe ispirare la condotta – e gli impieghi giuridici, che non dovrebbero sovrapporre all'autopercezione di ciascuno modelli precostituiti ed esterni, compendiabili nell'ordine pubblico di un determinato sistema. Per Tzitzis, definire la dignità come componente dell'ordine pubblico significa, infatti, attentare alla libertà di pensiero e di azione e così spersonalizzare l'uomo. Il vero ruolo della dignità è quello di indurre a vivere secondo l'ordine naturale e rispettare l'altro, nel cui volto devono leggersi i segni della comune umanità. In questo modo, l'Autore chiude il cerchio tra vecchio e nuovo, raccordando un'etica della virtù, che si richiama alla filosofia antica, con l'etica dell'altro, frutto dell'esistenzialismo moderno, specie di Lévinas⁹⁷.

Affascina la capacità dell'Autore di tracciare un suggestivo affresco, cogliendo linee di continuità e tratti di discontinuità nei secoli. Più di un passaggio, tuttavia, si espone a critica.

Per cominciare, colpisce il richiamo alla virtù di adeguarsi alla natura, se si considera che, nell'epoca che stiamo vivendo, i progressi della scienza e della tecnologia rendono sempre più incerti i confini tra naturale ed artificiale ed allontanano l'idea stessa dell'esistenza di un ordine naturale.

Sotto altro profilo, può revocarsi in dubbio che la valorizzazione del corpo faccia mettere da parte valori più importanti e contribuisca alla perdita di senso della vita. Una chiave di lettura alternativa potrebbe essere quella di vedere nella maggiore considerazione della dimensione fisica un approccio alla persona più completo di quello precedente, che era incentrato sull'astrattezza di modelli idealtipici o

nell'opinione di minoranza, ben espressa da *Lord Mustill*, secondo cui «lo stato non dovrebbe interferire con il diritto dell'individuo di vivere la vita come desidera se non nella misura strettamente necessaria per assicurare un bilanciamento adeguato tra gli interessi particolari dell'individuo e quelli generali del gruppo sociale». Tale opinione dissenziente ha dato spunto agli imputati per fare appello alla Corte EDU, che, però, si è espressa a maggioranza contro i ricorrenti, sul presupposto che la protezione della vita privata di cui all'art. 8, comma 1, della Convenzione «significa protezione dell'intimità e dignità di una persona, non protezione della sua bassezza o protezione dell'immoralità penale» (*Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom*, (1997) 24 EHRR 39).

⁹⁷ Cfr. tra l'altro: E. LÉVINAS, *Alterità e trascendenza*, a cura di P. HAYAT, Genova, 2006; ID., *Dall'altro all'io*, a cura di A. PONZIO, Roma, 2002; ID., *Umanesimo dell'altro uomo*, Genova, 1998.

sull'anima trascendente. Nella nuova ottica integrata, il diritto di autodeterminazione sul corpo non confligge con la dignità, bensì pone in collegamento interiorità ed esteriorità.

Ancora, si coglie una certa contraddizione tra il sostenere, da una parte, che la dignità fonda il diritto oggettivo e non è rinunciabile dai titolari e, dall'altra, che non andrebbe sfruttata giuridicamente come componente dell'ordine pubblico. Allo stesso modo, appare incoerente, da una parte, riconoscere alla post-modernità la riconfigurazione di una nuova sacralità della vita e, dall'altra, accusarla di favorire atteggiamenti distruttivi ed autodistruttivi.

In positivo si apprezza, invece, il ribadito collegamento della dignità coi diritti umani e con gli altri principi – nella specie giustizia, libertà ed uguaglianza – senza i quali la dignità stessa non sarebbe decodificabile. Inoltre, non sono messe da parte le potenzialità giuridiche del concetto, che, anzi, è costruito come parametro di legittimità delle norme ed impiegato per ricavare una serie di implicazioni penalistiche, specie sul fronte del trattamento sanzionatorio. Ancora una volta, quindi, la ricchezza del principio non delude.

18. La dignità umana come limite alla genetica liberale fondato sull'autocomprensione esistenziale secondo Jürgen Habermas

Prospettiva antropologica e critica alla postmodernità attraverso la dignità si trovano coniugate nell'approccio di Jürgen Habermas alle questioni relative alla ricerca ed all'ingegneria genetica.

Per il filosofo, il diritto non può fare a meno di una «morale di ragione», che si atteggia a presupposto indispensabile per la comprensione ed il confronto tra le persone⁹⁸. Si tratta di una morale «di natura puramente procedurale», «spogliata di tutti i contenuti determinati» e sublimata in giustificazione argomentativa basata sul consenso, la quale si lega a un'etica postmetafisica che – per rispetto del pluralismo ideologico – si astiene dal giudicare i progetti di vita⁹⁹. Questo atteggiamento astensionista cessa, però, ove sia messa a repentaglio l'autocomprensione etica del genere, a sua volta associata all'integrità del genoma e fondante la possibilità di

⁹⁸ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica, cit.*, p. 36.

⁹⁹ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*

concepirci artefici del nostro destino e riconoscerci reciprocamente agenti autonomi. Poiché i progressi della genetica molecolare minacciano tale autocomprensione, la filosofia ed il diritto sono chiamati a prendere posizione su questioni di contenuto.

L'idea di base è che la libertà dei soggetti futuri va vista «in riferimento a qualcosa di naturalmente indisponibile»¹⁰⁰, con la conseguenza che una tecnica che altera la natura mina l'autocomprensione, strumentalizza un soggetto che non è in condizione di decidere per sé e ne disturba lo sviluppo psicologico e relazionale. Oltretutto, la diffusa accettazione di una serie di pratiche – dalle diagnosi preimpianto, alle manipolazioni genetiche, all'uso sperimentale degli embrioni *et similia* – introduce al crinale che scivola verso una genetica liberale, la quale si affida solo al mercato ed alle preferenze individuali per definire gli obiettivi. È, dunque, necessario trovare un'argine, che non sia quello di una descrizione ideologicamente neutrale della vita umana precoce, visto che l'accesa e mai sopita discussione sull'aborto ha dimostrato come cittadini di società secolarizzate non riescano ad accordarsi in proposito. È consigliabile, pertanto, non far leva sull'argomento controverso di riconoscere all'embrione – fin dai primissimi stadi – una assoluta tutela della vita, per privilegiare, invece, una discussione finalizzata a trovare un'intesa politica rispettosa del pluralismo ideologico.

In quest'ottica, Habermas distingue la dignità della persona umana dalla dignità umana o dignità della vita umana, facendo leva sul rapporto – prima poco appariscente – «tra la *inviolabilità* moralmente vincolante e giuridicamente tutelata della persona e la *indisponibilità* delle modalità naturali con cui questa s'incarna nel corpo»¹⁰¹. La dignità umana non è, quindi, una qualità naturale – come l'intelligenza o il colore degli occhi –, ma il *quid* caratterizzante quella inviolabilità che acquista significato nei «rapporti interpersonali di reciproco ed egualitario riconoscimento»¹⁰². Nello spettro semantico assai ampio di tale concetto si colloca come nozione più specifica quella di dignità dell'uomo.

La dignità umana così intesa va tutelata assicurando un contesto ambientale favorevole all'agire etico, obiettivo il cui perseguimento richiede restrizioni

¹⁰⁰ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰¹ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰² J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 35.

normative finalizzate a «conservare intatta la propria forma di vita comunicativamente strutturata»¹⁰³. Per questo motivo, si deve configurare il «diritto a un patrimonio genetico non compromesso da interventi artificiali»¹⁰⁴. Ove, però, «bilanciamento morale e formazione democratica della volontà dovessero richiederlo»¹⁰⁵, questo diritto non è di ostacolo a manipolazioni con finalità terapeutica per la prevenzione di mali estremi (c.d. eugenetica negativa), potendosi qui presumere un consenso dell'interessato, che recupera la relazione dialogica tra chi delibera il trattamento e chi lo subisce. Sono, invece, da bandire le altre forme di ingerenza con i processi naturali (c.d. eugenetica migliorativa), perché pretendono di piegare il soggetto in divenire alle aspettative parentali. Per esemplificare, sono fatte rientrare tra gli interventi ammissibili le terapie geniche, ma non le diagnosi preimpianto, il cui scopo è quello di una selezione degli embrioni fecondati, che porta a scartare quelli eventualmente affetti da patologie.

La suadente conclusione è che, «senza l'emozione dei sentimenti morali di obbligazione e colpa, rimprovero e perdono, senza la libertà del rispetto morale, senza la felicità dell'aiuto solidale e lo sconforto del fallimento morale», l'universo umano sarebbe insopportabile¹⁰⁶.

Ebbene, Habermas ha puntato i riflettori su uno dei settori attualmente più controversi e difficili gestire – qual è quello delle biotecnologie applicate all'uomo –, dichiarando di «prendere le mosse dalle sobrie premesse costituzionali di una società pluralista» e di voler solo contribuire, in una prospettiva ideologicamente neutrale, «alla chiarificazione discorsiva» di sentimenti morali oggi alquanto turbati¹⁰⁷. Il percorso seguito, però, non sembra tener fede né alla pretesa neutralità ideologica né al dichiarato intento di spiegazione ragionata, perché esenta dalle dinamiche discorsive proprio la definizione di quell'autocomprensione, che sta a

¹⁰³ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁴ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁷ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 25.

monte di tutte le altre considerazioni¹⁰⁸. Tale scelta viene giustificata ponendo l'autocompensione legata all'indisponibilità del genoma al di fuori della varietà culturale e riferendola all'universalità antropologica dell'uomo. Tuttavia, può revocarsi in dubbio la necessità o l'opportunità di assumere come indiscutibile questo punto, anche perché proprio l'impegno speso dal filosofo per sostenere la sua posizione e rispondere alle critiche sembra la migliore riprova del fatto che quanto sostenuto è tutt'altro che autoevidente.

Infatti, non è scontato – a differenza di quanto assume Habermas – che possa operarsi una distinzione netta tra ciò che cresce naturalmente e ciò che viene prodotto tecnicamente. Con riguardo ai modi del nascere, ad esempio, ci si può domandare fino a che punto sia casuale una venuta al mondo che i futuri genitori abbiano programmato nel tempo e ci si può altresì domandare se siano ammissibili le tecniche di assistenza alla riproduzione, che implicano pur sempre una interferenza con i processi spontanei. Oltre a questo, ci si può chiedere se l'autocomprensione del nuovo nato non sia condizionata anche solo dalla tempistica prescelta da chi gli ha dato la vita o dalle ansie di genitori tanto determinati a procreare da aver fatto ricorso a cure lunghe, dolorose e costose.

Ancora, non è detto che si pongano su piani così lontani la trasformazione genetica dei caratteri ed una influenza educativa forte e costrittiva. Habermas riferisce alla sola modifica genetica aspettative tanto intense da non consentire al destinatario «la possibilità di una presa di posizione *revisionistica*»¹⁰⁹. È tutt'altro che dimostrato, però, che ciascuno possa agevolmente rivedere in modo critico gli esiti dell'educazione e liberarsi da condizionamenti e retaggi sgraditi. Anzi, la teoria e la prassi della psicanalisi dimostrano quanto sia complesso portare alla luce gli aspetti più profondi del carattere e come non sia sempre possibile liberarsi degli influssi pedagogici penetrati nella struttura della personalità.

Non è, poi, del tutto convincente l'idea regolativa proposta per separare il consentito dal non consentito. A prescindere dalla difficoltà di distinguere la terapia

¹⁰⁸ Essa viene delineata piuttosto facendo appello alla morale del «poter-essere-sé-stessi» di Kierkegaard, all'autolegislazione universale di Kant, alle percezioni intuitive di ciascuno ed al sentimento diffuso.

¹⁰⁹ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 52.

dal miglioramento, a lasciare perplessi è il richiamo al consenso presunto quale tramite per recuperare un agire comunicativo, sia pure ipotetico. Un tale strumento non sembra adatto allo scopo, perché riferito a un soggetto non ancora venuto ad esistenza e rispetto al quale, quindi, non è dato prendere a base precedenti opinioni o preferenze. Il ricorso ad un consenso a tal punto normativizzato, quindi, non fa che coprire le opzioni già prescelte da chi lo invoca. D'altro canto, se si accetta quest'idea normativizzata, non sembra vi siano buone ragioni per ritenere che il consenso presunto difetti con riguardo a interventi migliorativi ampiamente vantaggiosi ed a bassissimo coefficiente di rischio.

Si palesa pure come petizione di principio l'assunto che l'intervento sul DNA strumentalizzi il soggetto in formazione. Non è chiaro, infatti, cosa debba intendersi qui per strumentalizzazione, considerato che, nella maggior parte dei casi, genitori premurosi sono animati dall'intento di giovare al figlio, arrivando a sacrificare sé stessi per la nuova vita.

Merita qualche riflessione in più anche l'affermazione che il prendere consapevolezza dell'iniziale manipolazione produrrebbe «effetti estranianti»¹¹⁰, tali da impedire alla persona di identificarsi con il proprio corpo. Simili effetti sono fatti derivare da Habermas in modo pressoché automatico e necessario dalla messa a paragone di quel che è con quel che sarebbe stato in assenza di manipolazione genetica, ma così si tralasciano diversi aspetti. Anzitutto, può darsi che l'*alter ego* non realizzatosi – rientrando in una dimensione puramente immaginativa – non spieghi alcuna influenza o che l'interessato si limiti a riguardarlo con quell'atteggiamento vagamente interrogativo che ciascuno di noi assume pensando alle opportunità non sfruttate ed ai varchi non attraversati. Per altro verso, se il problema è quello delle ricadute psicologiche reali, una soluzione efficace potrebbe essere quella di subordinare le pratiche *de quibus* al rispetto di protocolli che, tra l'altro, facciano divieto di svelare al soggetto inciso il tipo di intervento praticatogli.

V'è da ridire pure in merito all'affermazione secondo cui la programmazione genetica consolida una dipendenza tra persone che altera i «reciproci e simmetrici rapporti di riconoscimento caratterizzanti una comunità morale e giuridica di persone

¹¹⁰ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 56.

libere ed eguali»¹¹¹. Non è contestabile la subordinazione del *designed* al *designer* né la peculiarità del rapporto, ma anche nelle ordinarie dinamiche tra genitori e figli spetta solo ai primi un potere peculiare, quello di decidere se, quando, come e dove dare la vita ai secondi.

Tutto ciò non toglie che molte delle preoccupazioni espresse siano condivisibili o meritevoli di seria considerazione. Non si può negare, ad esempio, che la mancanza di adeguata regolamentazione apra la strada ad un inquietante mercato degli esseri umani su commissione e ad altre conseguenze non certo auspicabili¹¹².

Quel che non convince è, invece, la volontà del filosofo di sottrarre la questione a quella prassi dibattimentale, nella quale egli stesso ripone, per altri versi, tanta fiducia da aver costruito una «fondazione discorsiva del punto di vista morale»¹¹³. Sorprende che sia proprio il principale teorico della politica deliberativa a non credere nella capacità dello stato democratico costituzionale di regolare la materia. Pare, invece, che nessuno possa avere più titolo a delineare l'autocomprensione se non il corpo di soggetti cui essa fa capo. In un contesto comunicativo sincero, libero, aperto a tutti soggetti ed a tutti i contributi¹¹⁴, non si vede perché interlocutori ragionevoli non dovrebbero essere in grado di raggiungere un'intesa equilibrata. Anzi, v'è motivo di ritenere che il dibattito si aprirebbe alla

¹¹¹ J. HABERMAS, *op. loc. cit.*, p. 56.

¹¹² In uno scenario futuribile, i più abbienti potrebbero avviare una selezione migliorativa della discendenza atta a consolidare nel tempo assetti sociali e strutture di potere; i rapporti tra le generazioni verrebbero alterati, potendo i figli rimproverare agli ascendenti non solo le scelte educative, ma anche la decisione di avere o non avere fatto ricorso a interventi sul genoma; la possibilità di incidere sul DNA si presterebbe a moltiplicare in modo esponenziale le aspettative dei genitori rispetto alla discendenza programmata, conseguentemente gravata da eccessiva pressione psicologica; potrebbero aggiungersi altri motivi di giustificato allarme, atteso che i rischi per la salute di molte procedure sono ignoti e difficili da prevedere.

¹¹³ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Milano, 2008, p. 59.

¹¹⁴ Lo stesso Habermas individua così le qualità più importanti del processo argomentativo: «(a) nessuno che possa portare un contributo rilevante dev'essere escluso dalla partecipazione; (b) a tutti si dà un'eguale opportunità di produrre contributi; (c) i partecipanti devono realmente pensare ciò che dicono; (d) la comunicazione dev'essere libera da costrizioni esterne ed interne, in maniera tale che le prese di posizione "sì/no" circa pretese-di-validità criticabili siano soltanto motivate dalla forza di convincimento delle ragioni migliori» (J. HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 58).

considerazione della pluralità dei fattori rilevanti e, verosimilmente, sarebbero prospettate considerazioni fondate su uguaglianza, giustizia distributiva e tutela dei soggetti deboli, autodeterminazione e libertà di ricerca, progresso, gestione del rischio, dignità umana e quant'altro. Con alta probabilità, all'esito della discussione, non prevarrebbero posizioni avveniristiche e spregiudicate, ma soluzioni – quali quelle adottate a livello nazionale ed internazionale – caute e suggerite dal rispetto e dal timore istintivi che circondano le questioni della vita e della morte.

Si potrebbe addurre quale argomento contrario che, nel mondo reale, difetta la condizione della procedura argomentativa trasparente e inclusiva delineata da Habermas, con la conseguenza che potrebbe apparire preferibile ricavare altrimenti principi e regole. Una tale obiezione, però, è suscettibile di essere estesa a qualsiasi materia, ragion per cui, se la si accettasse, si dovrebbe abbandonare completamente il modello della politica deliberativa e fors'anche ogni progetto democratico. L'obiettivo deve essere, allora, quello di creare le condizioni affinché si realizzi la comunicazione più ampia e completa possibile, in quanto imprescindibile presupposto per la formazione di volontà genuine ed il raggiungimento di intese consapevoli. In questo modo, sarebbe possibile addivenire a soluzioni più articolate rispetto a quella che poggia sull'incerta dicotomia tra interventi terapeutici ed interventi manipolativi¹¹⁵. Se si ragiona in questi termini, non è affatto scontata, ad esempio, la proibizione delle diagnosi preimpianto, il cui scopo primario, a ben vedere, non è quello di sopprimere l'embrione difettoso quanto piuttosto di accertarne le condizioni per non compromettere la salute della futura madre – magari già logorata da defatiganti cure ormonali – e per non esporre a inutile sofferenza una nuova creatura con poche o nulle *chances* di sopravvivenza.

Un modo di procedere siffatto consente di fare passi avanti anche sul versante penalistico, ove è preferibile prendere le distanze dalla posizione di Habermas, che eleva la dignità umana o dignità della vita umana ad autonomo bene giuridico

¹¹⁵ Sarebbe possibile, ad esempio, limitare il divieto radicale solo al perseguimento di dati scopi od all'impiego di certe metodiche; lasciare spazi di libertà per le tecniche minimamente invasive e non rischiose; procedimentalizzare la restante area in maniera tale da contemperare autonomia privata ed interessi pubblici attraverso la previsione di tempi obbligatori di meditazione e attesa, il coinvolgimento nel decidere di diversi soggetti e professionalità nonché l'imposizione di controlli e regole cautelari.

espressivo dell'indisponibilità dei tratti caratterizzanti la specie, ivi compresa la casualità e naturalità del nascere. Infatti, la tutela penale di un bene dai contorni tanto dilatati – ben più ampi di quelli che competono alla dignità del singolo individuo – è assai problematica, perché, laddove l'alto rango suggerisce interventi incisivi, la vaghezza complica oltremodo la strutturazione in concreto delle fattispecie e rischia di allargare troppo l'area in cui l'intervento penale può essere giustificato. Non è poi da trascurare che *slippery slope arguments* – analoghi a quelli seguiti dallo stesso Habermas – si prestano ad essere impiegati per dilatare ulteriormente la portata del bene fino a ricomprendervi una serie di atteggiamenti antropologici, pedagogici e culturali giudicati indispensabili, a torto od a ragione, per la conservazione dell'autocomprensione esistenziale del genere. Così, però, il bene giuridico perde ogni efficacia selettiva degli oggetti di tutela e diventa strumento di un conservatorismo che favorisce il ritorno al moralismo giuridico.

Se, invece, si rinuncia a derivare tutte le soluzioni dalla sola autocomprensione etica e si valorizzano dinamiche più complesse, si è agevolati nella predisposizione di una tutela penalistica mirata, che non ha bisogno di passare attraverso la creazione/ricostruzione di beni giuridici dall'incerta consistenza. Far leva sull'esigenza di prevenire specifici eventi di danno o fattori di rischio¹¹⁶ consente, infatti, di canalizzare meglio la discussione, portando il confronto su dati afferrabili, ma recuperando sempre la visione d'insieme attraverso il riferimento a principi generali.

Così, in fondo, la critica ad Habermas si traduce in un ritorno allo stesso Habermas, cioè in un ritorno a un «*discorso razionale* che mira all'intesa includendo tutti gli interessati» e tutte le motivazioni¹¹⁷. Questa prospettiva, peraltro, ha il pregio di mettere in luce l'aspetto dinamico della dignità ed il collegamento «*between dignity and conversation*», nel senso che andare incontro all'altro in una prospettiva di dialogo significa riconoscere il valore dell'interlocutore in un'ottica di umanità

¹¹⁶ Si pensi alla salvaguardia della salute fisica e psicologica della madre; alla difesa del nascituro rispetto a interventi sperimentali potenzialmente migliorativi, ma altamente rischiosi; alla tutela di altre posizioni familiari, specie quella di padri eventualmente contrari a modifiche del genoma; all'interesse pubblico a privilegiare la destinazione delle risorse a scopi terapeutici piuttosto che di velleitario potenziamento artificiale.

¹¹⁷ J. HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 47.

condivisa ed aprirsi ad un confronto che rende possibile riguardare le questioni da tutte le angolazioni¹¹⁸.

19. Il punto di vista scettico

A fare da contraltare alla fiducia da tanti riposta nella dignità, vi sono gli strali acuminati lanciati da autorevoli politici, psicologi e giusfilosofi.

Ad esempio, in un discorso tenuto nel 2006, l'ex Presidente degli Stati Uniti George W. Bush ha protestato contro l'eccessiva genericità del divieto di oltraggi alla dignità personale contenuto nell'art. 3 della Convenzione di Ginevra, che impedirebbe agli «onesti professionisti impegnati sui fronti di guerra» di portare avanti il programma d'azione per mancanza di chiarezza sulle condotte da tenere¹¹⁹.

In un recente articolo provocatoriamente intitolato *The Stupidity of Dignity*, lo psicologo Stephen Pinker – ponendo a base del proprio argomentare una accezione psicologica della dignità come percezione individuale – lamenta il predominio nel discorso pubblico di un concetto che bolla come inidoneo a fare da punto di riferimento perché mutevole e strumentalizzabile¹²⁰.

Tra i giuristi, infine, la posizione più rappresentativa in questo senso è quella assunta da Ruth Macklin in un breve, ma citatissimo saggio del 2003, ove si sostiene che «gli appelli alla dignità umana sono o la riproposizione in diversa forma di altre, più precise, nozioni, o meri *slogans* che non aggiungono nulla alla comprensione dell'argomento»¹²¹. Soffermandosi sugli impieghi prevalenti in bioetica, l'Autrice argomenta che la dignità, con riguardo alle questioni di fine vita, dovrebbe essere tradotta in termini di rispetto per l'autonomia, mentre da altre problematiche – esercitazioni su cadaveri, clonazione, riproduzione assistita e genetica umana –

¹¹⁸ Cfr. N. LICKISS, *op. cit.*, p. 35, secondo cui il rapporto dialogico «appears to be part of human dignity-as-process, as a dynamic construct, as a living, evolving idea in the mind», che trova la sua antitesi nei tentativo di valorizzare una autonomia assoluta, che vede l'altro come essere chiuso in sé (*self-locked in*). Si vedano pure J. MALPAS-N. LICKISS, *Introduction to a Conversation*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *op. cit.*, p. 4 e s.

¹¹⁹ *Press Conference of the President*, September 15, 2006, in <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/09/20060915.2.html>.

¹²⁰ Cfr. S. PINKER, *The Stupidity of Dignity*, in *The New Republic*, May 28, 2008.

¹²¹ R. MACKLIN, *Dignity is a useless concept*, in *British Medical Journal*, 327, 2003, p. 1419.

andrebbe eliminata, perché incapace di esprimere i motivi di reale preoccupazione. Macklin non sa dare una risposta al fascino esercitato dall'idea, non apprendole sufficienti né le radici religiose né il recepimento negli strumenti internazionali sui diritti umani. Giudica, tuttavia, la dignità un concetto inutile che può essere espunto dalla *medical ethics* senza perdita di contenuto.

In sintesi, si può dire che, per gli scettici, le risposte del principio di dignità ai vari interrogativi somigliano ai responsi della Pizia, ma di una Pizia demitizzata e bocca del caso o del calcolo strumentale, più simile all'immagine irriverente datane da Dürrenmatt¹²² che alla visione degli antichi.

Eppure, nessuna delle critiche di cui s'è dato conto appare tale da indurre a sbarazzarsi definitivamente del concetto, apparendo quella dell'ex capo di Stato sorretta da considerazioni di *realpolitik* che nulla hanno a che fare coi principi etici o giuridici, quella dello psicologo legata ad una accezione diversa dalle concettualizzazioni comunemente impiegate nel discorso pubblico e quella della bioeticista frettolosa e parziale.

Più in particolare, in risposta a quest'ultima si deve osservare che – anche nel campo delle *end of life decisions* – il *principle of autonomy* non può valere a sciogliere tutti i nodi problematici, poiché non di rado ci si trova innanzi a soggetti che non sono più o non sono mai stati in possesso della capacità decisionale¹²³. Inoltre, proprio il “misterioso successo” della dignità fa apparire atto di presunzione averla bollata come concetto inutile senza aver compiuto un serio sforzo per decodificarne il significato.

20. L'invito alla cautela nell'uso di un'arma tanto preziosa quanto ingombrante: Dieter Birnbacher, Winfried Hassemer e Giovanni Fiandaca

A mediare tra accaniti detrattori ed entusiastici sostenitori, v'è chi è disposto a riconoscere i torti – o meglio i cattivi impieghi – della dignità per potere, poi, porre

¹²² F. DÜRRENMATT, *Das Sterben der Phythia, La morte della Pizia*, trad. it. a cura di R. COLORNI, Milano, 2002.

¹²³ Obiezione di analogo tenore è avanzata, tra gli altri, da F.D. DAVIS, *Human Dignity and Respect for Person*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, cit., p. 19 e ss.

il concetto al riparo dal rischio tanto di banalizzazione quanto di *over-valuation*. È questo l'approccio, in Germania, di Dieter Birnbacher¹²⁴ e Winfried Hassemer¹²⁵ e, in Italia, di Giovanni Fiandaca¹²⁶, i quali tutti lamentano un uso del principio tanto inflazionato da risultare irritante e segnalano altresì come il ricorso retorico ed opportunistico alla dignità, per arricchire ragionamenti deboli e stabilizzare catene argomentative malferme, abbia l'effetto di falsare il discorso e consumare invano la forza persuasiva dell'idea. Questa, invece, va difesa anche per il fatto di essere uno dei pochi valori comuni nel nostro mondo di pluralismo filosofico.

Circa le ragioni del sovrautilizzo, esse appaiono evidenti specie nell'ambito della bioetica e della morale sessuale, ove l'enfasi ed il *pathos* connaturati alla dignità consentono di sfuggire alla difficoltà di elaborare argomenti razionali per spiegare la proibizione e talora la sanzione penale di pratiche – dalla maternità surrogata, alla ricerca sugli embrioni, ai *peep-shows* – sgradite e rifiutate dalla maggior parte della popolazione su base soprattutto emotiva. La dignità è chiamata, dunque, a fare da *knock-down argument* per bloccare la discussione, coprendo preoccupazioni o repulsioni spesso irrazionali.

La reazione ai rilievi critici viene, però, diversamente articolata: il filosofo, Birnbacher, è attento a ricostruire un contenuto il più possibile chiaro e netto; i giuristi – necessariamente alla ricerca di soluzioni condivisibili e praticabili – preferiscono puntare sull'affinamento delle tecniche di argomentazione. Esaminiamo, quindi, più da vicino le diverse posizioni.

Birnbacher distingue un *core content* da un *extended meaning* della dignità. Il primo è identificato con il complesso dei diritti inalienabili, implica uno *standard* minimo inderogabile di rispetto sottratto alle valutazioni politiche di costi-benefici ed appartiene ai soli esseri umani con capacità di coscienza, dai quali sono espressamente esclusi embrioni, soggetti anencefalici e quanti siano privi delle parti di cervello dalle quali dipende la coscienza. L'*extended meaning*, invece, viene applicato agli stadi residuali della vita umana – embrioni, feti e cadaveri – ed alla

¹²⁴ D. BIRNBACHER, *op. cit.*, p. 107 e ss.

¹²⁵ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 126 e ss.

¹²⁶ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, *op. cit.*, p. 554 e ss.

species in quanto tale per essere fonte di obbligazioni, cui non corrispondono diritti data la mancanza di un soggetto titolare¹²⁷. Ciò posto, Birnbacher argomenta che il *core content*, avendo a referente un essere umano concreto, è meritevole della massima protezione, al punto che il suo sacrificio per altri valori o principi non è ammissibile o lo è solo in casi del tutto eccezionali. Per converso, l'accezione allargata, proprio perché astratta, è più debole e deve cedere ad altri valori quali l'autonomia individuale od il progresso medico e scientifico; essa deriva dalla percezione variabile di chi osserva e, pertanto, non dovrebbe essere blindata da sanzioni penali, pur non escludendosi che istanze di tutela possano essere supportate da principi diversi. Lo studioso, quindi, ha operato una *summa divisio* tra significato forte e debole, fissato una gerarchia predefinita tra i due e differenziato i titolari.

Il ragionamento ha le sue crepe.

Sotto il profilo filosofico, si potrebbe muovere l'accusa di ingiustificato razionalismo, per aver legato il contenuto forte della dignità ai diritti e questi alla capacità di coscienza, che, però, non esaurisce in sé l'essere umano, come riconoscono quegli approcci che tendono a valorizzare anche gli aspetti non razionali e non legati alla coscienza od al pensiero. In ogni caso, sotto il profilo giuridico che più rileva in questa sede, sottrarre a taluni esseri umani viventi la titolarità di diritti costituisce una negazione della capacità giuridica, che, ai sensi dell'art. 6 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 e della maggior parte degli ordinamenti, spetta ad «ogni individuo», senza limitazioni o restrizioni.

Quanto all'*extended meaning*, è discutibile l'equiparabilità assiologica delle entità cui viene riferito, dall'embrione, al feto, al soggetto anencefalico, al cadavere, fino alla specie umana nel suo complesso.

Accogliendo i prospettati rilievi critici, la costruzione del filosofo si sgretola. Ciò porta a concordare con l'opinione di quei giuristi – come Hassemer e Fiandaca – che diffidano delle schematizzazioni *a priori* e segnalano che il risultato di ogni valutazione non è già pronto e ricavabile per deduzione da un concetto o principio.

¹²⁷ Lo stesso A. fa l'esempio del divieto di produzione di ibridi umano-animali, fondato non tanto su argomenti orientati alle conseguenze quanto piuttosto sulla preoccupazione di distruggere le peculiarità della specie, superando barriere di natura che andrebbero invece rispettate (D. BIRNBACHER, *op. cit.*, p. 115).

Piuttosto, occorre portare «concetto e principio in una relazione con le cose della cui valutazione si tratta», per comprendere «produttivamente le cose nel concetto e il concetto nelle cose»¹²⁸. Per quanto siano disparate le costellazioni di casi che si riallacciano alla dignità umana, si può riuscire, «con un'argomentazione paziente, a evidenziare ciò che hanno in comune e a soddisfarlo con precisione; ma questo riuscire è molto meno diretto quanto al procedere e molto meno assicurato quanto al risultato di ogni altra interpretazione in etica e in diritto»¹²⁹. Per questo motivo, la via suggerita non è quella della rinuncia alla dignità, ma della riduzione degli argomenti da essa derivati, in maniera tale da non farla comparire più come *deus ex machina*, ma come parte di contesti argomentativi, destinata a giocare un ruolo preponderante nei casi estremi che «rendono giustizia alla sua fundamentalità»¹³⁰.

La risoluzione di tali casi estremi suggerisce, poi, al giurista rigoroso il confronto con il piano della speculazione filosofica e delle acquisizioni scientifiche, i cui apporti vanno immessi nell'argomentare dopo ponderato vaglio critico e senza dimenticare i limiti delle categorie giuridiche. Ad esempio, con riguardo alle problematiche bioetiche sulle manipolazioni genetiche, Fiandaca fa notare che la teoria del bene giuridico – anche a voler riconoscere l'oggetto di protezione in una dignità identificata con «l'indisponibilità dei fondamenti biologici della nostra identità personale»¹³¹ – non è «in grado di per se sola di definire in maniera univoca in che senso» quel bene «subisca offese per effetto degli interventi genetici manipolativi»¹³²; lo si può sostenere forse per la clonazione, ma non certo – o almeno non con altrettanta sicurezza – per quegli interventi che sarebbero in grado di scongiurare gravi malattie o disabilità.

¹²⁸ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 130.

¹²⁹ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁰ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 138. Si è dato conto della posizione di Hassemer, perché risulta tra le più articolate e rappresentative, ma altri autori si pongono nello stesso solco. Tra questi, A. KAUFMANN, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alle soglie del terzo millennio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, p. 205 e ss., il quale – a fronte di impieghi disinvolti che servono a coprire visioni preconcepite dell'uomo – evidenzia che «proprio chi prende sul serio la dignità umana, non si metterà in bocca questa formula ad ogni momento».

¹³¹ È espressamente richiamata la tesi di J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, *cit.*, p. 28.

¹³² G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 2007, p. 558.

Quello che può sembrare un dedalo senza uscita è, in realtà, il cammino della complessità, che, in fondo, suggerisce sempre una risposta al penalista: quando è troppo difficile – anche dopo aver stimolato il dialogo ed il confronto – trovare il bene giuridico od articolarne i modi di tutela, allora è il caso di non aggrapparsi all’alante del diritto penale, le cui ali di cera si scioglierebbero al sole con rischio di precipitosa caduta. Fuor di metafora, «il legislatore penale dovrebbe preferire l’*astensione*, rispetto all’interventismo, in tutti quei casi in cui la ‘dannosità sociale’ di certi comportamenti, lungi dall’essere riconosciuta sulla base di un consenso diffuso, sia argomentabile soltanto alla stregua di concezioni della ‘vita buona’ che rimandino a sistemi etici o etico-religiosi particolari»¹³³.

21. Ragionando sui termini di un discorso polifonico

La carrellata di posizioni fin qui condotta testimonia l’intensità, l’ampiezza e la pluridirezionalità dell’attuale dibattito sulla dignità umana, ancora ben lontano dal trovare la sua conclusione. Sono tanti, infatti, i punti di divergenza tra gli studiosi, come emerge già dalla stessa organizzazione del presente capitolo, all’interno del quale si è cercato di raggruppare le teorie sulla base del diverso peso specifico attribuito alla dignità.

Possono, comunque, svolgersi una serie di considerazioni, guidate dalla consapevolezza che il diritto è una disciplina pratica e che, pertanto, l’obiettivo del giurista non può essere quello di sposare la costruzione filosofica più rigorosa, bensì di individuare una prospettiva – anche sincretica – che consenta di addivenire a regole o piani di regole ragionevoli e condivisibili, la cui applicazione non conduca a risultati paradossali od incongrui. Nel complesso, è questo il punto di vista in base al quale sono state presentate e commentate le diverse teorie, punto di vista che si impone a maggior ragione per il diritto penale, le cui armi incidono – in chiave di difesa o di attacco a seconda che si guardi al lato della vittima o del reo – sui beni di rango più elevato per gli individui e per la società.

Ebbene, volendo gettare uno sguardo d’insieme, balza agli occhi, anzitutto, che il discorso sulla dignità non è monopolio di una precisa o di una singola ideologia, ma attraversa molteplici orizzonti di pensiero, dal comunismo utopico di

¹³³ G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit., p. 41.

Bloch, al social-liberalismo di Maihofer, alle diverse prospettive liberali di Dworkin, Waldron, Parent, Nussbaum, Gewirth, Beyleveld e Bronsword, Macklin, Habermas, Birnbacher, Hassemer e Fiandaca, al progressismo pacifista di Margalit, all'etica delle virtù di Melden e Tzitzis, al comunitarismo politico e moralismo giuridico di Dan-Cohen, della Davis e della Hampton.

È vero che ciascun autore sviluppa un autonomo percorso, ma la trasversalità dell'interesse induce a ben sperare nella prosecuzione di un dialogo spesso sollecitato e fattivamente incoraggiato. A tal riguardo, non possono che apprezzarsi i toni pacati e lo stimolo costante a prendere in considerazione le ragioni di tutti, che emergono, ad esempio, nel *reasoning* di Dworkin, Waldron e Parent come anche nelle puntuali riflessioni di Hassemer in tema di teoria dell'argomentazione giuridica e di Fiandaca con specifico riguardo al diritto penale. Sposata questa prospettiva dialogante, vengono in primo piano le considerazioni di Dworkin sulla democrazia partecipativa, che impone il rispetto del pari valore intrinseco di ciascuno, e le riflessioni di Habermas sulla politica deliberativa, che presuppone la costituzione di un contesto comunicativo autentico, libero ed omnicomprensivo.

Se si condividono questi passi, si finisce per disegnare una cornice procedurale estesa all'interno della quale etica, politica e diritto sono necessariamente chiamati ad interagire. Circa i modi dell'interazione, Dworkin è abile nel segnalare come la comunicazione tra i diversi livelli sia resa possibile dai principi, che articolano la sostanza morale del diritto e sul rispetto dei quali si misura la legittimità politica e giuridica di un ordinamento. L'alto livello di astrazione da più parti invocato per la dignità¹³⁴ e l'indiscussa pregnanza etica inducono, poi, a qualificare il concetto *de quo* principio fondamentale.

Detto principio è stato riguardato sia in ottica monista che pluralista, nel senso che per alcuni è il caposaldo unico o gerarchicamente sovraordinato dell'ordinamento, mentre per altri si inserisce in una rete di principi destinati a comporsi secondo combinazioni variabili e condizionate dalle peculiarità dei casi. Le teorie moniste, però, si rivelano insoddisfacenti, se si considera che quanti le propongono, alla fine, dilatano la dignità al punto da non renderne percepibile la

¹³⁴ Si pensi ancora a Dworkin, ma anche a Bloch, Maihofer, Waldron ed altri.

dimensione autonoma e richiamano pur sempre altri principi¹³⁵. Inoltre, nell'ottica prettamente penalistica, bisogna stare bene attenti a non tramutare questa dignità omnicomprensiva in bene giuridico: infatti, l'eccessiva ampiezza del concetto farebbe perdere alla stessa teoria del bene giuridico qualsivoglia idoneità a orientare la *criminalization*, in quanto pressoché ogni condotta – dalla mafia, all'omicidio, all'offesa più bagatellare – si presterebbe ad essere interpretata come attacco, diretto od indiretto, alla dignità.

Pare, dunque, opportuno propendere per un pluralismo dinamico, la cui funzionalità dipende dall'abilità degli interpreti di ricavare i principi dai valori presenti nella società, esprimerli in modo adeguato ed adattarli alle fattispecie concrete. In questa direzione, assumono grande importanza i contributi di teoria dell'argomentazione, perché consentono di analizzare ed eventualmente correggere i processi logici che portano alla concettualizzazione e concretizzazione dei principi e delle regole di diritto. Tornando al versante penalistico, è dato osservare che, in un contesto pluralista, diviene meno problematico ammettere che la dignità possa assurgere anche a bene giuridico presidiato da sanzioni penali. Infatti, se il raggio d'azione del concetto è reso più circoscritto dalla concorrenza di altri principi e beni pari ordinati, ogni proposta di incriminazione dovrà essere meglio calibrata e tenere adeguatamente conto dell'influenza sugli altri pezzi del *puzzle*. Come tenerne conto è, poi, questione etico-politica che dipende dalle logiche che reggono l'ordinamento.

Ancora, accolta l'impostazione pluralista, la funzione di criterio di legittimazione dell'ordinamento che diversi autori attribuiscono espressamente alla dignità, facendo derivare dalla sua violazione il diritto di resistenza del cittadino¹³⁶, deve essere riferita a tutti i principi fondamentali. È una *consecutio* del principio logico di non contraddizione, del *principle of generic consistency* se volessimo usare la terminologia cara a Gewirth, Beyleveld e Bronsword. Infatti, pressoché tutti gli ordinamenti riconoscono i principi fondamentali di rispetto della persona, per aver

¹³⁵ È il caso di Bloch, che caratterizza la dignità solo *en passant*, mentre trae da solidarietà ed uguaglianza le conclusioni più specifiche. È altresì il caso di Dworkin, per il quale, a ben vedere, la dignità si riduce alla somma di libertà ed uguaglianza. Discorso analogo può farsi per Maihofer, che non può fare a meno di chiamare in causa anche sicurezza, solidarietà, uguaglianza e libertà.

¹³⁶ È sicuramente il caso di Bloch, Maihofer, Dworkin e Tzitzis.

sottoscritto gli strumenti internazionali sui diritti umani o per averli consacrati nella propria Costituzione; allora, un sistema che viola i sommi principi, che si è impegnato a rispettare, contraddice sé stesso, infrangendo le basi su cui poggia e che non sono solo giuridiche, bensì anche etico-sociali e politico-culturali. Il punto di rottura, comunque, si raggiunge nelle situazioni limite, laddove non risultano più idonei allo scopo gli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Ed effettivamente, quasi tutti gli autori dedicano particolare attenzione a tali situazioni estreme, che fanno emergere nel modo più evidente l'essenza della dignità¹³⁷.

Al di là di siffatte evenienze – in cui la forza del principio violato si traduce in potenza deflagrante che evidenzia la crisi –, la dignità opera nelle maglie del sistema, contribuendo ad orientarne l'azione. A tal proposito, è già riconosciuta dai più la funzione difensiva di ciò che è propriamente umano e va ora progressivamente affermandosi anche l'idea – pur diversamente declinata – che la dignità possa valere a promuovere la realizzazione delle attitudini umane¹³⁸. Quest'ultima potenzialità del concetto, peraltro, è resa più interessante e promettente dall'attenzione degli autori contemporanei alle esigenze tanto del corpo quanto dello spirito, al *flesh-and-blood individual* piuttosto che al noumeno disincarnato.

Regnano, però, non poche incertezze, perché ogni punto viene continuamente sottoposto a revisione critica. Il dibattito è serrato soprattutto in bioetica, ove si contende sull'aspetto da cui far dipendere il riconoscimento della dignità, che taluni ancorano alla mera appartenenza alla specie, altri alla natura razionale, altri alla capacità di prefissare obiettivi ed agire di conseguenza, altri ancora alla sensibilità al dolore e così via. Com'è facile intendere, dalle varie tesi si ricavano, sul versante penalistico e non solo, conclusioni diverse – dalla legittimazione, al rifiuto, alla procedimentalizzazione – in merito a pratiche eticamente scottanti come aborto, eutanasia, suicidio assistito, *assisted reproduction technologies*, manipolazioni genetiche, diagnosi preimpianto e quant'altro. Al giurista positivo non si chiede di prendere posizione sul fondamento ontologico della dignità, ma, più modestamente, di soddisfare le esigenze pratiche del diritto, traendo insegnamento dal passato,

¹³⁷ Si vedano, *ex plurimis*, le trattazioni di Parent e Margalit.

¹³⁸ Cfr. Bloch, Maihofer, Dworkin, Margalit e Nussbaum.

guardando anche al principio di precauzione e non pretendendo di operare secondo schemi rigorosamente deduttivistici. A questi fini, appare preferibile l'opzione più ampia che aggancia la dignità all'appartenenza alla specie, perché, mettendo tutti gli esseri umani sul medesimo piano, scongiura il rischio di pericolose discriminazioni.

Anche al di là della bioetica, comunque, il cammino della dignità non è lineare, come ben evidenziato soprattutto da Tzitzis, Beyleveld e Bronsword, per i quali, allo stato, il diritto vivente esprime almeno due volti della dignità: quello di rampa di lancio e vettore di spinta dei diritti umani e quello di limite, inglobato nell'ordine pubblico, all'autonomia degli individui di disporre di sé¹³⁹.

Quest'ultimo versante è il più controverso, perché comporta il rischio che la nozione di ordine pubblico – dilatata e rafforzata dal peso di una dignità ricettacolo di pulsioni irrazionali – sia impiegata per schiacciare le posizioni individuali, senza neppure bisogno di andare alla ricerca di altri argomenti validi, più specifici e da inserire nell'equilibrio di un bilanciamento razionale.

Tutto ciò ha inevitabili ricadute sul diritto penale, che, dunque, è condizionato dagli ingranaggi della dignità, i quali, a loro volta, possono essere sfruttati – come s'è visto – sia in prospettiva liberal-garantista che moralistico-comunitarista. In entrambi i casi, coerenza impone di strutturare un sistema che non violenta, non degrada, non umilia e non bandisce dal consorzio sociale chi incorra nei suoi rigori, ma le differenze sono marcate quando si tratta di specificare ciascuno degli indicati precetti.

Alla fine, però, la scelta tra i due modelli non dipende dal principio di dignità in sé quanto piuttosto da opzioni etico-politiche più generali. Ciò non vuol dire che ciascuno debba restare arroccato sulle proprie posizioni e che le scelte di fondo siano immutabili. Al contrario, un atteggiamento di rispetto deve spronare a conoscere le

¹³⁹ Questo profilo della dignità – figlio del paternalismo cristiano, del deontologismo kantiano e delle teorie del *Welfare State* – è tipico soprattutto degli ordinamenti europei, che si fanno attivi promotori del benessere dei propri cittadini, mentre non appartiene al costituzionalismo statunitense, espressivo di una cultura in cui lo Stato non assume un atteggiamento paternalistico ed anzi gli individui hanno come obiettivo primario quello di salvaguardare la sfera privata da possibili ingerenze. È l'ennesima conferma del fatto che la dimensione concreta della dignità – come degli altri principi – è il riflesso di una visione del mondo storicamente condizionata.

ragioni degli altri ed a spiegare le proprie in vista di una composizione equilibrata, quale si può ottenere col metodo discorsivo in una democrazia partecipativa.

È probabile che ciò esiga il maggiore impegno da quanti confidano di più nella dignità, perché si chiede loro di mettere in pratica e non contraddire le proprie alte convinzioni, andando incontro anche all'interlocutore più riottoso. Si tratta di un percorso difficile, ma la "fede" nella dignità sembra istradare in questo senso e va misurata al banco di prova delle possibili applicazioni pratiche, a partire da quelle più ricorrenti sulle quali ci soffermeremo nel capitolo successivo.

CAPITOLO VI

LA DIGNITÀ UMANA

IN ALCUNE EMBLEMATICHE APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo e del metodo di indagine – 2. Il divieto di tortura e trattamenti e pene crudeli, disumani e degradanti – 3. *Segue*: gli Stati Uniti e la *cruel and unusual punishment clause* – 4. *Segue*: gli Stati Uniti e la *death penalty* – 5. *Segue*: la posizione tedesca e quella italiana sull'ergastolo – 6. *Segue*: le sentenze della Corte EDU – 7. *Segue*: brevi note a margine – 8. Il *free speech* ed i suoi limiti – 9. *Segue*: la tutela dell'onore e della reputazione – 10. *Segue*: il discorso razzista – 11. *Segue*: la problematica dell'osceno – 12. Questioni bioetiche: l'aborto – 13. *Segue*: il fine vita – 14. Una visione d'insieme.

1. Delimitazione del campo e del metodo di indagine

Una volta inserita nell'armamentario del diritto, la dignità è divenuta strumento operativo a disposizione dei giudici di tutte le latitudini, che ne hanno fatto e ne fanno impiego anche in assenza di esplicito riconoscimento costituzionale nell'ordinamento interno¹.

Al diffuso utilizzo non si accompagna, però, una omogeneità di vedute, perché l'interpretazione e l'applicazione del principio risentono – come pure accade

¹ A quest'ultimo proposito, sono emblematici i casi della Francia e degli Stati Uniti. Quanto alla prima, al silenzio della Costituzione del 1958 si era accompagnato, fino agli anni '90, quello della legislazione e della giurisdizione; invece, con le pronunce del *Conseil constitutionnel* del 1994 sulla legge di bioetica (C.C., 94-343-344DC, *Lois bioéthique*, Rec. 10, che definisce la dignità umana principio di valore costituzionale) e del *Conseil d'Etat* del 1995 sul lancio dei nani (*Conseil d'État*, 27 ottobre 1995, *cit.*), la dignità è assurta a principio costituzionale, da allora sempre più presente sia nello *jus positum* che negli studi di dottrina e nelle sentenze (per approfondimenti, J. ROBERT, *The Principle of Human Dignity*, in *The principle of respect for human dignity : proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, *cit.*, p. 43 e ss.). Per gli USA, basti dire che, in più occasioni, il giudice Brennan – ben noto componente della *Supreme Court* fino al 1990 – ha definito la Costituzione americana una «sublime orazione sulla dignità dell'uomo, un impegno forte del popolo verso l'ideale della dignità protetto attraverso il diritto» (W.J. BRENNAN, *op. cit.*, p. 8); nella casistica, inoltre, il concetto è richiamato in relazione a diversi emendamenti costituzionali.

per libertà ed uguaglianza – del clima più generale in ordine al possibile bilanciamento tra aspirazioni dell'individuo ed istanze della società. Ad esempio – e procedendo con ampia approssimazione – una certa tendenza *value-oriented* e la maggior propensione alla solidarietà degli ordinamenti europei continentali inducono a far leva sulla dignità anche per il potenziamento dei diritti economico-sociali, per rimarcare i doveri del vivere comune e, talora, per limitare la gamma delle possibilità di azione individuale; invece, l'impostazione *value-neutral* della Costituzione statunitense spinge al perseguimento di uno schema quasi solo di libertà negative, dove la dignità sostiene i diritti civili, ma non le loro limitazioni².

Passare a considerare la *law in action* è, dunque, imprescindibile sia per verificare come la dignità viene concretamente impiegata sia per cogliere eventuali nuovi significati immessi dalla prassi nell'area semantica del concetto. Tale indagine – tenuto conto dell'ampio respiro della questione – deve andare oltre la giurisprudenza nostrana o quella di un unico Paese di riferimento. Al tempo stesso, non essendo possibile prendere in considerazione l'universo mondo, si deve accettare di pagare il prezzo di una disamina tutt'altro che sistematica ed anzi inevitabilmente rapsodica ed arbitraria. Con questa premessa, il criterio di selezione prescelto è stato quello di circoscrivere l'osservazione all'area occidentale – stante la maggiore familiarità con l'idea di dignità –, al diritto penale sostanziale ed alle decisioni e tematiche che hanno catalizzato maggiore attenzione.

2. Il divieto di tortura e trattamenti e pene crudeli, disumani e degradanti

Un ambito in cui l'appello alla dignità è particolarmente diffuso è quello del divieto di tortura³ e altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti⁴, divieto che si

² In questo senso, E.J. EBERLE, *op. cit.*; ID., *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, Conn.: Praeger, 2002.

³ Sul tema, cfr.: F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006; S. LEVINSON (ed.), *Torture: a collection*, New York: Oxford University Press, 2004. Sull'assetto dell'ordinamento italiano, P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Riv. pen.*, 2009, p 1185 e ss.

⁴ Un tentativo di ricostruzione analitica del significato dei termini crudele, disumano e degradante in J. WALDRON, *Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: The Words Themselves*, *cit.*

ritrova – con minime variazioni terminologiche – in una pluralità di fonti normative internazionali e nazionali⁵.

Qui il collegamento con la dignità – che concettualmente emerge già per antitesi rispetto a ciò che è inumano o degradante – viene esplicitato senza mezzi termini. Ad esempio, la Corte EDU ha riconosciuto nella fustigazione «un’offesa alla dignità dell’uomo che umilia e disonora il reo senza possedere alcun valore sociale di redenzione»⁶. La *Supreme Court* degli Stati Uniti d’America ha definito *cruel and unusual* la pena che «non si concilia con la dignità umana» ed ha espresso il principio che nessuna pena debba «essere così severa da degradare la dignità degli esseri umani», che continua ad appartenere anche al peggior criminale⁷. Si sono

⁵ Più in dettaglio, l’art. 5 della Dichiarazione Universale del 1948 e l’art. 7 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici prevedono entrambi che nessuno «sarà sottoposto a tortura od a trattamento o pena crudele, disumano o degradante». Analoga la formulazione dell’art. 3 CEDU, per cui «nessuno sarà sottoposto a tortura od a trattamento o pena disumano o degradante». Previsioni dello stesso tenore sono presenti nella Costituzione del Sud Africa (art. 12) e del Brasile (art. 5) e nel *Bill of Rights Act* della Nuova Zelanda (*section* 9). La Carta canadese utilizza la terminologia più antica di trattamento o pena «*cruel and unusual*» (art. 12), che si ritrova anche nel *Bill of Rights* statunitense e, con minime varianti, nelle Costituzioni di molti stati USA (*New York State Constitution*, art. 1, *sect.* 5; *Constitution of the State of Texas*, art. 1.13); questa terminologia è stata mutuata dal *Bill of Rights* inglese del 1689, che faceva divieto di cauzioni eccessive, multe smodate e punizioni «*cruel and unusual*».

⁶ *Tyrer c. Regno Unito*, sentenza 25 aprile 1978, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 329 e ss. Per la consultazione di questa e delle altre pronunce della Corte EDU citate nel presente lavoro si rimanda – oltre che ai luoghi di pubblicazione eventualmente indicati in modo analitico per ciascuna sentenza – al sito www.ohchr.org.

⁷ *Furman v Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), in <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=408&invol=238>. Per commenti: M.E. WHEELER, *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eight Amendment after Furman*, in *Stanford Law Review* 25, 1972, p. 62 e ss.; M.J. RADIN, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death*, in *Southern California Law Review* 53, 1980, p. 1143 e ss.; per una lettura politico-sociologica della decisione e delle sue conseguenze, J. SIMON, *op. cit.* Sulla difesa della dignità come *ratio* dell’ottavo emendamento, cfr. pure *Tropp v Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), in <http://supreme.justia.com/us/356/86/case.html>.

pronunciate in termini non dissimili, tra l'altro, le Corti supreme di Canada⁸, Repubblica del Sud Africa⁹ ed Israele¹⁰.

Le affermazioni testé riportate non devono, però, condurre alla frettolosa conclusione che la dignità sia impiegata, nei diversi ordinamenti, per decodificare allo stesso modo ed in maniera sistematica il divieto *de quo*. Ed infatti, uno sguardo appena un po' più attento alla giurisprudenza rivela la netta predominanza del metodo casistico e la difficoltà – con talune eccezioni che verranno segnalate – di estrapolare criteri generali.

Le spiegazioni di un tale assetto possono essere molteplici. Verosimilmente, ha avuto un peso il fatto che la proibizione di *cruel and unusual punishments* abbia avuto origine nell'*English Bill of Rights* del 1689 e, quindi, nel mondo di *common law*, strutturalmente poco incline alla sistematicità. Nel tempo e col progredire della civiltà, ciò ha portato a bandire diversi metodi di indagine e tipologie di castigo, ma non ad elaborare un univoco criterio generale astratto per riconoscere i fatti vietati. L'inversione di marcia non si è avuta con la giuridificazione della dignità, per la sua pretesa indeterminatezza – da cui è derivata la rinuncia ad affinare lo strumento e specificarne il significato – e per quella venatura emozionale, che sembra aprire la strada alla percezione in concreto piuttosto che alla comprensione razionale astratta. Infine, è da considerare che si tratta di un settore politicamente sensibile, in cui più

⁸ Cfr. *R v Smith*, [1987] 1 SCR 1045, in <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1987/1987scr1-1045/1987scr1-1045.html>.

⁹ Cfr.: *S v Makwanyane*, 1994 (3) SA 868 (A), in <http://law.gsu.edu/ccunningham/fall03/DeathPenalty-SouthAfrica-Makwanyane.htm>, caso in cui i componenti della Corte hanno ritenuto, all'unanimità, che la pena capitale fosse incompatibile con i valori e i diritti costituzionalmente rilevanti, primi fra tutti dignità e vita; *S. v Williams* (1995) 7 BCLR 861 (CC), in <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/6.html>, caso in cui è stata sancita l'illegittimità della punizione corporale inflitta ai minorenni, in base all'argomento che lo Stato deve riflettere, anche attraverso la pena, i valori che sorreggono la Costituzione, tra i quali rientra la dignità.

¹⁰ Cfr.: *Katlan v Prison Authority* (1979) 34 P.D. (3) 294, che ha qualificato degradante, in quanto violativa della dignità, la lavanda gastrica praticata senza consenso al detenuto di ritorno dalla licenza, allo scopo di individuare eventuali droghe ingerite allo scopo di immetterle abusivamente in carcere; *Uda v IDF Commander*, (1989) 43 P.D. (4) 515, che ha ricavato dalla dignità umana il diritto dell'arrestato a vedere avvisata la propria famiglia della misura restrittiva praticatagli ed ha giudicato trattamento degradante il mancato adempimento del relativo obbligo da parte delle autorità pubbliche.

che mai le esigenze individuali di garanzia si scontrano con un bisogno collettivo di punire, non sempre facile da razionalizzare, e con l'interesse degli Stati a "tenersi le mani libere" per fronteggiare situazioni ritenute meritevoli di misure straordinarie, come tipicamente accade nei casi di guerriglia interna o di lotta al terrorismo. Tali aspetti possono aver inciso sulla propensione a non elaborare parametri troppo puntuali, in maniera tale da calibrare i *dicta* – oltre che sul dato normativo – sulle contingenze e sull'evoluzione del comune sentire¹¹. È vero che, alla fine, l'operato delle corti mostra di progredire verso *standard* di civiltà sempre più elevati, ma si preferisce condurre la mediazione ed il dibattito sui singoli temi senza parametri troppo vincolanti. Talvolta, però, le resistenze da vincere possono essere tanto forti da generare aporie e rallentare il cammino anche in Paesi per altri versi all'avanguardia nella tutela dei diritti, come ben si coglie andando a considerare l'esempio degli Stati Uniti.

3. Segue: gli Stati Uniti e la *cruel and unusual punishment clause*

Nell'ordinamento statunitense, la *cruel and unusual punishment clause* – contenuta nell'Ottavo emendamento alla Costituzione – è entrata a far parte del *Bill of Rights* del 1791 per essere immediatamente applicata alla tortura e ad altri metodi

¹¹ Sul piano del *dover essere*, quest'ultimo rilievo può essere contrastato con l'argomento di Dworkin che le decisioni giurisdizionali vanno guidate da *principles* e non da *policies*; sul piano dell'*essere*, però, è difficile negare che le cose stiano nei termini enunciati, come pare confermato da talune decisioni che davvero non potrebbero trovare spiegazione se riguardate solo alla luce dei principi. È illuminante un caso israeliano degli anni '90, concernente la detenzione amministrativa di cittadini libanesi, non rilasciati dopo aver scontato la pena o addirittura catturati e trattenuti senza processo. L'autorità giudiziaria – sul presupposto dell'ammissibilità delle limitazioni alla dignità per ragioni di sicurezza pubblica (cfr.: *Bank ha.Mizrahi v Migdal Kfar Shitufi*, (1993) 49 P.D. (4) 221; *Klinberg v Parole Committee*, (1995) 96 Takin-Elyon (1) 192, 197; *Ploni v Almoni*, (1992) 48 P.D. (3) 843) – aveva inizialmente supportato l'argomento dello Stato, in base al quale il rilascio poteva essere negato allo scopo di utilizzare quelle persone nei negoziati con il Libano, offrendole in cambio della riconsegna di soldati israeliani (*Ploni v Minister of Defence*, in DINIM-ELYON (1994) vol. LVI n. 921). Solo in un secondo momento è stato riconosciuto che realizza intollerabile violazione della dignità umana l'utilizzo come merce di scambio di soggetti che non abbiano reati da spiare e non costituiscano minaccia per lo Stato (*Ploni v Minister of Defense*, in DINIM ELYON (1997) vol. LVII n. 755).

barbari di punizione, quali gogna, ruota, lapidazione e squartamento, taglio delle mani o delle orecchie, marchi sul viso o sul corpo, sventramento¹².

In seguito, altre pratiche sono state bandite o in generale o con riguardo a determinate categorie di soggetti o in relazione a certi reati. Ad esempio, è stato ritenuto «più primitivo della tortura» punire un *natural-born citizen* con la privazione della cittadinanza, implicando tale pena la «completa distruzione dello *status* dell'individuo nella società organizzata»¹³. *Ratione personae*, è stata dichiarata l'incostituzionalità della pena capitale per soggetti con *handicap* mentale¹⁴ o minori di 18 anni al tempo del commesso reato¹⁵, sul presupposto dell'asserita mancanza di consenso sociale nonché del difetto di proporzione tra la somma gravità della punizione e la misura della colpevolezza, che, nelle categorie di soggetti in questione, non può raggiungere l'intensità massima. *Ratione criminis*, la *death penalty* è stata giudicata incostituzionale perché eccessiva se applicata per la violenza sessuale o per altri reati che non cagionino la morte della vittima¹⁶.

Il filo conduttore della proporzionalità si ravvisa pure in quelle pronunce, che hanno ricavato la natura crudele o inusuale di un castigo dallo squilibrio per eccesso – stavolta da accertare in concreto – tra fatto e sanzione ed hanno affermato che «anche un solo giorno di carcere sarebbe *cruel and unusual punishment* per il “crimine” di avere un comune raffreddore»¹⁷. Non si tratta, però, di una linea di tendenza incontrastata, perché è stato sostenuto che «l'Ottavo emendamento non contiene una garanzia di proporzionalità»¹⁸ e sono state confermate *life sentences – with or without possibility of parole* – per reati di modesta gravità¹⁹.

¹² Cfr. C. DAYAN, *The Story of Cruel and Unusual*, Cambridge, Mass.; London, England: MIT Press, 2007, p. 7.

¹³ *Tropp v Dulles*, *cit.*, che, invero, fa leva sulla peculiare natura del diritto di cittadinanza piuttosto che sulla dignità.

¹⁴ *Atkins v Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), in <http://supreme.justia.com/us/536/304/case.html>.

¹⁵ *Roper v Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZS.html>.

¹⁶ Cfr.: *Coker v Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), in <http://supreme.justia.com/us/433/584/case.html>; *Kennedy v Louisiana*, 554 U.S. (2008), in <http://www4.law.cornell.edu/supct/html/07-343.ZO.html>.

¹⁷ *Robinson v California*, 370 U.S. 660 (1962), in <http://supreme.justia.com/us/370/660/case.html>.
Conf.: *Weems v United States*, 217 U.S. 349 (1910), in <http://supreme.justia.com/us/217/349/case.html>.

¹⁸ *Harmelin v Michigan*, 501 U.S. 957 (1991), in <http://supreme.justia.com/us/501/957/case.html>.

Altro argomento che talora si rinviene è quello dell'uguaglianza, visto che la *Supreme Court*, in qualche caso, ha ancorato la qualifica del trattamento come *cruel and unusual* ad una valutazione comparativa, riferita – oltre che al rapporto tra fatto e sanzione – anche alla considerazione delle pene inflitte per lo stesso reato ad altre categorie di soggetti nella stessa giurisdizione od in altre²⁰.

Per il resto, si segnala che il divieto costituzionale di *cruel and unusual punishments* non è stato valorizzato per sindacare le condizioni di vita dei detenuti nelle carceri²¹ e che il requisito della «non necessaria e deliberata inflizione di sofferenza» (*unnecessary and wanton infliction of pain*) – richiesto dalla giurisprudenza per l'integrazione delle condotte vietate²² – finisce per paralizzare pressoché tutte le doglianze prospettate ai sensi dell'Ottavo emendamento.

Non emergono, quindi, criteri univoci né strutturati e parte della stessa dottrina statunitense si mostra fortemente critica sull'impiego poco incisivo che è stato fatto della *cruel and unusual punishment clause*²³. In effetti, è evidente che non

¹⁹ Ad esempio: fatti di frode per un ammontare complessivo di 230 dollari (*Rummel v Estelle*, 445 U.S. 263 (1980), in <http://supreme.justia.com/us/445/263/case.html>); possesso di 672 grammi di cocaina (*Harmelin v Michigan, cit.*); taccheggio di *videotapes* del valore totale di 150 dollari (*Lockyer v Andrade*, 538 U.S. 63 (2003), in <http://supreme.justia.com/us/538/63/case.html>, dove l'applicazione di una sanzione così rigorosa è conseguita al meccanismo dei *three strikes*).

²⁰ Cfr.: *Solem v Helm*, 463 U.S. 277 (1983), in <http://supreme.justia.com/us/463/277/case.html>; *Furman v Georgia, cit.*

²¹ Si veda *Rohes v Chapman*, 452 U.S. 337 (1981), in <http://supreme.justia.com/us/452/337>, dove è stato sostenuto che il sovraffollamento carcerario non realizza «seria privazione delle necessità umane di base» e fa parte, per quanto odioso e restrittivo, della pena che il delinquente deve pagare.

²² Cfr.: *Gregg v Georgia*, 428 U.S. 153 (1976), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0428_0153_ZS.html; *Wilson v Seiter*, 501 U.S. 294 (1991), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-7376.ZS.html>.

²³ Cfr. C. DAYAN, *op. cit.*, p. 59 e ss., che segnala pure come certi ragionamenti speciosi si siano prestati ad essere sfruttati dai legali della Casa Bianca per redigere i tanto giustamente criticati e deprecati *torture memos*, che – nel rivedere i limiti legali della tortura dopo i fatti dell'undici settembre – si muovono nelle pieghe e negli ampi spazi lasciati liberi dalle decisioni della *Supreme Court*. In uno di essi, ad esempio, è scritto che, per aversi tortura ai sensi della legge federale, deve essere inflitta grave sofferenza *with specific intent*, elemento psicologico per l'integrazione del quale non è sufficiente la mera consapevolezza della certezza di un determinato risultato (*Memorandum for Alberto R. Gonzales, counsel to the President: standards of conduct for interrogation under 18 U.S.C.*

sono sfruttate le potenzialità del principio di dignità e che, in particolare, non è sviluppata l'idea che competa pure al condannato uno spazio vitale inviolabile, meritevole di rispetto e protezione da parte dello Stato anche a fronte di condotte lesive non intenzionali riconducibili alle autorità pubbliche. Ciò si inserisce in un orientamento più generale del pensiero politico e giuridico nord-americano, cui non appartiene la preoccupazione di assicurare un livello minimo di trattamento. V'è, poi, da aggiungere che il rigore – se non l'indifferenza – per chi ha infranto le regole si lega ad una cultura che, nel dare risalto all'autonomia, ne trae gli sviluppi estremi in termini di responsabilità²⁴. Di conseguenza, alla pena è prevalentemente attribuita una funzione retributiva, tale per cui non si guarda al futuro e, quindi, al recupero bensì al passato e, dunque, all'espiazione del male commesso.

4. Segue: gli Stati Uniti e la *death penalty*

Gli aspetti di cui s'è detto si ritrovano anche nel dibattito sulla costituzionalità della pena di morte ai sensi dell'Ottavo emendamento, tema rispetto al quale la *Supreme Court* è stata chiamata a prendere posizione più di una volta.

In particolare, nel caso *Kemmler* del 1889 è stato affermato il principio – costantemente ribadito – che «la pena capitale non è crudele, in base al significato che la parola assume nella Costituzione» e che «implica (...) qualcosa di inumano e barbaro, qualcosa di più che la mera soppressione della vita»²⁵. L'attenzione è stata, quindi, focalizzata sui metodi per porre fine all'esistenza del condannato e non sono stati giudicati *cruel and unusual* quelli più comunemente impiegati, dal plotone

sec. 2340-2340A, August 1, 2002, in K.J. GREENBERG-J.L. DRATEL (eds.), *The torture papers: the road to Abu Graib*, Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2005, p. 172 e ss.). Sull'argomento: G.J. ANNAS, *Toxic Tinkering – Lethal-Injection Execution and the Constitution*, in <http://content.nejm.org/cgi/reprint/359/14/1512.pdf>.; C. DAYAN, *op. cit.*, p. 59 e ss.

²⁴ Osserva, in proposito, J. SIMON, *op. cit.*, p. 33, che «i leader politici si sono posti in condizione di capitalizzare la predilezione culturale degli americani verso narrazioni politiche che enfatizzino la responsabilità personale e la scelta individuale a scapito del contesto sociale e dei vincoli strutturali alla libertà, e che possono essere messe in pratica senza sovvertire lo status quo della ricchezza e del potere».

²⁵ *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1889), in <http://supreme.justia.com/us/136/436/case.html>.

d'esecuzione²⁶, alla sedia elettrica²⁷, all'iniezione letale²⁸. Si è ritenuto, infatti, che i metodi *de quibus* non siano finalizzati ad infliggere intenzionalmente una sofferenza

²⁶ *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130 (1878), in <http://supreme.justia.com/us/99/130>.

²⁷ Cfr.: *In re Kemmler, cit.*; *State of Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0329_0459_ZS.html, dove addirittura non è stato ritenuto *cruel and unusual* rinnovare l'esecuzione sulla sedia elettrica dopo il fallimento del primo tentativo.

²⁸ *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-5439.ZS.html>. Il caso è particolarmente rilevante, perché il protocollo di iniezione letale fatto oggetto di scrutinio è quello praticato da ben 36 dei 37 Stati americani, la cui legislazione continua a prevedere la pena di morte. Nello specifico, quel protocollo contempla la somministrazione in sequenza di 3 farmaci per produrre il decesso: il primo, il tiopental sodico, è volto ad ingenerare lo stato di incoscienza affinché il condannato non soffra; il secondo, il pancuronio, sortisce una paralisi, intesa a prevenire convulsioni involontarie ed accelerare la morte per arresto respiratorio; il terzo, il cloruro di potassio, induce l'arresto cardiaco ed è la causa principale della morte. I ricorrenti avevano denunciato, tra l'altro, che la mancanza di medici nel *team* di esecuzione espone al rischio che la prima iniezione non sia correttamente praticata e che, pertanto, il condannato resti esposto ad atroce sofferenza, celata all'esterno dall'effetto paralizzante del pancuronio. L'alternativa avrebbe potuto essere quella della somministrazione di un unico barbiturico, come è d'uso, negli Stati Uniti, per praticare l'eutanasia agli animali e, in Oregon, per il suicidio assistito delle persone. La Corte Suprema ha rigettato l'impugnazione con una maggioranza di 7 contro 2. Più in dettaglio, non è stata ravvisata quella deliberata inflizione di dolore, che deve sussistere perché vi sia crudeltà ai sensi dell'Ottavo emendamento; è stato escluso un obbligo costituzionale dello Stato di adottare metodiche alternative; è stato giudicato incombente sui ricorrenti e non assolto l'onere di provare che il protocollo contestato crei un «rischio di grave sofferenza», significativo «ove comparato alle alternative note e disponibili». È interessante osservare che, nella pronuncia, l'unico riferimento alla dignità attiene alla «*dignity of the procedure*», che verrebbe meno «ove convulsioni o movimenti epilettici potessero essere erroneamente percepiti come segni di coscienza o sofferenza»: il fuoco dell'attenzione è così interamente spostato dal condannato al potenziale pubblico. Sia sul fronte medico che su quello politico e giuridico, la sentenza è stata comprensibilmente oggetto di critiche, per le quali si rinvia a: G.J. ANNAS, *op. cit.*; T.V. KAUFMAN-OSBORN, *Perfect Execution: Abolitionism and the Paradox of Lethal Injection*, in <http://www.escholarship.org/uc/item/9gt0f32s;via-ignorer%3Drss>. Dopo di essa, comunque, è venuta meno la moratoria *de facto* e sono riprese le esecuzioni. È, però, significativo che una nuova moratoria sia stata decisa il 25 novembre 2009 proprio dalla *Supreme Court* del Kentucky in vista dell'adozione di nuove regole per l'esecuzione.

non necessaria e non è stato dato peso neppure alla sofferenza aggiuntiva legata all'eccezionale dilatazione dei tempi di attesa dell'esecuzione²⁹.

Una prima moratoria sulla pena di morte è, comunque, arrivata con il caso *Furman v Georgia* deciso nel 1972, quando una maggioranza di 5 giudici contro 4 ha giudicato violativa della *cruel and unusual punishment clause* la pena capitale come inflitta ai condannati ricorrenti³⁰. Tuttavia, non è emersa una indicazione netta per l'incostituzionalità della *death penalty* in generale³¹. Infatti, delle 5 *concurring opinions*, si sono orientate in questa direzione soltanto quelle di Marshall e Brennan, il quale ultimo ha giudicato la sanzione estrema «*not comport with human dignity*». Gli altri giudici, invece, si sono basati sugli aspetti processuali ed hanno ritenuto la discrezionalità assoluta delle giurie nell'imposizione del castigo produttiva di un inaccettabile *vulnus* dell'uguaglianza, dimostrato dal fatto che ad essere colpiti erano soprattutto soggetti appartenenti a minoranze svantaggiate o individuati in assenza di criteri omogenei³². Dal canto loro, le opinioni dissenzienti – il cui numero è emblematico della spaccatura della Corte e della fragilità degli equilibri – ritenevano che la proibizione costituzionale non riguardasse la pena di morte, che l'Ottavo

²⁹ Cfr.: *Smith v Arizona*, 552 US_ (2007), in <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-5847.pdf>, dove era stata denunciata un'attesa trentennale contro una media di 12 anni e 3 mesi; *Foster v Florida*, 537 U.S. 999 (2002); *Lackey v Texas*, 514 U.S. 1045 (1995), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-8262.ZA.html>. Sull'argomento, J. MARRIOTT, *Walking the Eighth Amendment Tightrope: 'Time Served' in the United States Supreme Court*, in J. YORKE (ed.), *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications*, Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 2008, p. 158 e ss.

³⁰ *Furman v Georgia*, cit.

³¹ Cfr., *ex plurimis*, M.E. WHEELER, *op. cit.*, p. 62 .

³² L'attenzione alla procedura è giustificata dalla volontà di superare il dato testuale del quinto emendamento, che, nell'assicurare la garanzia del *due process of law* per la privazione della vita, ammette implicitamente la *death penalty*. Di questo aspetto tiene conto anche Brennan, che, però, preferisce superare l'ostacolo sulla base di una interpretazione evolutiva e non «originalista» (sull'*originalism* quale indirizzo ermeneutico tipicamente statunitense, pretende di ricavare il significato delle disposizioni prevalentemente dagli intenti del legislatore storico, si veda significativamente A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997.

emendamento non si estendesse al processo e che fosse consigliabile un maggior *self-restraint* dell'autorità giudiziaria.

In seguito, gli spazi di manovra lasciati dalle ambiguità della decisione hanno aperto il varco per modificare la disciplina della pena capitale piuttosto che per abrogarla. Così, dato risalto all'obiettivo di scongiurare il rischio di condanne arbitrarie o discriminatorie, alcuni Stati hanno previsto la condanna a morte obbligatoria e non meramente facoltativa per i colpevoli di determinati reati, mentre altri hanno introdotto vari limiti alla discrezionalità delle giurie. La Corte Suprema è stata, quindi, nuovamente investita della questione e sollecitata dai condannati ricorrenti ad andare oltre il *dictum* di *Furman* per dichiarare una volta e per tutte l'illegittimità della pena capitale.

Non si è, però, addivenuti a tale risultato, essendo stato ritenuto sulla base di taluni indici – quali le risposte legislative alla decisione del '72, l'esito di un *referendum* tenutosi in California e la perdurante disponibilità delle giurie ad infliggere quel castigo – che la società americana non stimasse la pena di morte *cruel and unusual punishment*³³. Non è stato di ostacolo alla conservazione della più severa delle punizioni neppure il principio di dignità umana, sul presupposto che quella pena non sia eccessiva, ma rappresenti la necessaria risposta retributiva per rispettare la dignità delle vittime. Con questi argomenti – in *Gregg v Georgia* ed altre quattro sentenze, adottate tutte nello stesso 1976 – si è statuito che la *death penalty* non viola l'Ottavo emendamento purché siano rispettati taluni vincoli procedurali, suggeriti dall'evoluzione degli *standard* di civiltà³⁴.

³³ Cfr. *Gregg v Georgia*, *cit.*

³⁴ Segnatamente, devono sussistere disposizioni statutarie in grado di dirigere le giurie nella ponderazione delle circostanze, va riconosciuto il diritto d'appello e non deve essere esclusa l'eventuale concessione della grazia in considerazione di specifiche caratteristiche dell'*offender* (cfr.: *Gregg v Georgia*, *cit.*; *Roberts v Louisiana*, 428 U.S. 325 (1976), in <http://supreme.justia.com/us/428/325/case.html>; *Woodson v North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0428_0280_ZS.html; *Jurek v Texas*, 428 U.S. 262 (1976), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0428_0262_ZS.html; *Proffitt v Florida*, 428 U.S. 242 (1976), in <http://supreme.justia.com/us/428/242>). Più avanti, è stato stabilito anche che non debba subire limitazioni il diritto dell'imputato di provare eventuali *mitigating factors* (cfr.: *Lockett v Ohio*, 438 U.S. 586 (1978), in <http://supreme.justia.com/us/438/586/case.html>; *Holmes v South Carolina*, 547 U.S. 319 (2006), in [189](http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-</p></div><div data-bbox=)

Alla fine, quindi, la legittimità del supplizio è stata fatta salva, disancorando il giudizio di crudeltà dall'evento finale e facendolo dipendere dagli aspetti procedurali relativi alla comminazione ed all'esecuzione della sanzione. Avverso un tale approdo e gli argomenti che lo sostengono potrebbero essere mossi innumerevoli rilievi critici, ampiamente sviluppati, invero, nel vivace dibattito statunitense sulla pena di morte. A quel dibattito non può che farsi rinvio³⁵, per lasciare qui spazio ai soli aspetti giuridici più strettamente legati al tema della dignità e tali da suscitare perplessità pur a volersi muovere nella logica interna di quell'ordinamento.

Procedendo per analogie e raffronti, colpisce, ad esempio, che abbia potuto più l'appartenenza alla comunità politica che non quella al consorzio dei viventi: infatti, per non distruggere lo «*status* dell'individuo nella società organizzata» è stato ritenuto crudele l'espatrio del cittadino³⁶, mentre non è stata bandita la pena capitale, che pur arriva ad annullare l'uomo nella sua interezza.

È vero, poi, che il sistema non ha tra i suoi obiettivi il recupero del condannato, ma la necessità – pur sempre riconosciuta – di soddisfarne le esigenze umane di base confligge con un fine ultimo di annientamento³⁷.

Ancora, il sacrificio del reo sembra assurgere ad emblema del *dark side* della società e dello Stato piuttosto che a strumento di recupero della dignità della vittima.

1327.ZS.html) e che le aggravanti debbano essere formulate in modo preciso (*Godfrey v. Georgia*, 446 U.S. 420 (1980), in <http://supreme.justia.com/us/446/420>) ed essere provate oltre ogni ragionevole dubbio (*Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-488.ZS.html>).

³⁵ Recentemente: A.R. DIETER, *A Crisis of Confidence: Americans' Doubts about the Death Penalty*, in J. YORKE (ed.), *op. cit.*, p. 187 e ss.; L. GOISIS, *Sull'efficacia deterrente della pena di morte: riflessioni sul dibattito statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1366 e ss.; P. HODGKINSON-S. KANDELIA-L. GYLLENSTEN, *Capital Punishment: A Review and Critique of Abolition Strategies*, in J. YORKE (ed.), *op. cit.*, p. 249 e ss.; J. KILLINGLEY, *Constraining America's Death Penalty: The Eighth Amendment and Excessive Punishment*, *ivi*, 127 e ss.; A. MARCHESI, *La pena di morte. Una questione di principio*, Roma-Bari, 2004; J. MARRIOTT, *op. cit.*; T. MARSHALL, *The Death Penalty is a Denial of Human Dignity*, in L.P. POJMAN (ed.), *Life and Death: A Reader in Moral Problems*, Belmont, CA: Wadsworth Publishing Co., 2000.

³⁶ *Tropp v Dulles*, *cit.*

³⁷ Cfr. *Rohes v Chapman*, *cit.*

Inoltre, è sempre stato meritato vanto della cultura statunitense quello di avere a cuore la libertà delle persone, garantita, tra l'altro, dall'estensione del *free speech* e dalle garanzie del *due process of law*. Ciò ha alla base una data comprensione dell'uomo come essere individuale, complesso e razionale, dotato di facoltà e potenzialità che trovano espressione per ciascuno in forme e modi diversi. Questa dimensione è valorizzata anche nella fase che può portare all'emanazione della sentenza capitale, visto che il legislatore e la *Supreme Court* hanno delineato un sistema rafforzato di garanzie procedurali per assicurare pieno diritto di difesa e possibilità di far emergere le peculiarità del caso. Eppure, al momento dell'esecuzione, ci si preoccupa – neanche troppo approfonditamente – soltanto dell'esperienza del dolore fisico, trascurando che le capacità di immaginazione, anticipazione e proiezione producono un'ulteriore sofferenza. La mancata considerazione di tale aspetto finisce per degradare l'uomo da essere razionale ad essere meramente senziente. Qualcuno potrebbe parlare di diritto penale del nemico o del subumano, ma – anche a mettere da parte etichette che recano con sé evidenti intenti polemici – non scompare la percezione dolorosa di una umanità prima diminuita e poi annientata. Tale implicazione è stata ben colta dal giudice Brennan nella celebre *opinion* espressa in *Furman v Georgia*, ove si ravvisa il significato delle pene *cruel and unusual* nel trattare «membri della razza umana come non umani, come oggetti con cui giocare e da scartare», se ne desume il contrasto con l'Ottavo emendamento che riconosce anche al più vile criminale una «*common human dignity*» e si conclude per l'inammissibilità delle sanzioni degradanti, arbitrarie, eccessive e sprovviste di ampio consenso sociale, caratteri tutti attribuiti alla pena di morte. Si può non concordare con taluni argomenti o passaggi³⁸, ma si tratta di un apprezzabile tentativo di razionalizzare la materia, mettendo all'opera quell'ideale di dignità, cui nessuno manca di tributare formale omaggio. L'impostazione, però, non ha avuto seguito, scalzata da ragioni legate alla tradizione, alla pretesa volontà popolare, all'indirizzo politico, ai rapporti tra poteri dello Stato e, più in generale, a una cultura che fa affidamento sul binomio massima libertà/massima responsabilità. Alla fine, quindi, la dignità non riesce ad operare da timone robusto, riducendosi

³⁸ Per la discussione in proposito, H.A. BEDAU, *The Eighth Amendment, Dignity, and the Death Penalty*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *op. cit.*, p. 176 e s.

piuttosto a brezza leggera che spira ora sul condannato³⁹ ora sulla vittima⁴⁰ ora semplicemente e paradossalmente sulla procedura⁴¹.

Ciononostante, dalla riflessione giurisprudenziale statunitense si trae qualche impulso per la costruzione del versante applicativo del principio di dignità.

Ci si riferisce alla cura per i meccanismi processuali, che esprime la fiducia di quell'ordinamento nel *fair trial* quale strumento capace di garantire, al contempo, il rispetto della dignità individuale e l'interesse pubblico al perseguimento degli ideali di verità e giustizia. Ci si riferisce altresì all'attenzione prestata all'uguaglianza in concreto, che viene tenuta in grande considerazione ai fini della valutazione di crudeltà di un trattamento⁴² e che risulta inestricabilmente legata alla dignità. Ed allora, ben al di là della specifica tematica della tortura e degli altri trattamenti vietati, il contributo del pragmatismo statunitense consiste nel portare l'attenzione sull'impatto sociale concreto delle norme e nel saper vedere ed esprimere l'ingiustizia, che si cela dietro una applicazione delle pene che sia arbitraria o discriminatoria a svantaggio di determinati soggetti, specie appartenenti a minoranze i cui membri siano «pochi», «emarginati dalla società» e «impopolari»⁴³.

Nell'Europa continentale, le tematiche processuali, in generale, hanno formato oggetto di approfondimento in chiave comparatistica e contribuito allo

³⁹ *Furman v Georgia*, *cit.*

⁴⁰ *Gregg v Georgia*, *cit.*

⁴¹ *Baze v Rees*, *cit.*

⁴² L'argomento si lega alla particolare composizione e storia della società americana. A partire dagli anni '50 del Novecento, è stato speso in chiave difensiva per rilevare che le leggi degli Stati del sud che comminavano la pena capitale per fatti di stupro, pur essendo apparentemente *race-neutral*, venivano applicate in maniera tale da condannare a morte solo uomini di colore che avessero violentato donne bianche. Maggiori ragguagli in J. KILLINGLEY, *op. cit.*, e bibliografia ivi citata.

⁴³ *Opinion* del giudice Douglas in *Furman v Georgia*, *cit.* Osserva, però, J. SIMON, *op. cit.*, p. 158, che, a partire da *McCleskey v Kemp*, 481 U.S. 279 (1987), in <http://supreme.justia.com/us/481/279/case.html>, la Corte Suprema ha evitato di «imporre nuovi vincoli alla pena di morte a fronte di una chiara evidenza statistica del fatto che gli autori di omicidio a danno di vittime bianche esibivano una maggiore probabilità di subire una condanna a morte, soprattutto se si trattava di afroamericani». Secondo il nuovo punto di vista maturato dalla Corte, «solo la prova di un intento discriminatorio nei confronti di un particolare imputato» potrebbe evidenziare «una violazione della garanzia costituzionale di uguale protezione della legge».

spostamento sempre più marcato dei vari sistemi verso modelli di tipo accusatorio; c'è minore familiarità, invece, con la considerazione delle ricadute della legislazione a livello empirico⁴⁴. Eppure, quest'ultimo approccio potrebbe rivelarsi utile per far camminare dignità ed uguaglianza coi piedi per terra. Studi e ricerche empiriche, infatti, consentirebbero di apprezzare se l'applicazione delle norme e delle relative sanzioni proceda in modo simile sul territorio ed in relazione a categorie di persone in condizioni analoghe; gli stessi studi e ricerche, inoltre, potrebbero essere utili per indagare le cause di eventuali disuguaglianze e capire come porvi rimedio. Disparità inaccettabili alla stregua dei criteri costituzionali andrebbero, quindi, rimosse da chi ne abbia la competenza, soprattutto dal legislatore – in sede di approvazione od emenda normativa – e dagli altri soggetti istituzionali, nei limiti e per il tramite degli strumenti a disposizione. Ove, però, queste strategie dovessero fallire, il passo per arrivare ad ammettere una possibilità di intervento della Corte costituzionale non è breve né scontato, almeno in sistemi che accolgano il principio di divisione dei poteri. Nel nostro Paese, ad esempio, si potrebbe ritenere che il *vulnus* dell'uguaglianza derivante dall'applicazione più che dalla formulazione delle norme possa giustificare l'ingerenza dell'organo di garanzia costituzionale nei soli casi di violazioni macroscopiche e sistematiche, che si traducano in evidente irragionevolezza della legislazione per lesione della dignità e dell'uguaglianza delle persone.

A questo punto, conviene volgere lo sguardo ad altri ordinamenti, per apprezzare se o come sia possibile trarre dal principio di dignità indicazioni ulteriori e più stringenti rispetto alla tortura ed agli altri trattamenti vietati. In quest'ottica, è oltremodo significativa la sentenza sull'ergastolo, emessa dalla Corte costituzionale tedesca sul finire degli anni '70 del secolo scorso e sovente citata come fondamentale

⁴⁴ Tale critica è portata avanti anche da M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 45 e s., il quale rimprovera alla Corte costituzionale italiana di fare «un *uso argomentativo* di principi (per es. di *extrema ratio*, della funzione rieducativa della pena), senza nessuno strumento o collaudo empirico. (...) L'unico controllo è quello di razionalità rispetto ai valori e agli scopi, non rispetto agli effetti reali: il paradigma normativistico integrale impedisce qui che il giudice del diritto (e dei valori) si sporchi le mani con la realtà. (...) Si avverte la sensazione che ci si muova sempre entra *una dimensione «idealistica»* dove il diritto è uno strumento auto poetico, non uno strumento che si modifica secondo le sue reali conseguenze applicative».

punto di riferimento anche a livello internazionale⁴⁵. Invero, si collocano nello stesso solco anche le decisioni della Corte costituzionale italiana sul medesimo tema.

5. Segue: la posizione tedesca e quella italiana sull'ergastolo

Nel 1977, il *Bunerverfassungsgericht* è stato chiamato a sindacare la legittimità dell'ergastolo quando previsto come pena obbligatoria per l'omicidio. La pronuncia non è incentrata sul divieto di punizioni crudeli, disumane o degradanti – non espressamente contemplato in quanto tale dalla Legge fondamentale –, ma il collegamento con la tematica *de qua* è di palmare evidenza. Per di più, alcune delle questioni poste all'attenzione della Corte ricordano da vicino aspetti sui quali si è dovuta pronunciare la *Supreme Court* statunitense con riguardo alla pena capitale.

Ebbene, nella prospettazione dell'organo rimettente, i lunghissimi tempi di prigionia producevano sul condannato effetti psicologici tanto negativi da contrastare con la dignità umana; il carcere a vita sopprimeva del tutto la libertà di movimento, laddove l'ordinamento costituzionale permetteva, al più, la limitazione per legge dei diritti fondamentali; l'uguaglianza sostanziale risultava violata tanto dall'obbligatorietà della sanzione – preclusiva di un giudizio calibrato sulla fattispecie concreta – quanto dal potere di grazia, diversamente regolato nei vari *Länder*, non sottoposto a controllo giudiziale e, quindi, inadeguato ad assicurare il diritto del prigioniero a veder considerate le proprie istanze.

La radicale censura di illegittimità così formulata non ha ricevuto l'avallo della Corte, il cui attento percorso motivazionale, però, è entrato nel vivo del dibattito ed ha sortito un impatto importante sugli sviluppi successivi. Il punto di partenza è che la libertà personale può subire restrizioni solo per legge ed a condizione che il legislatore tenga conto dei principi di dignità, uguaglianza e proporzione nonché dei precetti dello stato di diritto e dello stato sociale. Dall'inviolabilità della dignità discende il dovere delle istituzioni carcerarie di adoperarsi – anche rispetto ai condannati all'ergastolo – per favorire la risocializzazione e contrastare gli effetti negativi della prigionia. Ciò posto, è stato

⁴⁵ D. VAN ZYL SMIT, *Taking life imprisonment seriously in national and international law*, The Hague, New York: Kluwer Law International, 2002, p. 145 e ss.

⁴⁵ BVerfGE 30, 173 (1971), testo tradotto in inglese in D.P. KOMMERS, *op. cit.*, p. 428 e ss.

ritenuto che non vi fosse prova – in base ai pareri degli esperti – di un deterioramento della personalità inevitabilmente conseguente alla lunga detenzione e che anzi tale risultato avrebbe dovuto essere scongiurato dall'evoluzione dell'organizzazione penitenziaria; non sono stati ravvisati ostacoli alla previsione astratta dell'ergastolo, considerato che la pena può essere chiamata ad assolvere più funzioni, tra le quali anche retribuzione e deterrenza; non è stata giudicata incostituzionale l'obbligatorietà del castigo, potendo essere garantita la proporzione tra fatto e sanzione attraverso una interpretazione restrittiva dei presupposti di legge. Tuttavia, «l'essenza della dignità umana è attaccata se il prigioniero, nonostante lo sviluppo personale, deve abbandonare ogni speranza di riacquistare la libertà» e detta speranza non è adeguatamente garantita se affidata esclusivamente alla grazia, necessitando piuttosto della predeterminazione legislativa dei presupposti e delle procedure per il vaglio di eventuali istanze di liberazione. Alla pronuncia del *Bundeferfassungsgericht* hanno, quindi, fatto seguito una serie di modifiche normative, che, tra l'altro, oggi incaricano l'autorità giudiziaria – non più l'organo di governo – di decidere se sospendere la restante parte della pena, dopo che il condannato abbia scontato 15 anni di detenzione e sempre che sussistano le condizioni soggettive previste dalla legge⁴⁶.

Anche la Corte costituzionale italiana ha contribuito a ridisegnare per la gran parte la disciplina dell'ergastolo, mitigandone il volto rispetto alle previsioni originarie ed in aderenza al mutato quadro di riferimento. Nel 1974 – sul presupposto che sono a base della sanzione finalità di dissuasione, prevenzione e difesa sociale, oltre che di emenda – l'istituto è stato giudicato non violativo del principio secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, comma 3, Cost.). La Consulta ha dato rilievo – come l'omologa autorità tedesca – alle previsioni di legge che, ammettendo l'ergastolano alla liberazione condizionale, mirano a consentirne il reinserimento nel consorzio civile⁴⁷. Inoltre, nel nostro Paese l'organo di garanzia

⁴⁶ Cfr. D. VAN ZYL SMIT, *op. cit.*, p. 150 e ss.

⁴⁷ Corte cost., 14 maggio 1974, n. 264, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 262 e ss., con nota M. PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*. Inoltre, nel 1983, per ampliare ulteriormente le opportunità e garantire

costituzionale ha imposto, prima ancora che in Germania, la revisione del sistema che conferiva all'esecutivo il potere di deliberare l'ammissione del reo alla liberazione condizionale⁴⁸. Infine, a metà degli anni '90, è stata affermata l'incompatibilità tra l'art. 31 Cost. – «che prevede una speciale protezione per l'infanzia e la gioventù e favorisce gli istituti necessari a tale scopo» – e la previsione dell'ergastolo per gli imputati infradiciottenni, che accomunava «nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile, che esige» una diversificazione di trattamento rispetto alla disciplina punitiva generale⁴⁹.

Le pronunce italiane non fanno espressamente appello alla dignità, ma sono animate dallo stesso spirito della decisione tedesca, che assume il principio di dignità a motore trainante. Può scorgersi in questo una riprova della pervasività del concetto nonché un indice di cultura e sensibilità comune ai due Paesi.

A voler andare più a fondo, emergono consonanze anche tra le preoccupazioni fronteggiate e le soluzioni adottate dalla Corte Suprema americana, da una parte, e dai giudici costituzionali tedeschi e italiani, dall'altra.

Infatti, le autorità giudiziarie dei diversi Paesi – pur facendo proprie alcune critiche al sistema vigente – non sono arrivate a dichiarare l'illegittimità della sanzione più severa contemplata dall'ordinamento. È verosimile che la scelta sia espressione, almeno in parte, di un *self-restraint* volto a evitare lo scontro frontale col potere legislativo su quella potestà punitiva che è altamente espressiva della sovranità. I correttivi richiesti, quindi, hanno costituito lo strumento – giudicato

l'uguaglianza, la Corte costituzionale ha esteso all'ergastolano – ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale – le riduzioni di pena previste a vantaggio di quanti mostrino di partecipare all'opera rieducativa (Corte cost., 11 gennaio 1983, n. 274, in *Foro it.*, 1983, I, c. 233 e ss., con nota V. GREVI).

⁴⁸ Si veda Corte cost., 21 novembre 1974, n. 204, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'illegittimità delle norme attributive di discrezionalità *in subjecta materia* al Ministro della giustizia e segnalato la necessità della previsione legislativa di un apposito procedimento giurisdizionale, che garantisca il diritto del condannato a vedere riesaminata la propria posizione al verificarsi dei presupposti di diritto sostanziale.

⁴⁹ Corte cost., 12 aprile 1994, n. 168, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2382 e ss.

adeguato alle contingenze – per contemperare in un modo politicamente accettabile esigenze pubbliche e diritti dei privati.

La comune preoccupazione di scongiurare arbitri, abusi e ingiustificate disuguaglianze derivanti dall'esercizio del potere ha portato, negli USA, a limitare la discrezionalità delle giurie e rafforzare le garanzie procedurali; in Germania e in Italia, a sostituire i procedimenti amministrativi per la concessione dei benefici ai detenuti con meccanismi di ricorso giudiziario, predeterminati per legge nei presupposti e nelle forme. Trovano, quindi, conferma le idee forti, rispettivamente americana e tedesca, che la *due process clause* e lo stato di diritto abbiano alla base la dignità umana.

L'esigenza – dettata dal rispetto per l'individualità – di assicurare proporzione tra fatto e sanzione ha indotto a meditare sull'inflessibilità della pena obbligatoria per legge. La *Supreme Court* ha, quindi, dichiarato illegittime le disposizioni che non contemplino almeno la possibilità di *pardon* in considerazione delle caratteristiche dell'*offender*. Il *Bunneverfassungsgericht* ha suggerito un'interpretazione quanto più possibile restrittiva, per circoscrivere l'applicazione dell'ergastolo ai soli fatti che risultino effettivamente della massima gravità. La Corte costituzionale italiana non è stata chiamata a prendere posizione sul punto, ma è da ritenere che l'adeguamento alla fattispecie possa essere operato, nei casi di sanzione obbligatoria, attraverso il giudizio di bilanciamento in concreto con eventuali attenuanti.

Ancora, il ragionamento delle Corti non è monotematico e tiene conto di diversi parametri, tra i quali dignità, libertà, uguaglianza e proporzione, a conferma dell'impossibilità di ricavare tutte le soluzioni da un unico principio.

Le analogie, però, si arrestano qui, perché i criteri del decidere e gli equilibri finali raggiunti sono marcatamente diversi.

A differenza dei colleghi tedeschi e italiani, infatti, i giudici americani non mostrano propensione a costruire un sistema ordinato e coerente di principi, al punto che risulta difficile individuare una *ratio* comune non solo tra le diverse pronunce, ma spesso persino tra le *concurring opinions* di un'unica decisione. La dignità funge da criterio ispiratore solo per alcuni e non è sempre impiegata nella medesima direzione.

La pronuncia tedesca e quelle italiane esprimono, invece, la sistematicità e l'orientamento valoriale tipici di quegli ordinamenti, esplicitando i principi e procedendo poi al raccordo. Nella decisione tedesca, in particolare, la dignità è parametro costituzionale, oggettivo, forte e incontrovertito e viene costantemente qualificata inviolabile. Tale aspetto merita di essere precisato: i modi di composizione seguiti dal *Bundeverfassungsgericht* e presenti anche nell'argomentare della nostra Corte costituzionale testimoniano, infatti, che l'inviolabilità vera e propria va riferita al nucleo minimo della dignità, le cui aree periferiche possono – in qualche modo e nel rispetto delle garanzie – essere comprese, come accade nei casi di legittima detenzione di chi abbia commesso reati; la salvaguardia della base essenziale, invece, non viene meno neppure all'atto dell'esecuzione della pena, dove anzi svolge il ruolo importante di orientare al recupero ed al reinserimento sociale del reo⁵⁰. La dignità vale così a dare risalto al finalismo rieducativo, che si aggiunge, senza scaltarle, alle più tradizionali funzioni della pena, ossia retributiva e di deterrenza. In questo modo, è scongiurata – almeno in teoria – quella sorta di cesura tra lo *status* del libero cittadino e quello del detenuto, che, nel sistema statunitense, consegue alla poca cura per le condizioni di chi è ristretto in carcere. Ancor più nello specifico, l'attenzione prestata in Germania e in Italia alla sofferenza psicologica dei condannati alla pena perpetua e l'obiettivo di conservare loro almeno la speranza della libertà sono indici della volontà di non degradare il condannato ad animale con meri bisogni materiali da soddisfare e sensibilità al dolore fisico da non stimolare.

⁵⁰ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, il predicato dell'inviolabilità riferito alla dignità si ritrova, tra l'altro, nelle sentenze n. 368 del 1992, *cit.*, e n. 334 del 1996, in www.cortecostituzionale.it. Altre pronunce, poi, sono esplicitate nel chiarire che la predetta inviolabilità è da intendersi solo con riferimento al nucleo essenziale della dignità e dei diritti che da essa promanano. In questo senso, sul diritto alla salute Corte cost., 27 aprile 1994, n. 304, e Corte cost., 7 luglio 1999, n. 309, in www.cortecostituzionale.it, nella quale ultima si legge che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di un nucleo irrinunciabile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana». In termini non dissimili, *ex plurimis*: Corte cost., 19 maggio 2008, n. 166, in www.cortecostituzionale.it, sul diritto all'abitazione; Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 37, *ivi*, sull'ordinamento delle forze armate; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 366, *ivi*, sulla libertà e segretezza delle comunicazioni.

Non c'è principio che possa trasformare il carcere nel paradiso delle opportunità, ma la tensione ideale al costante rispetto dell'uomo come essere morale spinge ad adottare cautele, a scongiurare certi estremi ed a predisporre risorse. In questa cornice, lo Stato non è chiamato al ruolo di mero spettatore, ma incaricato quantomeno della protezione della dignità⁵¹. In sintesi, a differenza che negli USA, la dignità ha un significato autonomo in Germania e in Italia, dove non viene fagocitata da libertà ed uguaglianza, ma si combina con esse per opporre limiti ed articolare pretese nei confronti dello Stato. Ne sono derivate una serie di implicazioni sostanziali e procedurali molto precise, che garantiscono e proteggono il reo anche per tutta la fase di esecuzione della pena. Dette implicazioni sono ben sorrette dalle disposizioni della Costituzione ed affondano le radici nelle tradizioni culturali nazionali.

Per rispondere alla domanda se risultati analoghi o comparabili possano essere raggiunti in contesti geo-politici più vasti, conviene guardare agli orientamenti della Corte EDU.

6. Segue: le sentenze della Corte EDU

La Corte EDU è stata chiamata più volte a valutare la legittimità di determinate pratiche ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, che fa divieto assoluto di sottoporre alcuno a tortura od a pene o trattamenti inumani o degradanti⁵². Le

⁵¹ Tutti questi aspetti sono ben condensati in un passo della sentenza tedesca sull'ergastolo, che vale la pena di citare testualmente: «la libertà e dignità della persona umana sono i valori più alti dell'ordine costituzionale. Lo Stato in tutte le sue articolazioni è obbligato a rispettarle e difenderle. Ciò è basato sulla concezione della persona umana come essere morale dotato della libertà di statuire per sé e di evolversi. Questa libertà nell'accezione della Legge fondamentale non è quella di un individuo isolato e *self-regarding* bensì quella di una persona legata alla e vincolata dalla comunità»; a ciò consegue, da una parte, che «l'individuo deve accettare quei limiti alla propria libertà di azione che il legislatore stima necessari nell'interesse della vita sociale della comunità» e, dall'altra, che «l'autonomia individuale deve essere protetta. Tanto significa che» lo Stato «deve riconoscere a ogni individuo nella società uguale valore» e che «è contrario alla dignità umana fare delle persone meri oggetti nelle mani dello Stato».

⁵² Sull'assolutezza del divieto – desumibile già dalla lettera art. 15 CEDU, che esclude l'art. 3 dal novero delle disposizioni derogabili in «stato d'urgenza» –, cfr. M. CHIAVARIO, *La Convenzione*

decisioni risultano di particolare importanza per la vastità dello spazio territoriale di riferimento, per l'esistenza di orientamenti consolidati e per il fatto di essersi addentrate in diverse questioni, dal ricorso a mezzi straordinari alle attività di *routine*. È, dunque, opportuno cercare di far emergere gli indirizzi generali⁵³.

Ebbene, sia per individuare le condotte vietate sia per porre il *discrimen* tra tortura ed altri trattamenti, la Corte ha elaborato il criterio cosiddetto della «soglia minima»⁵⁴. Questa soglia non è rigidamente predeterminata, ma soggetta ad evoluzione nel tempo e va ricostruita, di volta in volta, sulla base di una serie di parametri, che comprendono il tipo e la durata della misura, le conseguenze fisiche o morali riportate dal soggetto colpito, le condizioni generali di questi e quant'altro possa rilevare. Nel complesso, si è delineata una scala di gravità, nella quale il gradino più basso è occupato dal trattamento degradante, caratterizzato dal prevalere della componente di umiliazione della vittima di fronte agli altri⁵⁵; segue il

europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale, Milano, 1969, p. 65 e ss.

⁵³ Nel dettaglio, si rinvia a: A. ESPOSITO, *Art. 3*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 49 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 112 e ss.

⁵⁴ Per i *leading cases*, si vedano: *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza 18 gennaio 1978, in *Foro it.*, 1978, IV, c. 121 e ss.; *Tyrer c. Regno Unito*, *cit.* Il criterio in questione – che ad un certo punto era parso abbandonato (cfr.: *Tomasi c. Francia*, sentenza 27 agosto 1992, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1992, p. 1032 e ss.; *Ribitsch c. Austria*, sentenza 4 dicembre 1995, *ivi*, 1996, p. 195 e ss.) – è stato, invece, chiaramente riconfermato a partire da: *Tekin c. Turchia*, sentenza 7 giugno 1998, *Raccolta 1998*; *Labita c. Italia*, sentenza 6 aprile 2000, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2018 e ss., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 189 e ss. Con particolare riguardo al nostro Paese, è interessante notare che, fino ad oggi, la giurisprudenza di Strasburgo non ha ritenuto la «soglia minima» integrata del regime detentivo di cui all'art. 41bis della legge di ordinamento penitenziario considerato nella sua configurazione astratta (sul tema, E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano e degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1264 e ss.).

⁵⁵ La Corte ha avuto cura di precisare che, «perché una pena sia qualificata degradante e sia in contrasto con l'art. 3, l'umiliazione o l'avvilimento cui si accompagna deve situarsi ad un livello particolare ed essere differente dall'elemento di umiliazione inerente ad ogni pena. Vietando espressamente le pene disumane e degradanti, l'articolo 3 implica, del resto, che quelle non si confondano con le pene in generale» (*Costello-Roberts c. Regno Unito*, sentenza 25 marzo 1993, in

trattamento inumano, realizzato tramite la volontaria inflizione di patimenti fisici e mentali di particolare intensità⁵⁶; infine, si arriva alla tortura, dove la sofferenza inflitta raggiunge l'acme⁵⁷. La mobilità delle soglie è stata oggetto di critiche, avendo dato l'impressione – specie in qualche caso – che a fare la differenza possa essere la volontà di evitare lo stigma di una condanna per tortura a Paesi che si fregiano della più alta reputazione liberale e garantista⁵⁸. Non è da escludere che talvolta il rilievo colga nel segno, ma è più importante segnalare l'attenzione della Corte a che non si scenda al di sotto di un livello minimo di rispetto. Peraltro, una certa cautela nell'affermare l'avvenuta integrazione della tortura non è biasimevole, se può essere d'aiuto a guadagnare la fattiva collaborazione dello stesso Stato comunque ritenuto responsabile di aver violato l'art. 3 della Convenzione.

Allo scopo di rendere effettiva la tutela, gli organi di Strasburgo hanno posto a carico degli Stati – oltre al dovere di astenersi dai comportamenti direttamente vietati – obblighi positivi di garanzia⁵⁹, che, tra l'altro, si estendono alle condotte tenute da privati⁶⁰, impongono di proteggere l'integrità della persona privata della

Riv. internaz. diritti dell'uomo, 1993, p. 453 e ss. Conf. *Poltoratskiy c. Ucraina*, sentenza 29 aprile 2003).

⁵⁶ Ad esempio, *Irlanda c. Regno Unito*, *cit.*, sono stati qualificati «trattamenti disumani» taluni metodi di interrogatorio – dalla costrizione a stare in piedi per ore, all'incappucciamento per il periodo di detenzione, alla sottoposizione a intenso rumore, alla privazione del sonno e del cibo – praticati nel Regno Unito nei confronti di persone arrestate in Irlanda del Nord.

⁵⁷ Per la Corte, non è necessario, perché si abbia tortura, che le sofferenze siano finalizzate a estorcere informazioni, confessioni od altro. A titolo esemplificativo, in *Selmouni c. Francia*, sentenza 28 luglio 1999, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1999, p. 278 e ss., sono stati ravvisati atti di tortura nei pugni, calci, minacce e sevizie sessuali inflitti al Selmouni durante il fermo di polizia.

⁵⁸ F. NÍ AOLÁIN, *The European Convention on Human Rights and Its Prohibition on Torture*, in S. LEVINSON (ed.), *Torture: a collection*, *cit.*, p. 216, ritiene che ciò sia accaduto, ad esempio, in *Ireland v United Kingdom*, sentenza 18 gennaio 1978, quando cinque tecniche di interrogatorio, impiegate dal governo britannico per contrastare il terrorismo nord-irlandese, sono state qualificate dalla Corte EDU trattamenti disumani piuttosto che torture, come ritenuto, invece, dalla Commissione.

⁵⁹ Sugli obblighi positivi di intervento derivanti dalla CEDU e ricadenti in capo agli Stati aderenti, nell'ottica penalistica, si vedano: F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano, 2003; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, *cit.*, p. 255 e ss.

⁶⁰ Cfr.: *A. c. Regno Unito*, sentenza 22 settembre 1998, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1999, p. 292 e ss.; *Costello-Roberts c. Regno Unito*, *cit.*

libertà con condizioni di detenzione non pregiudizievoli per la salute e presidi sanitari appropriati⁶¹, prescrivono di rigettare le richieste di estradizione verso Paesi in cui vi sia il rischio per l'estradatao di essere sottoposto a trattamenti proibiti dalla Convenzione⁶², richiedono allo Stato di porre in essere adeguate inchieste su eventuali maltrattamenti lamentati⁶³.

Il quadro tracciato dalla Corte EDU – ed ormai per la gran parte recepito dalla giurisprudenza degli Stati membri⁶⁴ – coniuga profili più classici con elementi di novità meritevoli di attenzione.

⁶¹ Cfr.: Commissione, dec. 2 marzo 1998, *Venutucci c. Italia*; Commissione, dec. 12 gennaio 1995, *Lukanov c. Bulgaria*, DR, 80-A, p. 128 e ss.

⁶² Di fondamentale importanza in argomento, *Soering c. Regno Unito*, sentenza 7 luglio 1989, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1989, p. 495 e ss., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 334 e ss., ampiamente commentata in dottrina (cfr.: A. DAMATO, *Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 648 e ss.; F. MAROTTA, *Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione. Considerazioni sulla sentenza Soering*, *ivi*, 1989, p. 439 e ss.; F. PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 367 e ss.; C.R. ROECKS, *Extradition, Human Rights, and the Death Penalty: when Nations Must Refuse to Extradite a Person Charged with a Capital Crime*, in *Cal. W. Int'l L. J.*, 1994, v. 25, p. 189 e ss.). I principi affermati in tema di estradizione sono stati poi estesi anche alle espulsioni e, più in generale, a tutti i casi di allontanamento forzato dalla propria giurisdizione deciso da uno Stato membro (cfr.: *Chahal c. Regno Unito*, sentenza 15 novembre 1996, in *Legislazione pen.*, 1997, p. 462 e ss.; *Vilvarajah ed altri c. Regno Unito*, sentenza 30 ottobre 1991, *Serie A*, 215, p. 34).

⁶³ L'orientamento è consolidato e la violazione dell'obbligo procedurale di inchiesta approfondita ed effettiva – cioè tale da portare all'identificazione e punizione dei responsabili – è fonte di una responsabilità internazionale autonoma rispetto a quella derivante dall'eventuale violazione sostanziale dei divieti *ex art. 3 CEDU*. *Ex plurimis*: *Selmouni c. Francia*, *cit.*; *Assenov ed altri c. Bulgaria*, sentenza 28 ottobre 1998, in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1999, p. 373 e ss.; *Askoy c. Turchia*, sentenza 18 dicembre 1996, *Raccolta* 1996.

⁶⁴ Detta conformità teorica esime, dunque, dall'analitica considerazione delle realtà nazionali, per le quali ci si limita a taluni rinvii. Per la Germania, C. WALTER, *Human Dignity in German Constitutional Law*, in *The principle of respect for human dignity : proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, *cit.*, p. 29. Per l'Italia: Cass., 24 maggio 2006, n. 21985, Radnef, *CED* 234767; Cass., 27 ottobre 2005, n. 10106, Aradi, *CED* 233856; Cass., 26 aprile 2004, n. 26900, Martinez, *CED* 229172.

L'appello alla dignità – come s'è visto – è un aspetto da tempo consolidato *all over the world*, mentre costituisce elemento di novità quella «soglia minima» introdotta come chiave di volta per la decisione dei casi. Essa si rivela ben più che mero criterio applicativo, perché, a livello teorico, esprime l'idea della dignità come bene ultimo, colpito al cuore da offese di particolare intensità, che vanno – secondo un *climax* ascendente – dai trattamenti degradanti a quelli inumani alla tortura.

Inoltre, nella previsione a carico degli Stati anche di obblighi positivi di garanzia – il cui inadempimento espone a responsabilità internazionale –, si può riconoscere una applicazione potente ed efficace del sottoprincipio di protezione, che chiama le autorità pubbliche a difendere gli individui almeno dagli attacchi più macroscopici posti in essere nei confronti di chi sia stato ridotto in condizioni di particolare vulnerabilità, come accade per il detenuto.

Il sistema gradualmente delineato dalla Corte EDU rappresenta oggi un punto di riferimento per il dibattito giuridico nazionale ed internazionale sulla tortura e gli altri trattamenti vietati. Tale risultato poggia su un contesto ambientale indubbiamente propenso alla tutela dei diritti umani, quale emerge dalle tradizioni di molti Paesi membri e dall'inserimento nella Costituzione per l'Europa del catalogo dei diritti fondamentali⁶⁵. La solida base di partenza ed il lungo e meditato percorso fanno ben sperare nella possibilità di conservare le conquiste raggiunte anche a fronte delle minacce presenti, prima tra tutte quella del terrorismo⁶⁶.

Quanto al tema più specifico della pena di morte, la Corte EDU ha più volte chiarito di non poterne dichiarare l'illegittimità ai sensi dell'art. 3 della Convenzione,

⁶⁵ L'assetto attuale è maturato nel tempo. All'inizio, infatti, il sistema di Strasburgo ha dovuto muoversi con la cautela necessaria a vincere la diffidenza degli Stati verso interventi esterni; gradualmente, poi, i diversi ordinamenti hanno mostrato sempre maggiore collaborazione, la quale, a sua volta, ha dato modo alla Corte di approfondire ed intensificare gli interventi (così pure F. NÍ AOLÁIN, *op. cit.*, p. 219 e s.).

⁶⁶ Fino a questo momento, infatti, sono state respinte le sollecitazioni alla reintroduzione della pena di morte (dettagli in J. YORKE, *The evolving Human Right Discourse of the Council of Europe: Renouncing the Sovereign Right of the Death Penalty*, in ID. (ed.), *op. cit.*, p. 62) ed è sempre stato affermato che una società democratica è tenuta a proteggere i sospetti terroristi al pari di tutti gli altri soggetti, perché l'art. 3 della Convenzione «presidia uno dei valori più fondamentali di una società democratica», che non può essere derogato dagli Stati neppure per proteggere le rispettive comunità (*Chahal v United Kingdom, cit.*). Quel valore non può che essere riconosciuto nella dignità dell'uomo.

per lo sbarramento dell'art. 2, comma 1, il quale consente la privazione intenzionale della vita «in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito dalla legge con tale pena»⁶⁷. La conclusione è stata, quindi, che l'abolizione della sanzione capitale dovesse passare attraverso accordi tra gli Stati contraenti, poi effettivamente intervenuti⁶⁸.

Come si vede, v'è sempre difficoltà per le Corti ad incidere sugli strumenti più emblematici dell'armamentario sanzionatorio sia per considerazioni di opportunità, che suggeriscono *self-restraint*, sia perché gli Stati – come accade per la Costituzione americana e per la stessa CEDU – sono ben attenti a introdurre clausole testuali di salvaguardia di taluni aspetti del potere sovrano. Il discorso sui diritti umani e la scelta degli Stati di abbandonare la pena di morte, quindi, si condizionano reciprocamente: infatti, occorre una decisione legislativa per vietare il supplizio capitale, ma i principi fondamentali hanno la forza, nel tempo, di far maturare una certa sensibilità ed orientare il decidere.

7. Segue: brevi note a margine

Quanto visto fin qui induce a soffermare ancora l'attenzione su alcuni aspetti.

Si può notare che – nel settore in esame, legato a offese di particolare gravità alla sfera più intima e profonda dell'individuo – il concetto di dignità, sia esso espressamente richiamato o lasciato agire sullo sfondo, spiega una reale efficacia critica e orientativa. Lo dimostrano le pronunce della Corte EDU e dei giudici nazionali, che riconoscono nel nucleo di base della dignità la barriera che lo Stato

⁶⁷ Cfr.: *Klass and other v Germany*, sentenza 6 settembre 1978; *Soering v United Kingdom*, cit.; *Öcalan v Turkey*, sentenza 12 marzo 2003.

⁶⁸ Dapprima il Protocollo n. 6 del 28 aprile 1983 – non ratificato solo dalla Russia – ha limitato i casi di legittima inflizione del castigo ai reati commessi in tempo di guerra o nell'imminente pericolo di guerra; poi il Protocollo n. 13 del 2002 – che alcuni Stati devono ancora firmare ed altri ratificare – ha imposto l'abolizione della pena di morte in ogni circostanza. Quanto all'Italia, si segnala che, nel 2007, la disposizione costituzionale che ammetteva la pena di morte nei casi previsti dalle leggi militari di guerra (art. 27, comma 4) è stata modificata per chiarire perentoriamente che «non è ammessa la pena di morte». Per una disamina del percorso che ha portato all'adozione dei citati Protocolli, J. YORKE, *op. cit.*, in ID. (ed.), *op. cit.*, p. 43 e ss.; con specifico riguardo alla modifica della Costituzione italiana, G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 3 e ss.

non può valicare e che deve anzi impegnarsi a proteggere. Lo dimostra altresì il fatto che, nell'ordinamento statunitense, è addivenuto a conclusioni non dissimili chi – come il giudice Brennan – ha invocato e sviluppato con coerenza l'*human dignity principle*.

Non si trascura con questo che la decisione ultima risenta di molteplici variabili: l'interazione – non sempre agevole – con altri principi; le contingenze del momento; il condizionamento degli orientamenti politici e culturali. È normale del resto che questi ulteriori elementi servano ad individuare la regola nella gamma delle possibilità suggerite da ciascun principio. Se, però, la scelta ultima fuoriesce dal raggio d'azione segnato dal principio, la dignità tradita fa da spia, segnalando l'incongruenza. Così, si coglie ben più di una nota stonata se un ordinamento pretende di proclamare *commitment to human dignity* e, al contempo, praticare la pena di morte, consentire forme di tortura o restare indifferente alle sorti di chi sia rinchiuso nelle sue carceri. Una percezione forte e diffusa della dignità orienta verso sistemi di indagine nonché di inflizione ed esecuzione delle pene attenti a non violare il limite del rispetto minimo per l'uomo, che non va annientato né fisicamente né moralmente⁶⁹. La dignità lancia, inoltre, segnali di allerta a fronte di una serie di prassi e interpretazioni volte a restringere surrettiziamente la nozione di tortura nonché a fronte di fattispecie e pene non appropriate al disvalore del fatto⁷⁰.

⁶⁹ Analogamente, J.Q. WHITMAN, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁷⁰ Muove in questa direzione l'art. 4 della Convenzione sulla tortura ed altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti – approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed entrata in vigore il 26 giugno 1986 –, che pone un obbligo di incriminazione della tortura, anche tentata, e sottolinea la necessità di pene realmente adeguate al particolare disvalore del fatto. L'art. 4 così recita: «Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura (comma 1). In ogni Stato Parte tali reati vanno resi passibili di pene? adeguate che ne prendano in considerazione la gravità (comma 2)». Sulla Convenzione in generale, A. BOULESBAA, *The UN convention on torture and the prospect for enforcement*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999; per una panoramica della casistica esaminata dal Comitato contro la tortura, istituito a norma degli art. 17 e ss. della Convenzione, S. JOSEPH-J. SCHULTZ-M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 203 e ss. e 230 e ss. Si segnala, comunque, che, di regola, il rischio della mancata incriminazione espressa non è quello della totale impunità bensì dell'applicazione di altre fattispecie,

Si può concludere che, nella materia considerata, quel principio di dignità – giudicato da taluni vago e fumoso – è, invece, ben in grado di far sentire la propria voce. Passiamo ora a verificare se è possibile addivenire alla medesima conclusione in altri settori.

8. Il *free speech* ed i suoi limiti

Area d'interesse è sicuramente quella relativa alla libertà di espressione⁷¹, che è riconosciuta in tutte le democrazie costituzionali contemporanee⁷² e trova le sue giustificazioni classiche nella ricerca della verità, nella democrazia e, appunto, nella dignità umana⁷³. In estrema sintesi, si argomenta che la verità può essere conseguita solo attraverso il confronto di tutte le visioni senza esclusione alcuna⁷⁴, che l'essenza

che, però, non sono in grado, anche in combinazione tra loro, di rispecchiare appieno la gravità del fatto. È quanto accade, ad esempio, nel nostro Paese, dove continua a mancare il reato di tortura (cfr.: A. MARCHESI, *L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura*, in *Riv. dir. internazionale*, 1999, II, p. 463 e ss.; P. PALERMO, *op. cit.*), nonostante la firma e l'avvenuta ratifica della Convenzione con legge n. 498 del 3 novembre 1988 e nonostante le raccomandazioni a provvedere espresse dal Comitato sui diritti umani istituito dal Patto sui diritti civili e politici del 1966 (cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Consideration of reports submitted by State Parties under Art. 40 of the Covenant, Concluding Observation of the Human Rights Committee, Italy*, CCPR/C/79/Add e Add. 94 n. 21) e dal Comitato istituito dalla stessa Convenzione sulla tortura (COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Consideration of reports submitted by States Parties under Art. 19 of the Covenant, Second periodic reports of States parties due in 1994, Italy*, UN doc. A/50/44, N. 157).

⁷¹ Non è questa la sede per una disamina di questa sconfinata materia, per cui ci si limita a qualche essenziale riferimento bibliografico. Con particolare riguardo al contesto italiano, si veda, di recente, il bel lavoro di C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008. In chiave comparatistica: D. MILO, *Defamation and Freedom of Speech*, Oxford, U.K.; New York: Oxford University Press, 2008, p. 44 e ss.; F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 49 e ss.

⁷² Basti citare l'art. 10 CEDU, l'art. II-71 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, l'art. 21 della Costituzione italiana, il Primo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti.

⁷³ Cfr.: G.E. CARNI, *Dignity – The Enemy from within: a Theoretical and Comparative Analysis of Human Dignity as a Free Speech Justification*, in *Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 969 e ss.; K. GREENAWALT, *Free Speech Justifications*, 89, *Colum. L. Rev.*, 1989, p. 119 e ss.

⁷⁴ Nonostante le critiche, l'argomento della ricerca della verità – unitamente a quello della democrazia – resta forte ed è dominante nel pensiero giuridico e politico statunitense (*ex plurimis*, R.C. POST,

stessa della democrazia implica il più ampio *marketplace of ideas* sulle questioni di pubblico interesse⁷⁵ e che l'*human flourishing* presuppone l'accesso alle opinioni altrui, la possibilità di esprimere le proprie e la pari dignità di tutte le manifestazioni di pensiero⁷⁶.

Reconciling Theory and doctrine in First Amendment Jurisprudence, 88, *California LR*, 2000, p. 2355 e ss.). Peraltro, all'assunto milliano in base al quale il confronto consente, nel lungo periodo, di raggiungere la verità assoluta (J.S. MILL, *On Liberty* (1859), Penguin Books, 1974, p. 115 e s.), si affianca l'impostazione più recente per cui il «*marketplace of ideas*» va assicurato per conseguire almeno una verità relativa, che è quella capace di resistere a una discussione aperta (cfr.: R. MOON, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto: University of Toronto Press, 2000; J. POLE, *Freedom of Speech: From Privilege to Right*, in R. COHEN-ALMAGOR (ed.), *Challenges to Democracy: Essays in Honour and Memory of Isaiah Berlin*, London: Ashgate, 2000).

⁷⁵ Ormai classica l'elaborazione dovuta a A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Protection of the People*, New York: Harper, 1960. Per osservazioni critiche – relative soprattutto alla difficoltà di distinguere la sfera di interesse pubblico da quella di interesse meramente privato – si rinvia a: L. ALEXANDER, *Is there a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2005; C.E. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York: Oxford University Press, 1989, p. 26.

⁷⁶ In questo senso: T.I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, New York: Random House, 1970; ID., *Toward a General Theory of the First Amendment*, New York: Random House, 1966; ID., *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 *Cal L Rev*, 1980, p. 422 e ss.; K. GREENAWALT, *op. cit.*; ID., *Speech, crime, and the uses of language*, New York: Oxford University Press, 1989; J.S. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, New Haven: Yale University Press, 2008, p. 37 e ss.; T. SCANLON, *A Theory of Free Expression*, 1 (2) *Phil & Pub Aff*, 1972, p. 204 e ss.; ID., *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 *U Pitt L Rev*, 1979, p. 519 e ss. Critico, invece, sull'utilizzo della dignità come giustificazione del *free speech* autonoma ed alternativa rispetto a ricerca della verità e democrazia, G.E. CARNI, *op. cit.*, p. 957 e ss. In giurisprudenza: la Corte EDU contempla il *free speech* tra le «condizioni di base... per lo sviluppo dell'uomo» (*Handyside v UK*, sentenza 7 dicembre 1976); nello stesso spirito, la Corte Suprema del Sud Africa ha sostenuto che «la libertà di espressione è (...) indispensabile non solo perché rende possibile la democrazia, ma anche per via della sua importanza per lo sviluppo degli individui, perché consente loro di formare e condividere opinioni e così promuove la dignità umana e l'autonomia» (*NM v Smith*, 2007 (5) SA 250 (CC) [145], [146], in <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/6.html>). Per gli USA, si vedano soprattutto: *Cohen v California*, 403 US 15, 26 (1971), in <http://supreme.justia.com/us/403/15/case.html>; *Firts Nat'l Bank of Boston v Bellotti*, 435 US 765 (1978), in <http://supreme.justia.com/us/435/765/>; *Consolidated Edison Co. v Public Serv Comm'n*, 447 US 530, 532 n 2 (1980), in <http://supreme.justia.com/us/447/530/case.html>.

Il dato problematico è, però, che ciascuna di queste *rationes* si presta altresì – sia pur con diversa ampiezza e intensità – a fondare i limiti della stessa libertà. Si può, infatti, sostenere – ed è stato sostenuto – che rappresentazioni false e pensieri scorretti andrebbero esclusi dalla discussione, perché non funzionali alla ricerca della verità⁷⁷, che la democrazia può avere l’esigenza di difendere sé stessa da quanto più gravemente la minacci⁷⁸ e che va dato risalto alla necessità di proteggere la dignità dei soggetti eventualmente riguardati da esternazioni false, intemperanti o comunque pregiudizievoli. Ed effettivamente, la libertà di espressione non è mai assoluta, ma subisce restrizioni in tutti gli ordinamenti, anche se, in alcuni, l’ago della bilancia pende più a favore del *free speech*, mentre, in altri, inclina maggiormente verso la salvaguardia dei contro-interessi. Del resto, «immaginare una immunità generale ed assoluta per qualsiasi forma di manifestazione del pensiero sarebbe un assurdo», perché può «facilmente accadere che un diritto costituzionale come la libertà di manifestazione del pensiero entri in rotta di collisione con un altro diritto avente anch’esso rango costituzionale»⁷⁹.

Ciò vuol dire che il senso del limite sussiste anche in ordinamenti, quale quello statunitense, che pure elevano la libertà di espressione a «matrice, condizione indispensabile, di pressoché ogni altra forma di libertà»⁸⁰ ed usano, pertanto,

⁷⁷ Cfr. R. ABEL, *Speech and Respect*, London: Sweet and Maxwell, 1994, p. 48, *La parola e il rispetto*, ed. it. a cura di V. FERRARI, Milano, 1996.

⁷⁸ Per le critiche al *democracy argument*: L. ALEXANDER, *op. cit.*; C.E. BAKER, *op. loc. cit.*

⁷⁹ G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, 2, 2008, p. 294 e s., consultabile anche online in <http://www.unipa.it/gpino/Pino,%20Discorso%20razzista.pdf>.

⁸⁰ *Palko v Connecticut*, 302 US 319 (1937) 327, in <http://supreme.justia.com/us/302/319/case.html>. Alla base di cotanta fiducia nel *free speech* v’è un percorso storico – dal *Bill of Rights*, al *Sedition Act*, all’era McCarthy, alla guerra del Vietnam – che ha fatto delle libertà d’espressione e di stampa gli strumenti per controllare l’attività di governo (cfr.: P.N. AMPONSAH, *Libel Law, Political Criticism, and Defamation of Public Figures. The United States, Europe, and Australia*, New York: LFB Scholarly Pub., 2004, p. 41 e ss.; G.E. CARNI, *op. cit.*, p. 960 e ss.; J.S. HEYMAN, *op. cit.*, p. 11 e ss.; F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, in M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005). V’è pure una nozione di pubblico interesse tanto ampia da prestarsi a ricomprendere le innumerevoli componenti in grado di concorrere al dibattito politico ed alla formazione dell’opinione pubblica (cfr. in particolare l’*opinion* del giudice

particolare cautela nell'imporre restrizioni al libero discorso, specie con riguardo ai *media* che sono il «cane da guardia» della democrazia ed assolvono una fondamentale funzione informativa ed educativa⁸¹.

Anche la Corte EDU riconosce nella libertà di espressione «uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni di base per il suo progresso e per lo sviluppo di ogni uomo» e la applica «non solo all'«informazione» o alle «idee» che vengono favorevolmente accolte o riguardate come inoffensive o indifferenti, ma anche a quelle che offendono, scioccano o disturbano lo Stato o un settore della popolazione. Si tratta di quelle istanze di pluralismo, tolleranza e apertura mentale senza le quali non esiste una «società democratica»⁸². Tuttavia, mentre il Primo emendamento alla Costituzione americana non pone limiti espressi, l'art. 10, comma 2, della Convenzione riconosce esplicitamente il potere degli Stati sovrani di limitare il diritto fondamentale *de quo*, adottando con legge le «misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale o l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l'autorità e la imparzialità del potere giudiziario». Nonostante la duplice riserva – di legge e di contenuto – prevista dalla disposizione convenzionale e nonostante la giurisprudenza della Corte tenda a ridurre il più possibile le restrizioni

Brennan in *New York Times Co. v Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0376_0254_ZS.html; nello stesso senso *Thornhill v Alabama*, 310 US 88 (1940) 96, 110, in <http://supreme.justia.com/us/310/88/> e *Milkovic v Lorain Journal Co*, 497 US 1 (1990), in <http://supreme.justia.com/us/497/1/>) nonché l'idea che vada scongiurato il pericolo che il timore di possibili incriminazioni induca eccessivo *self-restraint* nella discussione, con conseguente impoverimento della stessa. Gioca un ruolo, infine, anche la convinzione che il rispetto per la dignità e l'autonomia dei cittadini imponga di lasciar libero ciascuno di decidere in cosa credere e come ponderare ragioni configgenti (così T. SCANLON, *A Theory of Freedom of Expressions*, cit.

⁸¹ Sul tema A. LEWIS, *Journalists and the First Amendment*, in D. KINGSFORD-SMITH-D. OLIVER (eds.), *Economical with the Truth: The Law and the Media in a Democratic Society*, Oxford: ESC Publishing, 1990, p. 1 e ss.

⁸² *Handyside v the United Kingdom*, sentenza 7 dicembre 1976. Conf. sul punto: *Lingens v Austria*, sentenza 8 luglio 1986; *Bladet Tromso and Stensaas v Norway*, sentenza 20 maggio 1999.

legittimamente apponibili al discorso politico, alla critica dei personaggi pubblici ed alla manifestazione delle opinioni⁸³, è evidente che residua agli Stati un significativo margine di apprezzamento nel bilanciare la libertà di espressione con altri diritti, libertà e interessi nonché con entità ben più vaghe come la morale. Ciascun Paese ha, quindi, diversamente individuato il punto di equilibrio tra le diverse istanze e si è delineato un quadro in cui le autentiche differenze non riguardano i paradigmi classici della libertà di espressione, ma quel settore periferico che la dottrina americana denomina *problematic speech*⁸⁴ e che comprende diffamazione, *hate speech*, *Holocaust denial* ed osceno.

Comunque, allargando gli orizzonti e procedendo con larga approssimazione, è dato riscontrare che i sistemi europei sono tendenzialmente più inclini di quelli statunitensi ad ammettere limiti alle forme di manifestazione del pensiero. Una possibile spiegazione di tale divergenza risiede nel diverso peso accordato alla dignità, che è sicuramente la più ambigua tra le *rationes* poste a base del *free speech*⁸⁵. Non solo, infatti, essa si è storicamente prestata a limitare la libertà di espressione per difendere la reputazione⁸⁶, ma a tutt'oggi – almeno al di fuori del «*self-regarding speech*»⁸⁷ – presenta uno spiccato versante protettivo, giustificato dalla sua entrata sulla scena del diritto all'indomani del Secondo conflitto mondiale. Di conseguenza, legittimano maggiori limiti alla libertà di espressione gli ordinamenti che più fanno leva sul principio di dignità ed ai quali un passato non troppo lontano fa privilegiare la componente protettiva e comunitario-relazionale

⁸³ Nuovamente: *Handyside v the United Kingdom*, *cit.*; *Lingens v Austria*, *cit.*; *Bladet Tromso and Stensaas v Norway*, *cit.* Sono, quindi, giudicate più tollerabili – perché non intaccano, se non in misura minima, i valori democratici – le limitazioni concernenti materie non di pubblico interesse, soggetti privati e fatti, dei quali può essere proibita la consapevole falsa rappresentazione.

⁸⁴ G.E. CARNI, *op. cit.*, p. 968.

⁸⁵ In questo senso pure G.E. CARNI, *op. cit.*, p. 957 e ss.

⁸⁶ Cfr. R.C. POST, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and Constitution*, 74 *Cal. L. Rev.*, 691, 1986, p. 707 e ss. Sulle ragioni a fondamento della tutela della reputazione e sul collegamento tra reputazione e dignità, cfr. S.J. HEYMAN, *op. cit.*, p. 57 e ss.

⁸⁷ L'espressione è usata da F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 7-8, 1982, p. 64, per indicare quei tipi di discorso che non si prestano a entrare in contrasto con la dignità degli altri.

rispetto a quella promozionale ed individuale⁸⁸. Un atteggiamento diverso si ravvisa, invece, nel sistema nord-americano, dove la dignità gioca un ruolo, tutto sommato, contenuto, se non addirittura assorbito da libertà ed uguaglianza⁸⁹. In altri termini, fa la differenza guardare al *free speech* con le lenti della dignità piuttosto che con quelle della libertà al punto che un autore statunitense arriva a vedere nella dignità un «cavallo di Troia», un nemico portato all'interno della *free speech theory* e col potenziale di sopprimere il discorso⁹⁰. Questo timore appare eccessivo, se si considera che le regole di una società democratica non si basano su un unico cardine e che, comunque, la dignità presenta articolazioni interne che impongono ragionamenti complessi ed applicazioni non unidirezionali. Ciononostante, coglie nel segno il rilievo che la dignità ha una attitudine limitativa del *free speech* non paragonabile a quella derivante dalla *truth-seeking* e dalla *theory of democracy*. Siffatta inclinazione va opportunamente considerata per comprendere se o fino a che punto l'appello alla dignità sia idoneo a sorreggere determinate limitazioni al libero discorso. Di seguito, sarà, quindi, valutato quale peso l'argomento della dignità possa esercitare od abbia esercitato sulle questioni relative alla tutela dell'onore e della reputazione, all'incitamento all'odio, a negazionismo e giustificazionismo nonché alla problematica dell'osceno.

⁸⁸ In questa categoria possono includersi – oltre alla maggior parte degli ordinamenti europei, compreso il Regno Unito – anche Sud Africa ed Israele.

⁸⁹ In proposito, G.E. CARNI, *op. cit.*, p. 986, osserva che, «nel sistema Americano, il dibattito concernente la natura del legame tra dignità umana e libertà di espressione può essere giudicato irrilevante. Infatti, sebbene alcuni studiosi e giuristi sostengano che la dignità umana sia un valore centrale nella giurisprudenza costituzionale americana, essa non assurge a valore preminente o centrale nella comune comprensione giuridica americana, e non è certamente un diritto riconosciuto. Inoltre, (...) gli argomenti derivanti da autonomia e dignità umana hanno maggiore influenza all'estero che negli Stati Uniti, specie in relazione al discorso non politico. Pertanto, il condizionamento della dignità umana sulla libertà di espressione negli Stati Uniti non va lontano».

⁹⁰ G.E. CARNI, *op. cit.*, per il quale testualmente «*the human-dignity-based regime is more prone to suppressing speech*».

9. Segue: la tutela dell'onore e della reputazione

Diversi ordinamenti si servono della dignità per sorreggere la tutela – non solo o non necessariamente penale – dell'onore e della reputazione⁹¹.

Ad esempio, la *House of Lords* del Regno Unito afferma che la reputazione è parte integrante della dignità individuale, la cui difesa risponde anche a ragioni di pubblico interesse⁹². Parimenti, la giurisprudenza sud-africana ancora la reputazione al diritto costituzionale alla dignità⁹³.

In Germania, poi, il collegamento si profila nel modo più intenso, come emerge dal caso *Mephisto*, così denominato dal titolo dell'omonimo romanzo di Klaus Mann⁹⁴. Poiché il libro descrive la condotta non lusinghiera tenuta durante il periodo nazista da un personaggio modellato sull'attore Gustav Gründgens, l'erede e figlio adottivo di questi aveva chiesto il divieto di distribuzione dello scritto per proteggere l'onore e la reputazione del padre, gravemente compromessi dall'opera letteraria. Sebbene la decisione non investisse direttamente la fattispecie penale di diffamazione, ma la legittimità del divieto di divulgazione, il *Bundeferfassungsgericht* si è trovato a dover risolvere lo stesso problema di bilanciare la libertà di espressione con il diritto allo sviluppo della personalità e si è servito della dignità per spostare i pesi a favore di quest'ultimo, pur dopo la morte del diretto interessato.

Al di qua delle Alpi, la giurisprudenza italiana riconosce la dignità quale bene giuridico protetto dalla diffamazione⁹⁵, ma con atteggiamento diverso rispetto a

⁹¹ Per una trattazione comparatistica della disciplina della diffamazione e del suo rapporto con la libertà di espressione: P.N. AMPONSAH, *op. cit.*; E.J. EBERLE, *op. cit.*, p. 1013; A.T. KENYON, *Defamation. Comparative Law and Practice*, Abingdon, Oxon, UK: UCL Press; New York, NY: Routledge-Cavendish, 2006; L. MCNAMARA, *Reputation and Defamation*, Oxford, UK; New York: Oxford University Press, 2007; D. MILO, *op. cit.*.

⁹² Cfr. *Reynolds v Times Newspapers Ltd*, [2001] 2 AC 127, HL 201, in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/rey01.htm>.

⁹³ Cfr.: *National Media Ltd v Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (SCA) 1216, in <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/1998/94.html>; *Mthembi.Mahanyele v Mail & Guardian Ltd*, 2004 (6) SA 329 (SCA).

⁹⁴ BVerfGE 30, 173 (1971), testo tradotto in inglese in D.P. KOMMERS, *op. cit.*, p. 428 e ss.

⁹⁵ *Ex plurimis*: Cass., 21 gennaio 2009, n. 6758, Bertocchi, in *Dir. e prat. del lav.*, 2009, p. 963 e ss., con nota R. GUARENIELLO, *Ingiuria e diffamazione del lavoratore*; Cass., 11 marzo 1998, n. 5772, CED 210530; Cass., 28 febbraio 1995, n. 3247, Lambertini Padovani ed altro, in *Cass. Pen.*, 1995, p.

quello tedesco del caso *Mephisto*. Ad esempio, in una sentenza di legittimità del 1978 – riproposta negli stessi termini a un trentennio di distanza –, si legge che, nel bilanciamento tra i due beni costituzionalmente protetti del diritto di critica (art. 21) e della dignità personale (artt. 2 e 3), «occorre dare la prevalenza alla libertà di parola, senza la quale la dialettica democratica non potrebbe realizzarsi»⁹⁶.

Pure la giurisprudenza statunitense ammette che la reputazione riflette il «concetto fondamentale della dignità e del valore di ogni essere umano – un concetto alla radice di ogni sistema decente di libertà regolata»⁹⁷. Tuttavia, la *Supreme Court* subordina la protezione costituzionale del buon nome al fatto che ricorra anche l'offesa ad un qualche interesse più tangibile⁹⁸. Nel complesso, l'area di tutela civile e penale dell'onore e della reputazione cede a favore della libertà di espressione, specie nell'ambito del discorso pubblico. Infatti, l'azione penale, quando prevista, è discrezionale e poco esercitata dagli organi competenti; per di più, gli *speakers* sono posti ampiamente al riparo anche dalle azioni civili per diffamazione, essendo richiesto a colui che promuove il giudizio – almeno ove si tratti di personaggio pubblico o di privato che agisce in materie di pubblico interesse – di provare l'esistenza di *actual malice* da parte dell'autore delle dichiarazioni, ossia la consapevolezza o l'ignoranza *reckless* della falsità di quanto riportato⁹⁹. La cornice di riferimento è, dunque, ben diversa da quella delineata in altri sistemi, come quello italiano, che non solo configura la diffamazione in termini di delitto a dolo generico (art. 595 c.p.), ma addirittura limita ai soli casi previsti dalla legge la possibilità per

2534 e ss., con nota F.M. IACOVELLO, *Problemi vecchi e sensibilità nuova della Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*; Cass., 23 ottobre 1987, n. 1341, Buti, *CED* 177515; Cass., 24 aprile 1985, Zanelli, *CED* 169532.

⁹⁶ Cass., 24 aprile 1978, n. 11842, Covi, in *Foro it.*, 1979, II, c. 111 e ss. Conf. Cass., 20 febbraio 2008, n. 13549, *CED* 239825.

⁹⁷ *Rosenblatt v Baer*, 383 US 75 (1966) 92, in <http://supreme.justia.com/us/383/75/case.html>. Per un commento, A. KUNDU, *Defamation, Reputation and the Community: an Analysis of the Doctrine of Presumed Harm in Defamation Law*, in <http://www.law.unimelb.edu.au/cmcl/malr/10-1-3%20Kundu%20formatted%20for%20web.pdf>.

⁹⁸ Cfr.: *Paul v Davis*, 424 US 693 (1976), in <http://supreme.justia.com/us/424/693/>; *Siegert v Gilley*, 500 US 226 (1991), in <http://supreme.justia.com/us/500/226/>.

⁹⁹ Cfr.: *New York Times Co. v Sullivan*, *cit.*; *Dun & Bradstreet Inc v Greenmoss Builders Inc*, 472 US 749 (1985), in <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=472&invol=749>.

l'imputato di discolarsi provando la verità o notorietà del fatto attribuito alla persona offesa (art. 596 c.p.)¹⁰⁰.

Le finalità del presente studio non richiedono di addentrarsi nel tema della tutela penale dell'onore e della reputazione, ma già la cursoria rassegna svolta stimola a ragionare su taluni punti. In particolare, si nota che la dignità viene invocata per conferire peso e consistenza a beni giuridici astratti. Il richiamo non è improprio, visto che il concetto *de quo* è comunque alla base dei diritti della persona e degli attributi della personalità¹⁰¹. Tuttavia, se nei vari sistemi le regole normative ed operative sono differenti e descrivono in modo diverso l'ampiezza e l'intensità della tutela, allora se ne deve desumere che, nell'ambito considerato, non è dirimente il mero appello alla dignità. Le spiegazioni possono essere almeno tre. In primo luogo, una collocazione di onore e reputazione nell'area periferica della dignità dà ragione dell'affievolirsi della forza del concetto. In secondo luogo, si registra qui una divaricazione delle articolazioni interne dell'*human dignity principle*, atteso che il sottoprincipio di protezione legittima le restrizioni alla libertà di espressione a tutela delle potenziali vittime, mentre quello di promozione – riferito allo *speaker* – orienta nella direzione opposta. Non sono, infine, da trascurare i fattori storici e culturali, tali per cui, tendenzialmente, sistemi più attenti ai legami comunitari mirano a supportare l'individuo nella *protezione* della sfera personale, anche a costo di frenare l'altrui libertà, mentre sistemi più marcatamente individualisti danno maggiore spazio alle istanze di *promozione* della personalità, ma lasciano poi il singolo privo di sostegno nel fronteggiare le critiche anche più aspre¹⁰².

Tutto ciò vuol dire che si versa qui in un'area estremamente fluida, che ammette più equilibri. La scelta tra questi compete al legislatore – che esercita il suo potere discrezionale all'atto della formulazione delle fattispecie astratte –, ma è altresì condizionata dalle opzioni giurisprudenziali, che possono ampliare o restringere sensibilmente l'area della tutela, passando attraverso le maglie del

¹⁰⁰ Il rigore della previsione è, però, ampiamente temperato dalle regole di matrice giurisprudenziale concernenti il diritto di critica, cronaca e satira (cfr. A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005).

¹⁰¹ Cfr. pure E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

¹⁰² Cfr. R.C. POST, *Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment*, 76 *Cal. L. Rev.*, 1988, p. 297 e ss.

giudizio di tipicità o di antiggiuridicità per bilanciare la dignità con altri beni, interessi e principi¹⁰³. Tanto dà ragione a quella dottrina che considera onore e reputazione «valori *co-determinati*» dall'incidenza di altri diritti costituzionalmente rilevanti, che ne condizionano i limiti di estensione¹⁰⁴. In questa prospettiva, «la definizione dell'onore protetto» e – aggiungiamo – dell'area periferica della dignità non precede, ma segue il giudizio di bilanciamento con i valori concorrenti, che non è operato dal legislatore nella formulazione del fatto tipico¹⁰⁵. Il fatto che la dignità entri nel giudizio di bilanciamento, esercitando un peso diverso a seconda della gamma di fattispecie considerate, deve essere tenuto presente, perché restituisce flessibilità al concetto e intacca quelle visioni granitiche che pretendono di schiacciare ogni altra argomentazione.

10. Segue: il discorso razzista

Si raggiunge il punto più delicato nell'area del *problematic speech* con il cosiddetto *hate speech* o discorso razzista, locuzione ampia usata per individuare «qualunque istanza di comunicazione espressiva» finalizzata «a promuovere odio nei confronti di certi individui o gruppi, impiegando epiteti che denotano disprezzo nei confronti di quel gruppo a causa della sua connotazione razziale, etnica, religiosa, culturale o di genere»¹⁰⁶.

A questa tipologia di discorso è possibile ricondurre diverse condotte che – in base a un *climax* discendente della potenza aggressiva dell'esternazione – possono essere ordinate nel seguente modo: istigazione al compimento di atti specifici nei confronti di soggetti determinati o determinabili ed insulti rivolti direttamente contro una o più persone identificate come appartenenti al gruppo preso di mira; istigazione generica alla violenza ed alla discriminazione nonché propaganda di idee e messaggi che rivendicano la superiorità di un gruppo rispetto ad altri, veicolando nei confronti di questi ultimi disprezzo e odio, eventualmente alla luce di argomenti pseudo o

¹⁰³ A. TESAURO, *op. cit.*, p. 56 e ss.

¹⁰⁴ A. TESAURO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁵ A. TESAURO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ Quella riportata è la definizione di G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero, cit.* In termini non dissimili, J.S. HEYMAN, *op. cit.*, p. 164.

para-scientifici; negazione o minimizzazione di fatti storici di discriminazione o persecuzione a danno di gruppi, ove la confutazione non risponda a intenti di indagine storiografica, ma sia volta a gettare discredito sulle minoranze interessate.

Specularmente, sotto il profilo penalistico, possono farsi confluire nella categoria dei cosiddetti *hate crimes*¹⁰⁷ sia le fattispecie di incitamento all'odio in senso stretto¹⁰⁸ sia il negazionismo, che appunto, ove penalizzato, viene colpito sul presupposto che le tesi storiografiche siano distorte a fini di discriminazione¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Sulle fonti internazionali che giustificano od impongono l'intervento penale degli Stati in questo settore, E. STRADELLA, *Hate Speech in the Background of the Security Dilemma*, in www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No01/PDF_Vol_09_No_01_59-88_Articles_Stradella.pdf.

¹⁰⁸ Si veda, per la legislazione italiana, la legge n. 13 ottobre 1975, n. 654, come modificata e integrata dalla legge 25 giugno 1993, n. 205 e dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85. In argomento, cfr.: E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa contro la discriminazione razziale*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 1019 e ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Commento al D.l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. Pen.*, 1994, p. 175 e ss.; L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. PALAZZO-C.E. PALIERO, Padova, 2007; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. Uomo*, 1997, p. 67 e ss.; F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2001, p. 269 e ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 90 e ss.; M. PERLISSERO, *Osservazioni critiche sulle legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 960 e ss. e p. 1197 e ss.; S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. Dir.*, 1994, p. 14 e ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in tema di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 217 e ss.; ID., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit.

¹⁰⁹ Si precisa che il termine negazionismo viene e verrà di seguito impiegato – salvo ove sia posto in contrapposizione al giustificazionismo – nell'accezione più ampia, comprensiva delle «opinioni che negano, giustificano o minimizzano la Shoah o altri genocidi o crimini contro l'umanità» (E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 28). In generale, sui reati di negazionismo si rinvia a: G. CAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *op. cit.*, p. 200 e ss.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa, "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2006, n. 1, p. XIV e ss.; E. FRONZA, *op. ult. cit.*, p. 27 e ss.; ID., *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1034 e ss.; D.E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust. The Growing*

Le diverse ipotesi coinvolgono, però, problematiche non del tutto coincidenti ed alle quali in questa sede si può solo accennare. Si consideri che, per le condotte dirette contro soggetti determinati, è possibile individuare il bene protetto nella dignità individuale¹¹⁰ – oltre che nell'integrità fisica e morale – e non è esclusa la possibilità di costruire o reinterpretare i reati in chiave di pericolo concreto, così attenuando la frizione col principio di offensività. Sul fronte della propaganda e dell'istigazione generica, invece, l'oggetto di protezione sembra essere la pace sociale e, al più, una dignità umana altamente concettualizzata, spettante all'entità collettiva discriminata in quanto parte della stessa umanità che accomuna offeso ed offensore; qui, la vaghezza e l'ampiezza dei beni tutelati non consentono di impostare la reazione penale sul pericolo concreto, ma si può propendere per il pericolo astratto a condizione di configurare la tipicità in modo adeguatamente pregnante, limitando la punibilità a quelle che la giurisprudenza americana ha definito *fighting words*, ossia – per quanto qui rileva – a quelle espressioni che «tendono a istigare immediatamente alla rottura della pace»¹¹¹. Infine, il negazionismo rimanda ad una legislazione penale più simbolica che realmente orientata alla tutela di specifici beni giuridici, potendosi dubitare del fatto che una tendenziosa riprospettazione di fatti storici ben noti sia anche solo astrattamente idonea – in una salda democrazia costituzionale – a ingenerare pericolo di riedizione

Assault on Truth and Memory, New York: Free Press, 1993; M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione potere libertà*, Torino, 2005, p. 41 e ss.; V. PISANITY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 1998; M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo. Garaudy preso sul serio*, in *Ragion pratica*, 1999, p. 71 e ss.; M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, vol. 24, 2003, p. 1523 e ss.; M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica*, 8, 1997, p. 189 e ss.; P. VIDAL-NAQUET, *Lesw assassins de la mémoire*, Paris, 1987; P. WACHSMANN, *Libertà d'espressione e negazionismo*, *ivi*, 1999, p. 57 e ss.

¹¹⁰ In questo senso, G.A. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, p. 181.

¹¹¹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), in <http://supreme.justia.com/us/315/568/case.html>. La *fighting words doctrine* è stata poi più volte ribadita e la si ritrova, *ex plurimis*, in: *Cohen v California*, *cit.*; *Brandenburg v Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969), in <http://supreme.justia.com/us/395/444/case.html>; *Watts v United States*, 394 U.S. 705, 708 (1969), in <http://supreme.justia.com/us/394/705/>; *R.A.V. v City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/90-7675.ZS.html>.

di determinati eventi od a gettare discredito sugli appartenenti ai gruppi colpiti dalle vicende del passato.

A dispetto dei profili differenziali cui s'è fatto cenno, però, la giurisprudenza di diversi Paesi fa appello alla dignità umana, ogniqualvolta intenda affermare la legittimità costituzionale o comunque rafforzare la tenuta di tutti gli *hate crimes*.

Nel nostro Paese, ad esempio, con riguardo alle fattispecie di istigazione all'odio previste dall'art. 3 della legge n. 654/1975 – nonostante la questione di costituzionalità sia stata ritenuta manifestamente infondata con una motivazione che rinvia all'ordine pubblico come oggetto di tutela¹¹² – diverse sentenze hanno perentoriamente riconosciuto il bene protetto nella «altrui dignità umana», colpita da «ogni tipo di discriminazione razziale»¹¹³. Ciò posto, il reato è qualificato «di pericolo astratto»¹¹⁴, senza approfondimento in ordine al danno temuto, se incentrato sull'offesa a determinati soggetti o su ricadute sociali di più vasta portata¹¹⁵. Invero, l'alternativa potrebbe essere quella di un approccio analitico teso a far “vivere” le fattispecie riconducibili al citato art. 3 in maniera più rispondente al principio di offensività, richiedendo il pericolo concreto per l'istigazione alla commissione di specifici atti di discriminazione e lasciando residuare il pericolo astratto per le altre condotte, suscettibili di mettere a repentaglio la pace pubblica o l'ordine pubblico. Impostati così i termini della questione, diverrebbe più agevole affermare la costituzionalità delle previsioni riconducibili alla prima categoria, mentre dovrebbe aprirsi un dibattito approfondito e sincero sul resto, anche mettendo in discussione la

¹¹² Cass., 28 febbraio 2001, n. 341, in *Foro it.*, 2001, II, c. 45, ove si legge che la repressione delle condotte incriminate è giustificata, perché esse «configgono con il principio costituzionale di uguaglianza» e perché il diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. non può essere esteso fino ad ammettere «atti e comportamenti che, pur estrinsecandosi in un'esternazione delle proprie convinzioni, ledono tuttavia altri principi di rilevanza costituzionale ed i valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno e internazionale». Conf. Cass., 7 maggio 2008, n. 37581, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3023 e ss., con nota A. MONTAGNA, *La propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico*.

¹¹³ Cass., 10 gennaio 2002, n. 7421, in *Riv. pen.*, 2002, p. 325. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 203, in *Dir. imm. e citt.*, 2005, n. 2, p. 190 e ss.; App. Venezia, 30 gennaio 2007, consultabile in *Iurisdata*.

¹¹⁴ Cass., 26 novembre 1997, n. 724, in *Cass. pen.*, 1999, p. 983.

¹¹⁵ Per un'analisi della questione, G. PINO, *op. ult. cit.*, p. 295 e ss.

concreta possibilità di tutela penale di beni come la pace pubblica e l'ordine pubblico, rispetto ai quali riesce difficile situare la soglia di pericolo penalmente rilevante. Mettere tutto nello stesso calderone, invece, copre col mantello della dignità umana la volontà di reprimere, senz'altra indagine, esternazioni che suscitano nei più una naturale avversione, cui non è detto corrisponda reale offesa in senso penalistico. Inoltre, il realizzato passaggio dall'ottica pubblicistica a quella personalistico-individuale¹¹⁶ elimina «dagli elementi necessari per integrare la fattispecie ogni aspetto (...) relativo agli effetti dei comportamenti incriminati»¹¹⁷ e, dunque, esclude «quei margini di temperamento tra istanze repressive e libertà di manifestazione del pensiero» che l'accertamento del pericolo di conseguenze ulteriori derivanti dall'agire verbale avrebbe consentito¹¹⁸. Ciò, però, contrasta – in modo tanto aperto quanto ingiustificato – con quanto accade nel campo della diffamazione a mezzo stampa, dove la stessa «giurisprudenza ha dato vita a una serie

¹¹⁶ Emblematica Cass., 13 dicembre 2007, in www.olir.it, ove si sostiene che l'oggetto specifico della tutela penale del reato di diffusione di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico e del reato di incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi «non è costituito dall'ordine pubblico, il quale ha rilevanza indiretta, ma dalla tutela della dignità umana come risulta dalla nozione di discriminazione recepita dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 215 del 2003 nel quale si fa esplicito riferimento alla dignità della persona». Ancora più esplicita App. Venezia, 30 gennaio 2007, *cit.*, relativa alla stessa vicenda processuale, ove si osserva che la «dimensione concreta e personalistica del bene protetto consistente nella dignità di ciascun uomo (...) fa fuoriuscire (...) dagli elementi necessari per integrare la fattispecie ogni aspetto – pur rilevante ad altri fini – relativo agli effetti dei comportamenti incriminati. Collega direttamente la norma a beni giuridici reali e concreti, previsti dalla Costituzione ed assolutamente fondanti dell'ordinamento giuridico e della stessa vita consociata, contribuendo a palesare la meritevolezza di tutela di tali beni. Supera ogni dubbio relativo a requisiti di materialità ed offensività della fattispecie e denota la concretezza della lesione che una propaganda del tipo considerato è in grado di realizzare. Indirizza più correttamente gli aspetti relativi all'individuazione dei soggetti offesi (compresi quelli relativi alle collettività di persone ed alle forme di rappresentanza con il particolare rilievo attribuibile già alla mera appartenenza di un soggetto ad un gruppo fatto oggetto di discriminazione) rivelando che l'offesa può riguardare singole persone e collettività di individui. Contribuisce a definire le problematiche relative al risarcimento dei danni».

¹¹⁷ App. Venezia, 30 gennaio 2007, *cit.*

¹¹⁸ C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 146 e s.

di *topoi* argomentativi in seno ai quali bilanciare tutela della dignità individuale ed esigenze della libertà di parola»¹¹⁹.

Anche in Germania il fascino della dignità è sfruttato per coprire gli aspetti più spinosi degli *hate crimes*. È significativa una sentenza del Tribunale federale costituzionale dell'aprile 1994, la quale – pur precedente all'introduzione del reato di negazionismo¹²⁰ – entra nel merito della stessa problematica relativa ai limiti della libertà di espressione con riguardo a fatti storici¹²¹. In quell'occasione, i giudici di Karlsruhe hanno vagliato la legittimità del divieto di revocare in dubbio le persecuzioni dei nazisti in danno degli ebrei, imposto dall'autorità municipale di Monaco agli organizzatori di una conferenza sul secondo conflitto mondiale. Ai nostri fini, è sufficiente evidenziare che il fondamento della proibizione è stato riconosciuto nell'esigenza di difendere l'onore, la reputazione e l'auto-comprensione di un popolo storicamente perseguitato nonché il valore personale di ciascun ebreo¹²². In sintesi, il bene giuridico protetto è stato ravvisato nella dignità del popolo

¹¹⁹ C. VISCONTI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁰ Oggi, il § 130 StGB sanziona, al comma 3 – introdotto con legge del 28 ottobre 1994 –, chiunque, «in modo idoneo a turbare la pace pubblica, approva, nega, minimizza pubblicamente o in una adunanza» i crimini nazisti; al comma 4, introdotto dalla legge 1 aprile 2005, «chiunque pubblicamente o in un'adunanza, turba la pace pubblica in un modo che lede la dignità della vittima, approvando, esaltando o giustificando il dominio violento ed arbitrario del nazionalsocialismo».

¹²¹ BVerf 13 aprile 1994, in lingua italiana in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3382 e ss., con nota M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*. Sul tema più generale del trattamento dell'istigazione all'odio in Germania, W. BRUGGER, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, 4 *German Law Journal*, n. 1, January 1, 2003.

¹²² Si legge in motivazione che «gli ebrei che vivono in Germania costituiscono, a causa della sorte che toccò al popolo ebreo sotto il dominio del nazionalsocialismo, un gruppo suscettibile di oltraggio; la negazione della persecuzione degli ebrei è ritenuta un'ingiuria arrecata a questo gruppo (...) lo stesso fatto storico che, in base alle leggi di Norimberga, alcuni esseri umani siano stati selezionati e privati della loro personalità con lo scopo dello sterminio, attribuisce agli ebrei che vivono nella Repubblica Federale un particolare rapporto con i loro concittadini; in tale rapporto quel che è accaduto è ancora oggi presente. Fa parte della loro personale autocomprensione essere considerati come appartenenti ad un gruppo di persone che si distinguono dalle altre per una particolare sorte, persone nei confronti delle quali sussiste una particolare responsabilità morale di tutti gli altri, e ciò è parte della dignità (...) Chi cerca di negare quegli avvenimenti contesta a ciascuno il valore personale al quale essi hanno

ebreo ed in quella di ogni suo membro, ritenute sovrastanti rispetto all'altrui libertà di fare asserzioni non vere su fatti, la quale non è ritenuta coperta dalla garanzia costituzionale della libertà di espressione, riferita alle sole opinioni¹²³. È parsa, quindi, vincente la carta della dignità, spesa in senso analogo anche da altre corti¹²⁴. È, però, degno di nota che il legislatore tedesco – una volta risoltosi ad intervenire – abbia deciso di agganciare la tipicità dei reati di negazionismo alla idoneità «a turbare la pace pubblica»¹²⁵ e quella dell'apologia del nazionalsocialismo all'effettivo turbamento della «pace pubblica in un modo che lede la dignità della vittima»¹²⁶. Non ci sarebbe stato bisogno di invocare la pace pubblica, se davvero alle condotte incriminate fosse stata riconosciuta la forza di ledere o porre seriamente in pericolo quella dignità umana, che nell'ordinamento tedesco è il bene supremo¹²⁷.

D'interesse è pure la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 7 novembre 2007, che ha dichiarato l'illegittimità della fattispecie di negazionismo, prevista dal comma 2 dell'art. 607 c.p., salvando, però, il giustificazionismo¹²⁸. Per i

diritto. Per ogni interessato questo significa il proseguimento della discriminazione del gruppo di uomini al quale appartiene e quindi della sua persona».

¹²³ In dettaglio: «la tutela della personalità di regola prevale sulla libertà di opinione nelle manifestazioni di opinione che devono essere considerate come offesa formale o oltraggio. Quanto alle manifestazioni di opinione che siano connesse ad asserzioni di fatti, la meritevolezza della tutela può dipendere dalla veridicità delle affermazioni sui fatti posti a fondamento di esse. Se questi sono dimostrati falsi, di regola la libertà di opinione è parimenti postposta alla tutela del diritto alla personalità».

¹²⁴ Cfr. Trib. Lione, 3 gennaio 2006, esaminata da E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, cit., p. 44 e ss., ove i giudici riconoscono il bene giuridico tutelato dalla *Loy Gayssot* sul negazionismo nell'eguale dignità umana di tutte le persone senza distinzione alcuna.

¹²⁵ § 130 StGB, comma 3, riformato con legge del 28 ottobre 1994.

¹²⁶ § 130 StGB, comma 4, introdotto dalla legge 1 aprile 2005.

¹²⁷ In questa chiave si può interpretare pure il fatto che non abbia fatto leva sulla dignità ma sull'ordine pubblico anche la Corte EDU, quando ha dichiarato la non contrarietà alla Convenzione del negazionismo, giudicando le affermazioni che «mettono in discussione i valori che fondano la lotta contro il razzismo e l'antisemitismo» in grado di «turbare gravemente l'ordine pubblico», in quanto «incompatibili con la democrazia e con i diritti umani» (*Garaudy c Francia*, sentenza 24 giugno 2003). Sulla giurisprudenza CEDU in argomento, cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 220 e ss.

¹²⁸ Stralci della motivazione e note critiche in C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 228 e ss.

giudici spagnoli, i giudizi di offesa al popolo ebreo attentano ai valori essenziali del sistema costituzionale, nell'ambito del quale la dignità gioca il ruolo di fondamento e cornice per lo sviluppo dei diritti fondamentali. La criticità del reato di *holocaust denial* non è, quindi, ravvisata nella mancanza od indeterminatezza del bene giuridico, bensì nella tipizzazione legislativa della condotta, la quale – non consentendo la reinterpretazione in chiave di istigazione e, quindi, di pericolo – resterebbe incentrata sulla mera manifestazione del pensiero, per di più in un'area che interferisce con quella della libertà di ricerca storica, giudicata «adeguata alla dignità dei cittadini di una società libera e democratica»¹²⁹. Di conseguenza, non essendo la Spagna una «democrazia militante», il reato *de quo* è stato dichiarato in contrasto col dettato costituzionale. Al contrario, è stata mantenuta la fattispecie giustificazionista, sul presupposto che sia possibile interpretarla in chiave di incitamento all'odio, punibile ove realizzi «pericolo certo di generare un clima di violenza e ostilità suscettibile di sfociare in specifici atti di discriminazione». È, invero, discutibile la prospettata distinzione tra negazionismo, protetto dalla stessa copertura costituzionale della libertà di ricerca storica, e giustificazionismo – legittimamente incriminabile –, ma desta interesse la rimodulazione di quest'ultima fattispecie in termini di pericolo, alla luce di una sorta di *fighting words doctrine*, volta a restringere l'operatività del reato ai soli casi estremi, caratterizzati dall'evidenza della minaccia. Sotto altro profilo, l'espressa presa di distanza dal modello della «democrazia militante» vale a rinnovare il collegamento delle fattispecie di negazionismo con la legislazione simbolica e col tema della democrazia che si difende¹³⁰. Del resto, se davvero si volesse in primo luogo riaffermare la pari

¹²⁹ Questo prendere in considerazione la dignità non solo quale limite alla libertà di espressione, ma anche quale fondamento della libertà di ricerca storica vale a far emergere entrambe le istanze del principio, quella protettiva e quella promozionale.

¹³⁰ Sul tema della democrazia militante o protetta, cfr.: G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico*, in A. PIZZORUSSO-A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 245 e ss.; A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005; K. POPPER, *La società aperta e i suoi limiti*, Roma, 2002; ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 2009; M. WALZER, *On Toleration*, New Haven: Yale University Press, 1997.

dignità di tutti gli uomini, coerenza imporrebbe di incriminare e perseguire la negazione di ogni fatto genocidiario, indipendentemente dal *locus* e *tempus commissi delicti* nonché dall'identità delle vittime¹³¹. Tuttavia, è raro che si arrivi a tanto, appuntandosi le scelte di penalizzazione e concreta persecuzione solo nei confronti di fatti ancora avvertiti come “brucianti” e tali da ferire più profondamente la sensibilità dei consociati, condizione che di certo si realizza con la negazione della *Shoah*, che «colpisce (...) il *patto etico*» sul quale si fonda la moderna Europa e che è «rappresentato dall'incondizionato rifiuto delle dinamiche che hanno trascinato» il Continente «nell'orrore della guerra e dei totalitarismi»¹³².

Nel complesso, a prescindere dalle peculiarità dei singoli ordinamenti, le applicazioni giurisprudenziali degli *hate crimes* confermano che, quando l'oggetto della tutela diviene talmente ampio da identificare la stessa dimensione politico-ideale dello Stato, le tradizionali categorie penalistiche e gli stessi principi fondamentali non funzionano correttamente. Infatti, il bene giuridico perde efficacia selettiva e – anche ammesso che sia possibile ricostruirlo – non giova a definire in modo univoco come determinate condotte realizzino un'offesa penalmente rilevante. Anche i principi dicono ben poco, perché, al livello di massima astrazione, le istanze che li compongono non riescono più a segnare la direzione di marcia; a quel livello, gli stessi principi supremi diventano un tutt'uno, che riassume l'essenza della comunità e dello Stato e che sarebbe riduttivo voler compendiare in specifico oggetto di tutela. Tanto vale a spiegare le oscillazioni della giurisprudenza nell'individuazione del bene protetto, ma certo non serve a chiudere il discorso, imponendo piuttosto di tornare a riflettere su tutti quei reati con oggettività giuridica “estesa”, la cui dannosità sociale è opinabile e che rispondono piuttosto a fini di riaffermazione simbolica di valori e principi supremi, globalmente considerati.

In questa riflessione, sarebbe azzardato mettere in campo soluzioni preconcrete o informate a criteri penalistici puri, perché – raggiunto il punto di massima interferenza tra morale, diritto e politica – non può non tenersi conto delle

¹³¹ È vero, ad esempio, che in Spagna – come pure in Svizzera e Portogallo – è incriminata la negazione di tutti i genocidi, ma può ragionevolmente dubitarsi del fatto che l'azione penale sarebbe intentata per perseguire la negazione di episodi verificatisi diversi secoli addietro.

¹³² E. FRONZA, *op. ult. cit.*, p. 53.

contingenze per disegnare gli “equilibri sostenibili”... pur sempre provvisori¹³³. Tra la cosiddetta via breve, che vuol tutelare il patto etico con le armi del diritto penale, e la via lunga, che esige «impegno su un piano più propriamente politico e di consapevolezza civile»¹³⁴, v'è forse un cammino intermedio, quello di ricorrere alla criminalizzazione veramente come *extrema ratio*, ossia solo nei più delicati momenti di transizione e per quelle società che non abbiano ancora maturato o rischino di perdere gli anticorpi per respingere da sé certi messaggi provocatori. In fondo, è un monito al potere politico a usare con parsimonia la forza di cui dispone, ma è anche un bagno di umiltà per il diritto penale, che non può pretendere di risolvere tutti i dilemmi solo coi propri strumenti. Di tutto questo è chiamata a prendere consapevolezza la giurisprudenza, la quale dovrebbe evitare di ricorrere genericamente al *topos* della dignità umana, che – per quanto di facile presa sull'opinione pubblica – si rivela insincero o, nella migliore delle ipotesi, incompleto con riguardo alle fattispecie di istigazione generica, propaganda e negazionismo.

¹³³ Ad esempio, è il diverso retaggio storico a dar conto del motivo per cui l'Europa spinge verso la tacitazione e repressione anche penale delle condotte negazioniste (oltre alle legislazioni di taluni Stati, cfr. tra l'altro: art. 3, par. 1, Protocollo Addizionale alla Convenzione sul *cybercrime*, intitolato *Negazione, grave minimizzazione, approvazione o giustificazione del genocidio o dei crimini contro l'umanità*, consultabile in <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/189.htm>; Azione comune adottata il 15 luglio 1996, adottata dal Consiglio d'Europa e concernente l'azione contro il razzismo e la xenofobia), mentre negli Stati Uniti sarebbe inconcepibile incriminare la mera negazione o minimizzazione di un fatto storico – quindi di un fatto di pubblico interesse –, pur devastante ed ampiamente provato come l'Olocausto degli ebrei. Nella temperie culturale statunitense, più lontana da certi fatti, si ritiene, quindi, che, in base al I emendamento, non possa essere autorizzato alcun genere di censura basato sul contenuto (cfr.: R. DWORKIN, *Liberty and Pornography*, in *N.Y. Rev. Books*, Aug. 15, 1991, p. 12 e ss.; D. MCGOLDRICK-T. O'DONNELL, *Hate-Speech laws: consistency with National and International human rights law*, 18(4), *Legal Studies*, 1998, p. 453 e ss.) e che non possa essere sanzionato neppure l'*inflammatory speech*, a meno che non sia diretto a incitare e idoneo a provocare nell'immediato azioni illecite (cfr.: *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), in <http://supreme.justia.com/us/274/357/case.html>; più recentemente *Virginia v Black*, 538 U.S. 343 (2003), in <http://supreme.justia.com/us/538/343/>).

¹³⁴ E. FRONZA, *op. ult. cit.*, p. 53 e s.

11. *Segue*: la problematica dell'osceno

Nell'ambito della libertà di espressione, va considerata anche la problematica dell'osceno, rispetto alla quale si contendono il campo diverse opzioni teoriche: un orientamento conservatore, per il quale l'osceno va proibito, perché produttivo di effetti negativi sui singoli e sulla società intera¹³⁵; un indirizzo *liberal*, che afferma la libertà degli individui adulti di decidere autonomamente ed ammette, al più, talune forme di regolamentazione per proteggere minori e spettatori involontari¹³⁶; quel filone del pensiero femminista a mente del quale la pornografia è dannosa e da bandire, perché umilia e degrada le donne¹³⁷; l'altro filone del pensiero femminista, per il quale, invece, anche l'osceno va difeso, perché concorre alla liberazione sessuale ed a scardinare modi di vedere tradizionali, rivelatisi pregiudizievole per il sesso femminile¹³⁸. A sostegno di ciascun ordine di idee sono stati spesi diversi argomenti, sia deontologici che *consequences oriented*, ma nessuno ha raccolto unanime consenso. Per superare lo stallo senza affrontare le problematiche più profonde messe in campo da ciascuna delle impostazioni summenzionate, talvolta la giurisprudenza si è "aggrappata" alla dignità.

¹³⁵ Cfr.: H.M. CLOR, *Obscenity and Public Morality*, Chicago: University of Chicago Press, 1985; ID., *Public Morality and Liberal Society*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1996.

¹³⁶ Cfr.: R. DWORKIN, *Do We Have a Right to Pornography*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1981, p. 177 e ss., riedito in *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, 335; D.A.J. RICHARDS, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 *U. Pa. L. Rev.*, 45, 1974.

¹³⁷ Si vedano: A. DWORKIN, *Pornography: Men Possessing Women*, New York: Perigee Books, 1979; ID., *Model Anti-Pornography Law*, in ID., *Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality*, 8 *Harv. Women's L.J.*, I, 1985, p. 24 e ss.; C. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987; ID., *Only Words*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

¹³⁸ Cfr.: N.D. HUNTER-S.A. LAW, *Bried Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce et al.*, in 21 *U. Mich. J.L. Reform* 69, 1987-88; C. MEYER, *Sex, Sin, and Women's Liberation: Against Porn-Suppression*, 72 *Tex. Law Rev.* 1097, 1994. Per una collezione di saggi di entrambi i versanti del pensiero femminista, D. CORNELL (ed.), *Feminism and Pornography*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

Così ha proceduto, ad esempio, la Corte costituzionale italiana in diverse occasioni in cui ha ritenuto non contrastanti con la libertà di espressione talune fattispecie poste a presidio del buon costume sessuale.

È accaduto, ad esempio, nel 1965, quando la disposizione che incriminava il pubblico incitamento e la propaganda aventi ad oggetto pratiche contro la procreazione (art. 553 c.p.) è stata salvata manipolando l'oggetto di tutela, non più ravvisato nella strumentalità alla politica demografica del regime fascista, ma nel «naturale riserbo e pudore del quale vanno circondate le cose del sesso» e nell'esigenza di rispettare «l'intimità dei rapporti sessuali, la moralità giovanile e la dignità della persona umana, per la parte che si collega a tali rapporti»¹³⁹. Tuttavia, il richiamo alla dignità è tutt'altro che ap problematico. Infatti, le ipotesi di incitamento e propaganda *de quibus* non mettono a repentaglio né la dignità innata di chi già esiste e non viene forzato nelle scelte né quella di chi non verrà neppure concepito e non ha, dunque, diritti, pretese o interessi da accampare. Sul fronte della dignità dell'esistenza, poi, si può ritenere che un'informazione dettagliata sui metodi di controllo delle nascite si traduca in benefico ampliamento degli orizzonti di libertà della persona. A ben vedere, l'inserimento nel contesto del pudore pubblico – «nucleo centrale del buon costume, vale a dire della pubblica moralità riferita alla sfera sessuale»¹⁴⁰ – attrae la dignità nella stessa dimensione morale estrinseca, sinonimo di abitudine collettiva o convenzione sociale che porta ad elaborare giudizi collettivi di approvazione o disapprovazione di determinati comportamenti¹⁴¹.

Altra decisione significativa è intervenuta nel 1972, allorquando è stata ritenuta non contrastante con l'art. 21 Cost. la previsione dell'art. 528 c.p., con

¹³⁹ Corte cost., 2 dicembre 1964-4 febbraio 1965, n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, p. 61 e ss., con nota G. MAZZIOTTI, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*. Sulla problematica dell'osceno in generale, G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984; C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 7 e ss.

¹⁴⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, cit., p. 105.

¹⁴¹ Tale giudizio è vieppiù confermato dal fatto che, solo pochi anni dopo, la Corte è tornata sui propri passi ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 553 c.p., evidentemente a fronte di una evoluzione del comune sentire che rendeva non più sostenibili le precedenti argomentazioni (Corte cost., 24 febbraio-10 marzo 1971, n. 49, in *Giur. cost.*, 1971, p. 153 e ss.).

riguardo al caso dell'edicolante che espone pubblicazioni oscene¹⁴². Per la Corte, l' esercente che si astenga dall'esibire, giudicandoli osceni, gli stampati inviatigli per la vendita non usurpa una funzione censoria, ma «difende la propria personale dignità umana». Questo richiamo alla dignità – «riferito allo stesso soggetto di cui al contempo si conculca la libertà»¹⁴³ sotto minaccia di sanzione penale – non convince e sembra, piuttosto, che si sia voluto assegnare al negoziante il ruolo, non liberamente abdicabile, di guardiano della morale positiva.

Vent'anni dopo, la saldatura tra dignità umana e buon costume ritorna in un'altra pronuncia che rigetta nuovamente la questione di costituzionalità dell'art. 528 c.p.¹⁴⁴. In motivazione, si legge che il buon costume quale limite espresso posto dall'art. 21 alla libertà ivi riconosciuta è un «valore riferibile alla collettività in generale», comprensivo delle «condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone». La Corte fa giocare così alla dignità quella «funzione che gli americani chiamerebbero “raggelante” rispetto ad altri diritti e valori di rango costituzionale»¹⁴⁵, ma non è immediatamente chiaro in che senso il concetto sia qui richiamato. Infatti, da una parte, non vi sono elementi che colleghino la dignità ai soggetti le cui immagini vengano diffuse od esibite, i quali potrebbero aver scelto liberamente determinate modalità espressive; dall'altra, il contesto suggerisce che l'evocato rispetto tra le persone sia qui, più che altro, osservanza delle norme di comportamento comunemente accettate, ossia qualcosa di assai vago, che potrebbe portare a incriminare qualunque violazione delle regole stabilite.

Ancora nel 2000, la Consulta ha riproposto un argomentare non dissimile per salvare dalla censura di costituzionalità l'art. 15 della legge del 1948 sulla stampa,

¹⁴² Corte cost., 26-27 gennaio 1972, n. 93, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1156 e ss., con nota A. CERRI, *Libertà di pensiero: manifestazione, diffusione, mezzi*, p. 2577 e ss.

¹⁴³ C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 11.

¹⁴⁴ Corte cost., 6 maggio-9 luglio 1992, n. 368, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2935 e ss.

¹⁴⁵ C. VISCONTI, *op. ult. cit.*, p. 12.

sostenendo che – quando l’attenzione della comunità civile è colpita e offesa «dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano» – la reazione penale dell’ordinamento è legittima, perché «concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana»¹⁴⁶. Specie se si considera che la dignità protetta non è quella dei soggetti eventualmente raffigurati – potendo gli avvenimenti descritti anche essere immaginari o non riguardare persone –, sembra che, ancora una volta, sia stato fatto un uso retorico della dignità allo scopo di puntellare il comune sentimento della morale.

A onor del vero, però, va detto che, in Italia, il prospettato intreccio tra dignità umana e morale positiva si è rivelato opzione ermeneutica debole e poco spendibile, non avendo incontrato successo – pur provenendo dall’autorevole fonte della Consulta – né presso la giurisprudenza di legittimità né presso quella di merito.

Eppure, uno spirito simile a quello che anima le citate sentenze della nostra Corte costituzionale si ritrova nell’approccio ai cosiddetti *peep-shows*¹⁴⁷ da parte dei giudici tedeschi, i quali hanno dovuto valutare se l’apertura di locali dedicati a tali spettacoli potesse essere vietata a norma del § 33 del regolamento in materia di professioni e mestieri¹⁴⁸. La questione non è stata affrontata nell’ottica penalistica, ma la Corte federale amministrativa, investita del caso, si è trovata anch’essa a dover concretizzare la clausola generale del buon costume, verificando se la dignità potesse considerarsi lesa anche da pratiche poste in essere col consenso della persona direttamente incisa¹⁴⁹. Nella specie, i giudici hanno ritenuto che nei *peep-shows* – a

¹⁴⁶ Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, *cit.* La disposizione oggetto di scrutinio dispone, tra l’altro, che «le disposizioni dell’art. 528 c.p. si applicano anche nel caso di stampati che descrivono con particolari impressionanti o raccapriccianti avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari in modo da poter turbare il comune sentimento della morale».

¹⁴⁷ Sono così denominate quelle esibizioni nel corso delle quali lo spettatore è posto dietro una finestra individuale, che si apre con l’inserimento di gettoni a tempo, consentendo di assistere alle *performances* della spogliarellista di turno.

¹⁴⁸ Si tratta della disposizione che consente, nei casi di violazione del buon costume, di negare il rilascio della licenza amministrativa richiesta per le attività che comportino l’esposizione al pubblico di persone per finalità non qualificabili artistiche o scientifiche.

¹⁴⁹ BVerwG, 15 dicembre 1981, in *NJW*, 1982, p. 664 e ss. Conf.: BVerfG, 9 luglio 1986, *ivi*, p. 3246, e, pur con diversità di accenti nella motivazione, BVerwG, 30 gennaio 1990, in *JZ*, 1990, p. 382. Per

differenza che in altri spettacoli di analogo tenore – la donna sia relegata «in una posizione degradante» e «trattata come un oggetto». Pertanto, si è concluso che il consenso non possa elidere la violazione della dignità umana, «valore oggettivo indisponibile», «alla cui protezione l'individuo non può validamente rinunciare». Anche stavolta, però, l'argomento della dignità si è rivelato meno forte del previsto e non è stato riproposto in una sentenza di poco successiva, pur addivenuta alla medesima conclusione circa la legittimità del divieto¹⁵⁰.

Invero, si può osservare che proibizioni – come quella in esame – che vietano una attività non produttiva di *harm to others*, sostituendosi alla decisione individuale, non tutelano né la dignità ontologica, che rappresenta lo spazio inviolabile e insindacabile di ciascuno, né quella esistenziale, che consiste nella possibilità di orientarsi liberamente secondo le proprie preferenze¹⁵¹. Beninteso, tali rilievi non portano automaticamente a dire che ogni genere di esibizione debba essere ammesso, perché, anche in prospettiva *liberal*, si possono articolare una serie di buone ragioni a sostegno di limiti o restrizioni a pratiche incentrate sullo sfruttamento dell'immagine e del corpo femminile, dalla difficoltà di accertare l'effettiva libertà del volere di chi vi si sottopone alla necessità di combattere forme di criminalità legate alla mercificazione della donna¹⁵². Tuttavia, anche ove si riconosca l'ammissibilità di

un ulteriore approfondimento sul tema, T. DISCHER, *Die Peep-Show-Urteile des BVerwG*, in *JuS*, 1991, p. 642 e ss.

¹⁵⁰ BVerwG, 84, 314.

¹⁵¹ È vero che la decisione di prestarsi a certe attività può essere dettata dal bisogno economico o da altro condizionamento cogente, ma allora viene in considerazione l'autonomia prima che la dignità e andrebbe accertata la presenza delle condizioni per una libera scelta. Inoltre, anche se le attività in discorso non rappresentano per i più uno sviluppo ottimale e raccomandabile dell'esistenza, non è detto che taluno non possa stimare gratificante essere remunerato per fare sfoggio delle componenti più spregiudicate ed esibizionistiche della personalità. Va tenuta in conto anche la posizione teorica di chi assume che va dato peso alla gratificazione sessuale individuale ed alla conoscenza di sé, che si possono ricavare dal materiale pornografico (cfr.: J.G. SHERMAN, *Love Speech: The Social Utility of Pornography*, 47 *Stan. L. Rev.*, 1995, p. 661 e ss.; L. WILLIAMS, *Hard Core: Power, Pleasure and the "Frenzy of the Visible"*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, CA: Expanded Paperback Edition, 1999), nonché – in prospettiva collettivistica – allo svecchiamento dei costumi ed alla liberazione da certi tabù che possono derivarne (C.E. BAKER, *op. cit.*).

¹⁵² Cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, *cit.*

talune restrizioni, non è automatica la legittimazione della criminalizzazione, che deve passare al vaglio dei parametri prettamente penalistici di offensività, materialità e sussidiarietà.

È, dunque, censurabile il fatto di voler coprire i veri punti problematici con una dignità trasfigurata in morale positiva che non ammette repliche¹⁵³. Se davvero si vuole difendere la morale positiva, sarebbe più onesto impostare il ragionamento in termini chiari e sobbarcarsi l'onere di definire il bene protetto, le ragioni della ritenuta meritevolezza di tutela e la consistenza dell'offesa¹⁵⁴. Se ciò non accade, è perché – a fronte delle evidenti difficoltà – si preferisce non attaccare in modo esplicito l'*harm principle*, ma svuotarlo di contenuto dall'interno, mettendo in campo

¹⁵³ A riprova di una tale trasfigurazione si può citare, tra l'altro, l'improbabile distinguo prospettato dai giudici tedeschi tra *peep-shows*, da una parte, *strip-tease et similia*, dall'altra, distinguo incentrato sul fatto che solo i primi risulterebbero lesivi della dignità della donna per il fatto di essere basati su procedure automatizzate che eliminano il rapporto personale con il pubblico. Non occorre spendere molte parole per far risaltare come si sia voluto sbarrare il passo ad attività commerciali a sfondo sessuale relativamente nuove e discutibili, senza rimetterne in discussione altre ormai accettate dal costume sociale. Inoltre, che l'autentico fondamento della repressione penale delle condotte contrarie al buon costume sia da ravvisare nell'*enforcement of morals* è ben comprovato dal fatto che le sentenze citate richiamano anche la morale ed ancor più è comprovato dal fatto che si addivene a soluzioni analoghe in ordinamenti – come quello statunitense – che non invocano la dignità, ma risolvono il conflitto con la libertà di espressione assegnando «*slight social value*» ai materiali osceni e peso preponderante al «*social interest in order and morality*» (*Roth v United States*, 354 U.S. 476 (1957), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0354_0476_ZS.html).

¹⁵⁴ Si riapre, quindi, la classica indagine sull'ammissibilità della tutela penale della morale, indagine che i liberali risolvono in senso negativo – assumendo che contrasti col corollario della sufficiente determinatezza della fattispecie elevare ad oggetto di tutela entità troppo vaghe (cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'postsecolarismo'*, cit., p. 546 e ss.) – e che oggi non può ricevere piana risposta positiva neppure dai fautori del moralismo giuridico, chiamati a confrontarsi col moltiplicarsi delle visioni del mondo e con la loro difficile coesistenza in un medesimo contesto. I profili problematici si moltiplicano, poi, per il fatto che le fattispecie di pericolo astratto – le uniche idonee a proteggere beni vaghi – entrano in tensione con l'offensività. Inoltre, in quest'epoca di sempre maggiore valorizzazione dell'autodeterminazione, la prospettiva di *enforcement of morals* diviene ancor più difficilmente sostenibile quando si pretenda di farla prevalere sull'autonomia dei soggetti più direttamente coinvolti e non vi sia modo di dimostrare gli effetti socialmente dannosi delle condotte vietate (*ex plurimis*, G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., p. 78 e ss.).

una dimensione valoriale della dignità che diventa ricettacolo di moti irrazionali e che si assume lesa da condotte ritenute moralmente inaccettabili¹⁵⁵. Così, però, senza appiglio alcuno nelle fonti normative, si tradisce il significato più autentico del principio; si trasforma la dignità – espressione del nucleo inviolabile e meta delle aspirazioni di ciascuno – in strumento conservativo e oppressivo, che limita le scelte dell'individuo per la tutela di modelli collettivistici; la si espone alle medesime critiche dirette avverso entità elevate a beni giuridici con connotazione moraleggiante e titolarità diffusa, come pudore, decenza e buon costume¹⁵⁶.

L'operazione di disvelamento qui proposta suggerisce, quindi, maggiore attenzione alla ricostruzione dei beni in gioco ed un più attento giudizio di bilanciamento, che, sotto il profilo penalistico, potrebbe verosimilmente portare ad un ripensamento od al superamento di fattispecie controverse, che non si può pretendere di rivalutare tramite un utilizzo improprio della dignità. In altri termini, puntata l'attenzione sulla problematicità di difendere beni inafferrabili a costo del sacrificio della libertà delle persone, diviene ineludibile la scelta di abbandonarne la tutela penale od almeno – ove possibile – di tradurre tali beni, anche con aggiustamenti interpretativi, in istanze di protezione della libertà di non subire molestie, in maniera tale da ripristinare una proporzione adeguata tra bene sacrificato dalla sanzione e bene protetto¹⁵⁷.

Ciò posto, ci si può chiedere come mai Paesi dichiaratamente liberali non rinuncino alla tutela di entità a sfondo moralistico, ma ne rafforzino la consistenza col riferimento alla dignità. La risposta non è a portata di mano, ma si può pensare che tale scelta sia motivata – più che da un *revival* teoretico di concezioni

¹⁵⁵ È quello che B. HARCOURT, *op. cit.*, definisce, con espressione icastica *the collapse of harm principle*.

¹⁵⁶ Sul tema, G. FIANDACA, *op. ult. cit.*

¹⁵⁷ In questo orizzonte, le decisioni ultime non sono automaticamente derivanti da un quadro preconstituito – sia pure esso rappresentato dalla normazione superprimaria –, ma dipendono da una molteplicità di fattori ulteriori storicamente condizionati ed alla stregua dei quali non è affatto scontato che la stessa libertà da molestie risulti meritevole della tutela penale (cfr. G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale, cit.*, 1982, p. 58 e ss.).

giusnaturalistiche¹⁵⁸ – da un atteggiamento conservatore o quantomeno di cautela verso vecchi tabù o verso un nuovo che spaventa, preoccupa o mette a disagio. Si attinge, allora, ad una nozione antropologica della dignità, usata per proiettare sul piano del dover essere quella che Rhoda Howard definisce la «comprensione culturale dell'intimo valore della persona umana e delle sue relazioni politiche con la società»¹⁵⁹. Questo modo di procedere si ritrova – almeno da parte di certa dottrina – in un altro ambito suscettibile di sollevare spettri e paure collegati alla dimensione più profonda ed emotiva. Ci si riferisce alla bioetica, ove sembra aver riguadagnato terreno l'idea che competa al diritto il ruolo antropologico di definire e preservare una data dimensione del genere umano¹⁶⁰.

12. Questioni bioetiche: l'aborto

In campo bioetico, formano ancora oggetto più che altro di speculazione teorica i nuovi timori che scaturiscono da moderne tecnologie asseritamente in grado di incidere sulla stessa auto-comprensione della natura umana¹⁶¹. Per altre questioni, come l'aborto e l'eutanasia, invece, si registrano significative prese di posizione della giurisprudenza. È comunque interessante segnalare che i due fronti – quello teorico, da una parte, e quello pratico-applicativo, dall'altra – mostrano di procedere in modo diverso, perché la dottrina tende a un utilizzo *tranchant* della dignità per orientare in modo netto in una data direzione, mentre le corti sono più caute nel farvi appello e, in ogni caso, la inseriscono in un'ampia gamma di riferimenti, che impongono poi il ricorso a tecniche di bilanciamento.

¹⁵⁸ Di tale avviso, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*, in cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7664/1/LAW-2007-37.pdf, p. 16.

¹⁵⁹ R. HOWARD, *op. cit.*, p. 83. Sulla concezione antropologica della dignità, si rinvia quanto scritto al cap. V, § 16.

¹⁶⁰ A supporto di una tale rappresentazione teoretica, si vedano: J. HABERMAS, *Il Futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, *cit.*; A. SUPLOT, *Homo juridicus. Essai Sur la Fonction Anthropologique di Droit*, Paris, Le Seuil, 2005. Per una critica, D. DE BECHILLON, *Porter Atteinte aux Catégories Anthropologique Fondamentales*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, p. 47 e ss.

¹⁶¹ Si pensi alla clonazione, alla creazione di chimere, al trapianto di encefalo e quant'altro.

Sul versante dell'inizio della vita, l'impiego più pervasivo del concetto si deve, ancora una volta, alla Corte costituzionale tedesca, che ha preso le mosse dalla *Menschenwürde* per argomentare le due famose sentenze sull'aborto del 1975¹⁶² e del 1993¹⁶³.

Segnatamente, nel 1975, il *Bundervassungericht* aveva dichiarato l'illegittimità della legge federale che depenalizzava l'aborto nel primo trimestre – a condizione che la donna avesse ricevuto consulenza e assistenza medica e la procedura fosse stata eseguita da professionista abilitato – e consentiva l'interruzione volontaria di gravidanza, dopo il primo trimestre, ove la gestazione rappresentasse una minaccia per la vita o un grave danno per la salute della donna, ed ancora, entro la ventiduesima settimana, nell'evenienza che il bambino potesse nascere con gravi malformazioni. Muovendo dal presupposto che «anche la vita in formazione partecipa della dignità umana», che il «feto ha diritto alla vita» e che l'esistenza individuale si sviluppa senza soluzione di continuità a partire dal quattordicesimo giorno dopo il concepimento¹⁶⁴, la Corte aveva ritenuto che la depenalizzazione dell'aborto nei primi novanta giorni violasse il dovere delle istituzioni di proteggere la dignità e la vita umana e che fosse necessario presidiare con sanzioni penali il dovere di portare a termine la gestazione, per rendere effettiva la struttura valoriale della Legge fondamentale ed «educare la nazione al valore della vita umana». D'altra parte, per bilanciare tali valori con la necessità di tenere conto della dignità e dei diritti della madre – per la quale, in determinate circostanze, poteva risultare troppo gravoso o rischioso proseguire la gravidanza – erano state approvate alcune delle indicazioni autorizzative contenute nella legge: il profilarsi di rischi per la vita o la salute della donna; l'esistenza di gravi malformazioni congenite; un concepimento frutto di reati sessuali; una «generale situazione di necessità» legata alle difficoltà complessive della gestante.

¹⁶² 39 BVerfGE 1 (1975).

¹⁶³ 88 BVerfGE 203 (1993).

¹⁶⁴ Sull'inizio della vita umana, cfr.: E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione assistita* (l. 19 febbraio 2004, n. 40), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 440 e ss.; C. KACZOR, *The Edge of Life: Human Dignity and Contemporary Bioethics*, New York/London: Kluwer Academic Publishers, 2005, p. 47 e ss.

Diciotto anni dopo, la questione di legittimità aveva investito la legge di riforma del 1992, adottata dopo la riunificazione del Paese per conciliare le previsioni più restrittive della Germania Ovest con quelle più permissive della Germania Est. La nuova disciplina era così congeniata: nel primo trimestre, la donna poteva interrompere la gravidanza senza che fosse un terzo a valutare la presenza delle indicazioni previste dalla legge e con le sole condizioni di sottoporsi a consulenza obbligatoria – finalizzata a stimolare una decisione consapevole e responsabile – e di attendere altri tre giorni per meglio ponderare la scelta; trascorso il primo trimestre, invece, occorreva l'accertamento di una parte terza in merito alla ricorrenza delle ragioni giustificative, costituite dalla minaccia per la vita della madre o dalla grave malformazione fetale, esimente quest'ultima comunque sottoposta allo sbarramento temporale assoluto della ventiduesima settimana. Il tutto si inseriva, comunque, in un contesto volto a favorire la prosecuzione della gravidanza con misure di sostegno giuridico e sociale della maternità e dell'infanzia. Nonostante le cautele predisposte dal legislatore, il *Bunneverfassungsgericht* ha giudicato le nuove regole non adeguate e confermato il nucleo essenziale della precedente statuizione, ribadendo che «la dignità compete all'esistenza fisica di ogni essere umano (...) prima e dopo la nascita» e che, pertanto, erano incostituzionali le previsioni che legalizzavano l'aborto nel primo trimestre. V'è stata, però, una parziale correzione di rotta rispetto alla sentenza del 1975, perché la Corte – pur insistendo sul dovere della donna di dare alla luce la propria creatura e sulla conseguente illiceità dell'aborto – non ha riaffermato l'obbligo dello Stato di criminalizzare tutte le condotte abortive ed ha ammesso che possano risultare giustificate quelle poste in essere in presenza di specifiche circostanze, quali ragioni mediche, un concepimento derivante da reato sulla donna, una decisione adottata a seguito di procedura pubblica finalizzata a far desistere dall'intento di interrompere la gravidanza. A quest'ultimo proposito, le previsioni della legge censurata sono state giudicate non sufficientemente attente a tutelare il diritto alla vita del feto, atteso che, tra l'altro, non delineavano in modo adeguato le misure di sostegno pubblico per la madre né il suo diritto di tornare al lavoro dopo il parto né la ponevano al riparo da condizionamenti esterni che militassero contro la prosecuzione della gravidanza.

Entrambe le decisioni, quindi, hanno fatto leva tanto sul principio di dignità quanto sul diritto alla vita, riferiti entrambi sia alla gestante che all'embrione, dato questo che ha reso particolarmente difficile individuare il punto di equilibrio. La prima sentenza, però, è più enfatica e più invasiva della discrezionalità del legislatore, dato che afferma un vero e proprio obbligo di criminalizzazione. La seconda tiene fermo il messaggio della illiceità della procedura, ma si mostra più "comprensiva" verso le ragioni della gestante ed attenta a sostenere più che a punire la persona in difficoltà. In ogni caso, è stato lasciato un certo spazio all'autonomia decisionale della donna, sotto la condizione di garanzie procedurali e misure di assistenza sociale a tutela della vita in formazione.

Chi assume una posizione scettica nei confronti della dignità potrebbe osservare che sarebbe stato possibile approdare a conclusioni non dissimili senza farvi ricorso e potrebbe pensare di portare a riprova l'esperienza degli Stati Uniti, laddove, negli anni '90, l'orientamento decisamente *liberal* espresso un ventennio prima è stato significativamente mitigato per addivenire ad un assetto in parte convergente con quello tedesco.

Effettivamente, nel caso *Roe v Wade* deciso nel 1973, la *Supreme Court* americana aveva dato il più ampio spazio all'autonomia decisionale della gestante¹⁶⁵. Infatti, era stato statuito che, nel primo trimestre, lo Stato non poteva limitare in alcun modo il diritto di scelta della donna; nei tre mesi successivi, era possibile soltanto dettare una regolamentazione della procedura abortiva che fosse «ragionevolmente correlata alla salute materna»; nell'ultimo trimestre, il legislatore poteva decidere di limitare o vietare l'aborto del feto vitale, sempreché l'interruzione della gravidanza non fosse comunque necessaria, secondo il parere medico, per preservare la vita o la salute della madre. Su queste basi, erano state invalidate diverse disposizioni legislative statali, tra le quali quelle che imponevano di eseguire

¹⁶⁵ *Roe v Wade*, 410 U.S. 113 (1973), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html. Per commenti, tra gli altri, si vedano: J. BALKIN (ed.), *What Roe v. Wade Should Have Said; The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial decision*, New York: New York University Press, 2005; D. GARROW, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe V. Wade*, New York: Penguin, 1994; R. GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 *North Carolina Law Review*, 1985, p. 375 e ss.

la procedura in ospedale, previa informativa sui rischi, sulla base di un consenso scritto o decorso uno *spatium deliberandi* di ventiquattro ore.

Nel 1992, sono state poste regole più restrittive, pur essendo stato riaffermato un vero e proprio diritto all'aborto fondato sulla *privacy*, configurata come interesse qualificato a non subire interferenze nella sfera personale¹⁶⁶. Così, nel caso *Casey*, è stata superata la rigida scansione per trimestri e ravvisato nell'acquisita vitalità il momento a partire dal quale l'interesse dello Stato alla vita del feto sopravanza il diritto di autodeterminazione della donna¹⁶⁷, salva la necessità, comprovata da fonte medica, di praticare l'aborto per salvaguardare la vita o la salute di costei. Inoltre, lo «*strict scrutiny*» di *Roe v Wade* è stato sostituito con il criterio dell'«*undue burden*», in base al quale eventuali disposizioni regolative vanno considerate illegittime solo se hanno «lo scopo o l'effetto di frapporre ostacoli significativi sul cammino della donna che intenda praticare l'aborto di un feto non vitale»¹⁶⁸. Alla luce del nuovo *standard*, sono state confermate – in aperto contrasto con la decisione del 1973 – le disposizioni relative al periodo di attesa di 24 ore, al consenso dei genitori ed all'*informed consent*, che deve aver ad oggetto quantomeno la natura della procedura, i rischi per la salute, i programmi di *welfare* a sostegno delle famiglie e le alternative all'aborto.

Indubbiamente, queste disposizioni hanno qualche somiglianza con quelle vigenti nell'ordinamento tedesco e non sono *value-neutral*, bensì tese a incidere sulla decisione della donna. Eppure, la Corte americana non ha argomentato in termini di dignità né ha riconosciuto il diritto alla vita del feto. Piuttosto si è basata sulla

¹⁶⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), in <http://supreme.justia.com/us/505/833>.

¹⁶⁷ La modifica è stata determinata dalle nuove acquisizioni scientifiche, in base alle quali il feto acquista la vitalità – intesa come attitudine a vivere fuori dall'utero materno, anche se col supporto di mezzi artificiali di sostegno – a partire dalla ventiduesima o ventitreesima settimana piuttosto che dal settimo mese (per una critica filosofica alla nozione di vitalità, J. NOONAN, *An Almost Absolute Value in History*, in R. MUNSON, *Intervention and Reflection: Basic Issues in Medical Ethics*, Belmont, CA: Wadsworth Publishing Co., 1996).

¹⁶⁸ In quest'ottica, la previsione della scrutinata legge della Pennsylvania, che imponeva la comunicazione al marito del proposito abortivo, è stata giudicata illegittima, poiché rischiava di acuire ulteriormente le situazioni di abuso coniugale.

privacy della madre, suscettibile di limitazione non in nome di una posizione autonoma del nascituro, ma dell'interesse dello Stato alla formazione della nuova vita.

A ben guardare, però, ci si avvede che i principi richiamati fanno la differenza tra i due ordinamenti. In Germania, l'aver puntato i riflettori sul valore intrinseco sia della madre che del feto rende la posizione di quest'ultimo più forte di quanto non accada Oltreoceano, ove alla *privacy* ed all'autonomia della prima fa da contraltare un ben più flebile e generico interesse pubblico alla vita in formazione. Basti considerare che il sistema tedesco non ammette l'aborto dopo la ventiduesima settimana nemmeno per salvaguardare la salute della madre, mentre quello americano non pone limiti temporali quando l'interruzione di gravidanza debba essere praticata per tale causa, che, per di più, viene interpretata estensivamente¹⁶⁹. Inoltre, i giudici tedeschi non hanno richiesto semplicemente l'informazione sugli strumenti di *welfare* eventualmente già esistenti, ma il massimo impegno delle istituzioni per proteggere e promuovere sia la nuova vita sia l'esistenza di chi è già persona; la *privacy* invocata nell'ordinamento statunitense, invece, giustifica al più misure dirette a garantire scelte consapevoli e ponderate, ma non legittima pretese di assistenza da avanzare ai pubblici poteri.

L'influenza dei principi, quindi, è tutt'altro che trascurabile, pur conducendo a soluzioni aperte, condizionate dalle dinamiche socio-politiche e storico-culturali di un Paese. Così, il passato nazista suggerisce alla Germania massima cautela nell'incidere sui beni fondamentali, una cautela che prende corpo nella dignità elevata a scudo protettivo di chi non ha altra difesa e, più in generale, tradotta in emblema di una scala di valori. Per converso, il mito del sogno americano continua ad alimentare la fede nell'autonomia individuale, anch'essa riassuntiva di un certo modo di intendere i rapporti interpersonali e quelli tra Stato e cittadini. Nell'un caso e nell'altro, i riferimenti posti a base del decidere – rispettivamente dignità e *privacy*/autonomia – operano, più che come principi specifici, quali formule

¹⁶⁹ Cfr.: *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), in http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0179_ZS.html; *Stenberg, Attorney General of Nebraska, et al. v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000), in <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-830.ZS.html>.

riassuntive dell'*ethos* di un popolo. Al contempo, proprio la divergenza di opinioni che si registra su un tema tanto spinoso rende quelle formule solo latamente indicative di una direzione di marcia, impedendo alle corti di calare dall'alto la carta vincente ed imponendo, invece, di argomentare e ricercare soluzioni di compromesso. L'evoluzione del sentire giustifica, quindi, sia l'ammorbidirsi della posizione tedesca ed il passo indietro rispetto all'obbligo di criminalizzazione sia le maggiori cautele richieste dalla giurisprudenza statunitense più recente.

13. Segue: il fine vita

Con riguardo al fine vita, è di particolare interesse l'impiego della nozione di dignità che si ritrova nella sentenza resa nell'ottobre 2007 dalla nostra Corte di Cassazione sul caso Englaro, allorché è stato affermato il principio di diritto che, per i malati in stato vegetativo permanente senza possibilità di recupero, la disattivazione dei presidi *life-sustaining* può essere autorizzata dal giudice – su richiesta del tutore e nel contraddittorio con il curatore speciale –, «sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona»¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1676 e ss., con nota E. CALÒ, *op. cit.*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3025 e ss., con nota G. CASABURI, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2008, p. 77 e ss., con note F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (Come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, A.G. DANOVI, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, G. GALUPPI, *Brevi osservazioni sulla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 1103 e ss., con nota G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 384 e ss., con nota M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*; Cass., S.U., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 7, p. 54 e ss., con nota G. MARRA, *Sebbene non siano stati risolti tutti i problemi la traccia ermeneutica è delineata con chiarezza*. I fatti sono noti a tutti: Eluana Englaro, la giovane e sfortunata protagonista del caso, era entrata in stato vegetativo permanente dopo un incidente d'auto; in precedenza, la ragazza – spirito fiero e amante della libertà – aveva avuto modo di dichiarare, assistendo al calvario di un amico ridotto in condizione

La pronuncia rappresenta un momento di svolta nel nostro ordinamento per aver fatto il punto sul tema controverso del rifiuto di cure¹⁷¹ e su quel che ne deriva in termini di responsabilità del medico nonché per aver gettato un ponte verso il riconoscimento giuridico delle direttive anticipate di trattamento¹⁷². Per i soggetti adulti capaci, il diritto a rifiutare le cure viene affermato incondizionatamente anche quando possa derivarne la morte; per gli incapaci, invece, si può arrivare a tale esito solo ove sussistano la condizione oggettiva dello stato vegetativo irreversibile e quella soggettiva di una volontà ipotetica dell'interessato che deponga nel senso della fine dei trattamenti. In questo quadro, è esclusa qualsivoglia responsabilità del medico per omessa cura, poiché, quando viene meno il consenso del malato alle terapie, cessa l'obbligo giuridico del professionista di continuarle ed insorge quello di rispettare la volontà dell'assistito contraria al trattamento.

vegetativa, che non avrebbe voluto sopravvivere se si fosse venuta trovare in quella situazione; per rispettarne la volontà ed il carattere, il padre, nella veste di legale rappresentante, aveva chiesto l'autorizzazione a far interrompere le terapie di sostegno vitale; alla decisione della Cassazione del 2007 hanno fatto seguito ulteriori sviluppi in sede sia giudiziaria che politica; interrotte nutrizione ed idratazione artificiali, Eluana è spirata il 9 febbraio 2009. Sulla vicenda umana, che segna un momento importante anche nella vita politica e culturale del nostro Paese, si rinvia a: B. ENGLARO-A. PANNITTERI, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Milano, 2009; B. ENGLARO-E. NAVE, *Eluana. La libertà e la vita*, Milano, 2008.

¹⁷¹ L'espressione "rifiuto di cure" viene impiegata in questa sede nell'accezione più ampia, comprensiva, oltre che del diniego a far iniziare le terapie, anche della richiesta di interrompere quelle già in essere. Distingue, invece, tra «rifiuto» come richiesta di non inizio e «rinuncia» come richiesta di sospensione di trattamenti sanitari il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA nel parere del 28 ottobre 2008, intitolato *Rifiuto e rinuncia consapevole ai trattamenti sanitari nella relazione paziente-medico*, consultabile in http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/abstract_rifiuto_cure4.pdf.

¹⁷² Per una disamina analitica di tali problematiche, si rinvia a: C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti e prospettive future in tema di rifiuto di cure*, in *Riv. pen.*, 2009, n. 9, p. 921 e ss.; ID., *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2010, n. 3, p. 1311 e ss.; ID., *Testamento biologico: il Ddl licenziato al Senato rischia di modificare un quadro di riferimento*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 18, p. 98 e ss. In ottica più prettamente civilistica, di recente T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009.

È stato così superato il precedente indirizzo – radicato, invero, anche all'estero¹⁷³ – che negava la possibilità di rifiutare trattamenti *life-saving* o *life-sustaining*, puntando soprattutto sull'indisponibilità della vita e sul dovere del medico di salvaguardare ad ogni costo l'integrità psico-fisica del curato. Il cambio di prospettiva ha fatto leva sul consenso informato, espressamente legato alla dignità. Si legge, infatti, che il principio del consenso informato ha fondamento costituzionale, tra l'altro, nell'art. 2 – «che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e *dignità*» – e promana, più in generale, dal «principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di

¹⁷³ Per esemplificare, si può citare la Francia, ove si riscontra la tendenza a sovrapporre i concetti di dignità umana e sacralità della vita. Vale a rendere l'idea il caso deciso da C.A.A. Paris, 9 June 1998, (1998) 6 *Revue Française de Droit Administratif*, 1231 e ss.: un testimone di Geova – ricoverato in precarie condizioni di salute – aveva manifestato allo *staff* medico ferma opposizione alle trasfusioni di sangue; ciononostante e pur essendo il consenso informato posto a base della relazione tra curante e curato, le trasfusioni erano state praticate appena peggiorato il quadro clinico; l'uomo, però, era deceduto comunque e la moglie aveva convenuto in giudizio l'ospedale per il risarcimento del danno morale derivante dal mancato rispetto della volontà del marito; la Corte adita ha rigettato la richiesta con la motivazione che l'obbligo del medico di salvare la vita deve prevalere su quello di acquisire il consenso alle terapie. La *ratio decidendi* è sostanzialmente quella espressa dalle parole del *commissaire de gouvernement*, secondo cui «la concezione francese dell'autonomia è più ristretta di quella anglo-sassone; è ispirata dal diritto romano ma anche da Rousseau e Kant: è la capacità di definire e rispettare doveri universali, leggi, verso gli altri nonché verso sé stessi in quanto membri dell'Umanità. Un essere autonomo non può razionalmente volersi comportare in un modo che non può essere universalizzato. In tale impostazione, una persona in sciopero della fame, o una persona che rifiuta un trattamento che la tenga in vita non è autonoma, e ciò giustifica l'intervento dello Stato o di un medico (...) In tale impostazione, la nozione di *dignità umana* non è sinonimo di libertà individuale. Essa implica una dimensione oggettiva, fondata sull'appartenenza dell'individuo al consorzio umano, e porta a dare maggiore importanza, quando sia in gioco un valore umano, allo *standard* universale piuttosto che alle preferenze individuali» (M. HEERS, conclusioni, C.A.A. Paris, 9 giugno 1998, *cit.*).

convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»¹⁷⁴. Si precisa, poi, che il diritto alla salute, «come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di *dignità umana* propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»¹⁷⁵. Ciò deve valere anche per l'incapace, «in considerazione del fatto che la *dignità* dell'essere umano impone» di rispettarne il volere espresso quando era in grado di prendere decisioni consapevoli¹⁷⁶. Di conseguenza, il tutore è tenuto a non «trascurare l'idea di *dignità* della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte»¹⁷⁷. Il legale rappresentante, dunque, non è libero di decidere al posto del rappresentato e non può far cessare le cure di propria iniziativa neanche ove ricorra la condizione clinica estrema dello stato vegetativo permanente, che «è parte costitutiva della biografia del malato e che nulla toglie alla sua *dignità* di essere umano»; egli deve piuttosto considerare che – accanto a chi vuole essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – v'è «chi, legando indissolubilmente la propria *dignità* alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno»¹⁷⁸. Ecco perché, «in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore (...), di interruzione del trattamento medico che (...) tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione (...) – proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità – si appalesi, in mancanza di qualsivoglia

¹⁷⁴ Cass., 16 ottobre 2007, *cit.* (corsivo aggiunto).

¹⁷⁵ Cass., 16 ottobre 2007, *cit.* (corsivo aggiunto).

¹⁷⁶ Cass., 16 ottobre 2007, *cit.* (corsivo aggiunto).

¹⁷⁷ Cass., 16 ottobre 2007, *cit.* (corsivo aggiunto).

¹⁷⁸ Cass., 16 ottobre 2007, *cit.* (corsivo aggiunto).

prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la *dignità della vita e la sofferenza nella vita*»¹⁷⁹.

Facendo il paragone con precedenti decisioni intervenute sul tema del rifiuto di cure¹⁸⁰, si nota il respiro ben più ampio che deriva qui dall'argomentare per principi piuttosto che sulla base delle singole disposizioni di legge ordinaria. Sono evocati, in particolare, autonomia, solidarietà e dignità e di quest'ultima vengono in considerazione sia la dimensione protettiva che quella promozionale: da una parte, infatti, si rileva che il rispetto per la persona non può mai venire meno neanche nelle situazioni marginali ed estreme in cui il soggetto abbia definitivamente perduto ogni capacità e possibilità di interagire col mondo esterno; dall'altra, riecheggiando Dworkin¹⁸¹, si vuole calibrare la dimensione concreta di un tale rispetto sugli interessi critici del malato. Tuttavia, su quest'ultimo versante, non sono state tratte tutte le conseguenze della valorizzazione delle preferenze individuali, poiché l'interruzione dei presidi salvavita viene ammessa nei soli casi di stato vegetativo permanente.

Questo argomentare per principi porta evidentemente la questione sul piano dell'ordine pubblico costituzionale e mostra, rispetto al passato, un mutamento degli equilibri: in seno alla dignità, il versante promozionale – in termini di autorealizzazione secondo parametri insindacabilmente prescelti dall'interessato – ha preso il sopravvento, mentre l'istanza di tutela della dignità ontologica come nucleo intangibile resta a orientare l'agire nei confronti di chi non abbia espresso preferenze ed a scongiurare il rischio di abusi; più in generale, i principi personalistici – ben espressi soprattutto dall'autonomia e da una dignità così soggettivizzata – si sono imposti sull'interesse pubblico generale ed astratto alla conservazione della vita biologica nonché sull'*integrity of the medical profession*, che impone al medico di praticare il trattamento giudicato migliore in base al sapere tecnico.

Il risultato finale si avvicina a quello raggiunto in altri ordinamenti, come quello statunitense, che hanno affermato il diritto dell'ammalato di rifiutare o far

¹⁷⁹ Cass., 16 ottobre 2007, *cit.* (corsivo aggiunto).

¹⁸⁰ Cfr. C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti e prospettive future in tema di rifiuto di cure*, *cit.*

¹⁸¹ Cfr. R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994.

interrompere le terapie puntando soprattutto sull'*informed consent* e sulla *privacy* e traendone la conseguenza dell'esenzione da responsabilità per coloro il cui intervento sia necessario per consentire l'esercizio di quel diritto¹⁸². Anche i giudici nord-americani – solitamente restii a ragionare per principi generali – hanno qui prospettato un equilibrio bilanciato, sostenendo che tanto l'autodeterminazione quanto la *privacy* non sono diritti assoluti, ma da contemperare con gli interessi dello Stato, che divengono, però, sempre più recessivi mano a mano che aumenta il grado di invasione del corpo e diminuiscono le prospettive di miglioramento della salute¹⁸³.

L'ordinamento americano non pone, però, la condizione dello stato vegetativo permanente per ammettere l'interruzione dei trattamenti *life-sustaining* praticati a soggetti incapaci, che avessero manifestato o per i quali sia ricostruibile la chiara volontà di non continuare a vivere in determinate condizioni. Questo limite ulteriore risulta fuori asse se rapportato al filo conduttore del rispetto degli interessi critici dell'incapace, ma si spiega meglio, almeno in parte, tenendo conto della tutela rafforzata che gli ordinamenti europei continentali sono soliti attribuire alla dignità ontologica finanche rispetto a condotte *self-regarding*¹⁸⁴. Tale tutela rafforzata impedisce, dunque, di cessare le terapie – quando vi siano pur minime possibilità di recupero – anche a fronte di precedenti volontà interruttrive; in mancanza di volontà

¹⁸² Cfr.: *Union Pacific Railway Co. v Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891), in <http://supreme.justia.com/us/141/250/>; *Schloendorff v Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125 (1914), 105 N.E. 92, in <http://www.loislaw.com/livepublish8923/doclink.htm?alias=NYAPP&cite=105+N.E.+92>; *Re Quinlan* 70 NJ 10 (1976), in <http://people.brandeis.edu/~teuber/quinlan.html>; *Superintendent of Belchertown State School v Saikewicz*, 373 Mass. 728, 370 N.E., 2d 417 (1977), in <http://masscases.com/cases/sjc/373/373mass728.html>; *Cruzan v Director, Missouri Health Department* 111 L Ed 2d 224 (1990). Per note e commenti in lingua italiana: B. BARBISAN, *Il diritto a morire negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, in *Dir. pubb.*, 2001, p. 175 e ss.; G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati uniti e il «right to die»*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 72 e ss.; A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 66 e ss.

¹⁸³ In questo senso, chiaramente *Re Quinlan*, *cit.*

¹⁸⁴ Per il resto, la decisione della Cassazione è stata sicuramente condizionata dalle peculiarità del caso e da un *self-restraint* legato all'intento di non sottrarre al legislatore il compito di dettare la disciplina organica della materia.

così orientate, detta tutela rafforzata impedisce altresì «l'affievolimento delle cure e del sostegno solidale», a prescindere da quanto disperata possa essere la situazione e fatta salva solo la ricorrenza dell'accanimento terapeutico. Quest'ultimo punto, poi, si traduce in implicito rigetto di quel *best interests test* elaborato e più volte applicato come parametro di trattamento dell'incapace dalle corti inglesi¹⁸⁵, scozzesi¹⁸⁶ ed irlandesi¹⁸⁷, che hanno autorizzato l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali a persone in stato vegetativo permanente a prescindere dal loro consenso – reale o presunto – e sul solo presupposto che la cessazione della somministrazione dei presidi di sostegno fosse rispondente al miglior interesse oggettivo degli individui considerati.

Non è detto che tale assetto non muti – ed è anzi verosimile che ciò accada –, ma si conferma come, in ambito bioetico, l'appello alla dignità suggerisca cautele, ricordando che non tutto è consentito, quando si tratti della vita e della morte.

In ogni caso, le frontiere mobili dei diritti del paziente si ripercuotono sulla responsabilità penale del medico, modificandone i contorni pur a legislazione invariata ed imponendo, quindi, seria riflessione sul tema. *Nulla questio* ove le nuove dinamiche comportino un ampliamento dell'area di liceità, ma, nel caso contrario, si impone all'interprete di valorizzare tutti gli strumenti a sua disposizione – dalla colpevolezza all'eccezione di incostituzionalità – per evitare addebiti di responsabilità per fatti che, al momento della commissione, non sembravano rientrare nell'area del penalmente rilevante¹⁸⁸. Del resto, anche questo profilo si riallaccia alla dignità, perché non dar peso all'impossibilità di conoscere le regole di comportamento, che mutano per effetto dell'evoluzione giurisprudenziale, «darebbe incondizionata prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità della persona umana, costretta a subire la pena (la più grave delle sanzioni giuridiche) anche per comportamenti (allorché l'ignoranza della legge sia inevitabile)

¹⁸⁵ Cfr. *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] 1 All ER 821.

¹⁸⁶ Cfr. *Law Hospital NHS Trust v Lord Advocate* [1996 SC 301], [1996] SLT 848.

¹⁸⁷ Cfr. *Re a Ward of Court* [1996] 2 IR 79.

¹⁸⁸ Cfr. C. BRIGNONE, *op. ult. cit.*, p. 930 e ss.

non implicanti consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell'ordinamento»¹⁸⁹.

14. Una visione d'insieme

Una considerazione globale delle applicazioni giurisprudenziali suggerisce alcune osservazioni.

Anzitutto, balza agli occhi che, di regola, la formula della dignità non è impiegata isolatamente, ma inserita in contesti più ampi e combinata con altri elementi. Ciò rende non «agevole stabilire fino a che punto il solo riferimento alla dignità assolvano una funzione determinante nel ragionamento del giudice e quindi nel dispositivo. In ogni caso, anche se il riferimento non fosse l'unico perno della decisione, si può rilevare che non si è in presenza di un elemento meramente decorativo»¹⁹⁰. Infatti, s'è visto e sottolineato di volta in volta come l'appello alla dignità condizioni assetti ed equilibri, fatto questo che vale a sconfessare quelle posizioni dottrinali scettiche, che riconoscono al concetto solo un *appeal* retorico privo di reale valenza orientativa. Al contempo, si deve prendere atto che la sua capacità direttiva non è sempre decisiva né schiacciante, contrariamente a quanto vorrebbero quegli indirizzi dottrinali massimalisti che tendono a spiegare o confutare tutto in termini di dignità.

Emerge, poi, che gli usi giurisprudenziali – a prescindere dalla terminologia impiegata – attingono a tutti i profili della dignità, ossia specifico bene protetto, principio e valore. Tali profili inevitabilmente si intrecciano e sono difficilmente separabili, come tipicamente accade quando si vanno ad affrontare questioni bioetiche; altre volte, però, si assiste al prevalere di uno sugli altri. Ad esempio, nel divieto di tortura, la puntualità del precetto è tale e la connessione con la dignità così diretta che viene in primo piano la dimensione di bene tutelato; in altre costellazioni di fattispecie – quali quelle che attengono al *free speech* ed ai suoi limiti – le

¹⁸⁹ Corte cost., 30 novembre 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 e ss., con nota G. FIANDACA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 e ss., con nota D. PULITANÒ, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449 e ss., con nota T. PADOVANI. Si ravvisa offesa alla dignità nella violazione del *nulla poena sine culpa* anche nell'ordinamento tedesco, per il quale si vedano: BVerfGE 45, 187, 228 (1977), 96, 131 (1996).

¹⁹⁰ G. ALPA, *op. cit.*, p. 417.

esigenze di bilanciamento sono tanto prioritarie ed articolate da portare alla ribalta le logiche compositive del principio; nella problematica dell'osceno, infine, la predominanza di reazioni emotive, difficilmente traducibili in termini razionali, mette in campo un'entità valoriale di dubbia attinenza con la nozione di dignità propriamente intesa¹⁹¹. Su quest'ultimo fronte, va osservato che la manovra di immissione di un ulteriore significato nell'area semantica del concetto ha prodotto un risultato opposto a quello sperato: infatti, non solo non è stato coronato da reale successo il tentativo di rafforzare con la dignità beni vaghi, ma addirittura l'accusa di vaghezza e inconsistenza si è proiettata sulla dignità stessa¹⁹². È bene, dunque, che si apra – per riprendere le parole di Hassemer – la fase in cui «la strategia argomentativa» cessi di agire sfruttando e «si preoccupi fattivamente della sopravvivenza del principio»¹⁹³.

In tema di capacità di condizionamento della decisione, trova conferma l'ipotesi iniziale per cui questa è massima quando i sottoprincipi di protezione e promozione mostrano di procedere nella medesima direzione e si attenua man mano che le due istanze si divaricano. A ciò corrisponde la diversa intensità dello sforzo motivazionale richiesto alle corti, che è minimo, ad esempio, ove si debba sostenere il divieto di tortura e ben più gravoso, invece, ove si voglia far leva su *dignity based*

¹⁹¹ È utile qui richiamare la distinzione tracciata dal filosofo analitico C.L. STEVENSON, *op. cit.*, p. 139 e ss., secondo cui una motivazione è razionale se dei fatti vengono adottati come motivo, mentre è irrazionale o persuasiva se si avvale – di regola in combinazione con elementi razionali – anche di altri mezzi adeguati a convincere, quali il ricorso ad espressioni emotive e metafore, l'uso di definizioni persuasive e la narrazione didattica. A questa stregua, appare corretto dire che, in tema di osceno, la dignità viene calata in un contesto di motivazione non razionale. Si potrebbe anche dire – richiamando la prospettazione di R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, *cit.*, p. 176 e ss. – che le motivazioni incentrate sulla dignità in tema di osceno mancano sia di «giustificazione interna», perché non sviluppano un itinerario puntuale che conduca dalle premesse alla conclusione, sia di «giustificazione esterna», perché non è dato di appurare la correttezza delle premesse.

¹⁹² L'operazione è interessante sotto il profilo della teoria dell'argomentazione, perché innesca un processo circolare del seguente tipo: la giurisprudenza immette nella dignità un nuovo significato, sul presupposto che l'uditorio di riferimento sia disposto ad accettarlo; poi, questo nuovo significato vale a rafforzare la percezione che esso fosse già esistente e solo disvelato dall'attività dell'interprete.

¹⁹³ W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 131.

arguments in settori in cui – per così dire – le acque sono confuse. Non sempre, però, gli organi giurisdizionali rispettano questo maggiore impegno loro richiesto.

Così, nell'area del *problematic speech*, si riscontra un affinamento degli strumenti di analisi e sintesi per quel che riguarda le fattispecie a presidio dell'onore e della reputazione, una certa inclinazione retorica nella considerazione del discorso razzista e addirittura, in tema di osceno, un argomentare contratto che, in realtà, non spiega nulla, ma copre opzioni appartenenti alla precomprensione da parte dell'interprete del comune sentire. Se si considera che motivare risulta tanto più agevole e convincente quanto più sono forti le ragioni a sostegno del decidere, è chiaro che le smagliature argomentative sono la prova evidente di *something wrong* nella strutturazione della fattispecie o nell'opzione ermeneutica prescelta.

In bioetica, infine, le corti – al cospetto di questioni della massima importanza e complessità – si mostrano consapevoli di non poter tagliare tutti i nodi con la lama affilata di un unico principio, dovendosi contemperare tra loro più istanze nonché posizioni facenti capo a soggetti diversi. Di regola, non manca un principio guida – sia esso *dignity*, *privacy* od altro – che fornisce le coordinate di base e condiziona lo spirito generale della decisione, ma si presta attenzione anche ad altri interessi e contro-interessi e si cerca di specificare le soluzioni con l'ausilio del linguaggio dei diritti, che dovrebbe porre rimedio al riscontrato «*deficit* di elaborazione» nella «definizione di beni giuridici bioetici quali dignità umana, identità genetica e simili»¹⁹⁴.

È già stato messo in evidenza che talora, in ordinamenti diversi sono raggiunte – magari sulla base di argomenti non sovrapponibili – soluzioni non troppo dissimili, che, però, a ben guardare, esprimono una diversa concezione dell'uomo nei suoi rapporti con sé stesso, con la comunità e con lo Stato: è la riprova del fatto che, in fondo, i principi non perdono mai quella componente valoriale che è alla loro base, che rispecchia l'*ethos* del popolo che li esprime e che tende a riemergere soprattutto nelle materie più sensibili. A quest'ultimo proposito, si riscontra che la giurisprudenza statunitense predilige *freedom*, *equality* e *privacy*, mentre è soprattutto la giurisprudenza europea – evidentemente per ragioni storiche e culturali

¹⁹⁴ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit., p. 557.

– a far leva sulla dignità, che, peraltro, è stata impiegata pressoché in tutte le direzioni. In particolare, la dignità è stata in primo piano nel difendere l'individuo dagli abusi più devastanti, quali quelli realizzati attraverso la tortura e le pene contrarie al senso di umanità; ha supportato la libertà verso l'ampliamento dei diritti civili e l'uguaglianza per l'affermazione dei diritti economico-sociali; ha manifestato un volto più costrittivo in bioetica e nella morale sessuale, dove è servita a porre limiti anche a condotte *self-regarding*¹⁹⁵. Siffatti limiti sono, però, controbilanciati da una serie di legittime aspettative e pretese riconosciute al cittadino nei confronti dello Stato: il diritto all'assistenza sanitaria, al sostegno per l'infanzia e la maternità, il diritto al lavoro, all'assistenza sociale e quant'altro. Le limitazioni poste in nome della dignità si profilano, quindi, come il riflesso di un solidarismo che assume venature paternalistiche e che si contrappone all'atteggiamento culturale del mondo anglo-americano, dove realizzare la dignità è compito esclusivo dell'individuo che vuole e deve fare da sé.

Ciò posto, a fronte delle rivendicazioni di autonomia divenute sempre più pressanti anche nel Vecchio continente, ci si deve chiedere se solidarismo e paternalismo siano scindibili, se possa resistere un certo *soft paternalism* anche rinunciando alla via penale e, infine, se vi sia disponibilità a rinunciare, in tutto o in parte, alla solidarietà per una maggiore libertà. È difficile articolare risposte ed avanzare pronostici sulle possibili linee di tendenza per il futuro. Si può dire solo che verosimilmente la prospettiva giuridica continuerà a seguire quella sociale e culturale e che questo è un momento di transizione, visto che gli Stati Uniti meditano maggiore solidarietà e senso del limite – come sembrano comprovare le recenti

¹⁹⁵ In questo senso, G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 824 e ss., per il quale la «dignità è nozione che può avere una forte carica emancipatoria, anche soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui, ma che nello stesso tempo può essere impiegata, con argomentazioni apodittiche, per determinare una pesante restrizione dei diritti di libertà altrui; dignità è formula che sottende un'elevata pulsione ideale, ma che rischia di subire, nella sua applicazione concreta, un processo di non irrilevante banalizzazione; dignità, infine, è strumento che può essere usato per ampliare la sfera di autonomia degli individui e per preconstituire le condizioni minime per una libera costruzione dell'identità, ma che può anche tradursi nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e delle diversità».

riforme della sanità e dei mercati finanziari –, mentre l'Europa sta rimettendo in discussione il sistema di *Welfare State* per esigenze di contenimento della spesa pubblica.

CAPITOLO VII

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. La dignità nel diritto: vuota retorica o utile strumento dell'argomentazione? – 2. Declinare la dignità: *case-based reasoning* v *principle-based reasoning* – 3. *Segue*: la terza via – 4. Dignità umana e sistemi liberali – 5. Il ruolo dei principi nel diritto penale: sistematicità, progettualità e sviluppo – 6. *Segue*: dialogo, interazione e costruzione – 7. Diritto penale e dignità umana: meccanismi deliberativi e partecipativi – 8. *Segue*: direttive sostanziali – 9. La speranza e la sfida della dignità umana.

1. La dignità nel diritto: vuota retorica o utile strumento dell'argomentazione?

È arrivato il momento di provare a rispondere agli interrogativi ventilati fin dall'introduzione e poi rimasti sullo sfondo dell'intera disamina. Ed invero, i dati raccolti e sistematicamente organizzati e le riflessioni sviluppate sembrano offrire materiale sufficiente per dire se vi sia posto per la dignità umana nel mondo del diritto – specie del diritto penale – e, in caso di risposta affermativa, se abbia senso e utilità elaborarne concettualmente la nozione o se non sia, invece, più proficuo e conducente accontentarsi della individuazione di una gamma di casi paradigmatici, intorno ai quali far ruotare le potenzialità applicative del lemma.

La risposta al primo quesito non è, invero, ipotetica, ma emerge da dati quanto mai concreti, perché si è documentato, con ampiezza di riferimenti, come la dignità umana abbia messo radici nei sistemi giuridici, specie dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale, e come il suo utilizzo sia esteso e variegato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Si potrebbe obiettare – come, del resto, è stato fatto¹ – che le tante invocazioni ed evocazioni hanno valenza più suggestiva che persuasiva, dovendosi, quindi, riguardare alla stregua di elementi retorici idonei a far presa sugli intelletti meno accorti e non quali pesi in grado di spostare gli equilibri di decisioni, fondate, in realtà, su ben altri parametri.

¹ Cfr. Cap. V, § 19.

Tuttavia, una critica così radicale non persuade. La dignità umana si è rivelata, tra l'altro, un ideale supremo, riguardato con la più alta considerazione. Senza bisogno di contrapporre idealismo e materialismo e di prendere posizione per l'uno o per l'altro, è un dato di esperienza che gli uomini tendono a trasformare pulsioni, aspirazioni e bisogni della vita reale in ideali meritevoli di essere perseguiti e sono capaci di affrontare sacrifici e rinunce in nome di ciò in cui credono. Se tutto questo è vero, allora va riconosciuta l'attitudine degli ideali – qui intesi come espressioni concettuali sintetiche e astratte dell'irriducibile e plurisfaccettata tensione umana al miglioramento ed alla perfezione – a orientare l'agire. Gli ideali – quando assumano la forma di preferenze intersoggettivamente orientate ossia di valori – risultano in grado di influire sul divenire della storia e del diritto ed operano, almeno nell'ambito di sistemi giuridici democratici, secondo le logiche di composizione orizzontale non predefinita che sono proprie dei principi. Ad un tale processo di astrazione, valorizzazione e conversione in principio è andata incontro anche la dignità, che oggi si inserisce a pieno titolo nell'armamentario dei principi sostanziali di diritto, al medesimo livello di libertà ed uguaglianza, che vantano, però, una più risalente e consolidata elaborazione.

Poste le cose in questi termini, se si vuole continuare a bollare la dignità quale “mezzo retorico”, si deve convenire che si tratta di uno strumento potente e diffuso e si deve sfrondare la locuzione delle connotazioni deteriori di ascendenza sofistica per recuperare l'accezione aristotelica – più di recente ripresa da Perelman² –, che attribuisce alla retorica funzione sociale positiva e posizione intermedia tra l'apoditticità del discorso scientifico e le mere opinioni³. In tal modo, la dignità si viene ad inserire in un contesto che, senza trascurare la funzione psicagogica – e quindi di allettamento emotivo – del discorso, punta, però, principalmente a mettere in evidenza gli argomenti più persuasivi. Ci si muove così in una dottrina

² Cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Parigi, 1958, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. a cura di C. SCHICK-M. MAYER-E. BARASSI, Torino, 1995.

³ Sulla retorica in generale, *ex plurimis*: R. BARTHES, *La retorica antica*, trad. it., Milano 2006; J.M. LOTMAN, *Retorica*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1980, vol. XI, p. 1047 e ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 2002; A. PLEBE, *Breve storia della retorica antica*, Roma-Bari, 1988; O. REBOUL, *La retorica*, Milano, 2004.

dell'argomentazione probabile, che addivene a motivazioni e conclusioni ragionevoli a partire da premesse condivise o giustificate da ipotesi e indizi verosimili. Quel che seduce e convince della dignità non è la ricercatezza o la struttura del linguaggio, ma la straordinaria capacità dell'idea di richiamare significati e soprattutto situazioni che appartengono all'esperienza ed alla percezione comune e diffusa nell'uditorio di riferimento.

È vero, però, che proprio quest'implicito richiamo a dati e valutazioni forti ed auto-evidenti induce spesso a ragionamenti sincopati, che fanno a meno di taluni passaggi, dando per scontato che l'interlocutore abbia ben presenti una serie di casi emblematici ed operi pressoché automaticamente il passaggio da questi alla situazione specifica oggetto di scrutinio. In fondo, è quel che accade quasi sempre in giurisprudenza, laddove le applicazioni della dignità tendono a prescindere dalla perimetrazione concettuale della stessa. Il medesimo modo di procedere è condiviso, in dottrina, da quegli autori per i quali è più facile percepire le violazioni della dignità che non definirne in positivo la nozione. A fronte di tutto questo, è lecito – anzi doveroso – domandarsi se o in che misura possa essere utile spendersi nel tentativo di addivenire ad una concettualizzazione della dignità umana invece di accontentarsi del più diffuso metodo casistico. È opportuno dubitare di una eccessiva tendenza alla astrazione e sistematizzazione o v'è la speranza di riuscire ad affinare ed arricchire gli strumenti a disposizione del giurista?

2. Declinare la dignità: *case-based reasoning* v *principle-based reasoning*

A primo acchito, sembra che le opzioni disponibili, tra le quali operare la scelta, siano solo due: da una parte, un metodo casistico, che funziona sulla base di analogie agganciate, a loro volta, ad una precomprensione intuitiva di quel che debba considerarsi violazione della dignità (*casuistry* o *case-based reasoning*⁴); dall'altra,

⁴ In generale, sul *case-based reasoning* – più familiare ai sistemi di *common law* che a quelli di *civil law* come il nostro –, *ex plurimis* si vedano: A. ALONSO, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, in *Journal of the History of Philosophy*, 1990, 43, p. 639 e ss.; J.D. ARRAS, *Getting Down to Cases: The Revival of Casuistry in Bioethics*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1991, 16, p. 29 e ss.; A.C. CARLSON, *Creative Casuistry and Feminist Consciousness: The Rhetoric of Moral Reform*, in *Quarterly Journal of Speech*, 1992, 78, p. 16 e ss.; D. DEGRAZIA, *Moving Forward in Bioethical Theory: Theory, Cases, and Specified Principlism*, in *Journal of Medicine and Philosophy*,

un percorso di astrazione e concettualizzazione, che – definita la nozione generale – ne tragga le necessarie implicazioni in relazione alle fattispecie concrete (*principle-based* o *rule-based reasoning*).

Entrambi i moduli di ragionamento presentano, invero, vantaggi e svantaggi.

Il primo punta su ipotesi paradigmatiche, la cui soluzione sia comunemente giudicata chiara e indiscutibile, ed applica poi regole simili a casi simili. Esso beneficia dell'intensità di vettore comunicativo emozionale della dignità, supera eventuali divergenze sulle questioni di principio e si presta a funzionare bene soprattutto nelle situazioni estreme, per argomentare l'illiceità delle quali non occorre profondere grande sforzo motivazionale. Basta poco o nulla, ad esempio, per far risaltare la brutalità del genocidio, della schiavitù o della tortura, pratiche tutte che contrastano col più elementare senso di umanità. In tali ipotesi, esprimersi in termini di violazioni della dignità – di ciascun uomo o dell'umanità nel suo complesso – si rivela utile formula di sintesi per porre l'accento sulla radicale compromissione del sistema di valori che caratterizza o dovrebbe caratterizzare una società civile o, per dirla con Margalit, una società decente. Il ragionamento analogico consente, poi, di arrivare a dire che violano la dignità non solo i campi di sterminio nazisti – il vibrante orrore dei quali ha dato corpo all'affacciarsi della dignità nel mondo del diritto –, ma anche istituzioni ad essi assimilabili, quali sono stati, in passato, i *gulag* sovietici⁵ ed i *killing fields* cambogiani del regime di Pol Pot

1992, 17, p. 511 e ss.; J.P. DE MARCO, *The Abuse of Casuistry*, in *Southwest Philosophy Review*, 1991, 7, p. 17 e ss.; R. DOWNIE, *Health Care Ethics and Casuistry*, in *Journal of Medical Ethics*, 1992, 18, p. 61 e ss.; A.R. JONSEN, *Casuistry as Methodology in Clinical Ethics*, in *Theoretical Medicine*, 1991, p. 295 e ss.; A.R. JONSEN-S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley, CA: University of California Press, 1988; A. MACINTYRE, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, in *Journal of the History of Philosophy*, 1990, 28, p. 634 e s.; ID., *Does Applied Ethics Rest on a Mistake?*, in *Monist*, 1984, 67, p. 498 e ss.; L.J. PEACH, *Feminist Cautions About Casuistry*, in *Policy Studies*, 1994, 57, p. 143 e ss.; S. TOULMIN, *The Recovery of Practical Philosophy*, in *The American Scholar*, 1988, 57, p. 337 e ss.; ID., *How Medicine Saved the Life of Ethics*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 1982, 25, p. 736 e ss.; ID., *The Tyranny of Principles*, in *Hastings Center Report*, 1981, 11, p. 31 e ss.; R.M. ZANER, *Voices and Time: The Venture of Clinical Ethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1993, 18, p. 9 e ss.

⁵ Per un saggio di inchiesta narrativa sul tema, si rinvia all'opera di A. SOLŽENICYN, *Arcipelago Gulag*, pubblicato per la prima volta a Parigi nel 1973 e in Italia l'anno successivo (per una edizione

e quali sono, a tutt'oggi, i *laogai* della Repubblica Popolare Cinese⁶. Allo stesso modo, si può dire che la dignità è lesa non solo dalla tortura e dalla schiavitù vere e proprie, ma anche da pratiche che ne condividono i tratti caratterizzanti più significativi. Il *case-based reasoning* incontra, però, crescenti difficoltà di funzionamento man mano che ci si allontana dal paradigma e ci si imbatte negli *hard cases*, in quei casi difficili la cui soluzione, per definizione, è ardua e tutt'altro che auto-evidente.

Proprio in questi casi, la costruzione di una robusta teoria può agevolare nel trovare la cornice di riferimento dalla quale ricavare i criteri generali per la risoluzione di ipotesi nuove o altamente problematiche. In tema di dignità, sono soprattutto taluni filosofi e giusfilosofi – come, tra gli altri, Ronald Dworkin, Meir Dan-Cohen, Julia Davis, Martha Nussbaum, Alan Gewirth, Deryk Beyleveld e Roger Bronsword – a mostrare di prediligere questo tipo di approccio. Essi, infatti, costruiscono sistemi organici, dai quali fanno derivare, quasi a cascata, principi più specifici e finanche regole dettagliate.

Il rovescio della medaglia è, qui, rappresentato dal rischio che l'eccessiva astrazione porti, talvolta, alla enucleazione di regole operative avvertite come inadeguate alle peculiarità della vicenda concreta oggetto di giudizio. Può anche darsi, poi, che un accordo possibile sulla soluzione specifica di un dato caso sia, in realtà, ostacolato da dissensi sui profili teorici.

È chiaro che, ponendo una dicotomia così netta, si palesa quanto mai difficile la scelta tra l'uno e l'altro polo. Una terza via non è, però, da escludere.

3. Segue: la terza via

Bisogna considerare che le opzioni draconiane non corrispondono affatto al modo di ragionare richiesto al giurista, specie al giurista pratico, il quale è chiamato

recente, Mondadori, Milano, 2001), che ripercorre, in modo lucido e preciso, l'uso terrificante della "giustizia" politica e dei campi di concentramento nell'Unione Sovietica post-rivoluzionaria.

⁶ Per alcune interessanti testimonianze, cfr.: C. MING, *Nubi nere si addensano. L'autobiografia clandestina di un sopravvissuto alla persecuzione*, Venezia, 2006; H. WU *Controrivoluzionario, i miei anni nei Gulag Cinesi*, Milano, 2008; Z. XIANLIANG, *Zuppa d'erba*, Milano, 1996; W. XIAOLING, *L'allodola e il drago - Sopravvissuta nei gulag della Cina*, Milano, 1993. Si veda pure AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapporto annuale 2007 – Cina*.

a regolare le vicende sottoposte al suo vaglio “nel modo più adeguato”, facendo impiego a tale scopo di ogni strumento utile. Gli studi più accreditati di ermeneutica giudiziale puntano proprio su una «interpretazione giuridica orientata alla prassi»⁷, inscritta «in un “contesto” che la condiziona ed (...) influenzata da fattori extratestuali non direttamente desumibili dalle fattispecie legali»⁸ né sillogisticamente derivabili dai principi formalizzati. Per di più, si tende ormai a riconoscere che la linea di tendenza appena descritta valga anche nell’ambito del diritto penale, dove pure l’interpretazione e l’applicazione delle leggi implicano «un procedimento di concretizzazione che obbedisce a criteri valutativi di varia natura non riducibili al modello classico del sillogismo giudiziario» sicché «il procedimento di sussunzione del fatto concreto nella norma penale generale e astratta trascorre dal caso alla norma, e da questa a quello»⁹, implicando associazioni di tipo sostanzialmente analogico. In altri termini, tra *principle-based reasoning* e *casuistry* sembra non esservi cesura, ma continuità ed integrazione, nel senso che i principi non restano nell’iperuranio né si impongono tirannicamente sulla realtà, ma, per trovare applicazione, devono diventare flessibili, adattandosi alle peculiarità dei casi.

Riferendo queste riflessioni alla dignità, prende ulteriormente corpo l’ipotesi di partenza, in base alla quale è possibile e giova la perimetrazione concettuale di un autonomo principio, il cui *proprium* si ravvisa nel rispetto dovuto ad ogni *human being* per la mera appartenenza alla specie e nell’esigenza di promuoverne il miglioramento¹⁰. Tanto vale a dare all’interprete un primo ed assai ampio orizzonte generale, che si interseca ed interagisce con quello che compete ad altri principi. Solo questo, però, è troppo poco per suggerire approdi conclusivi.

Il passo ulteriore è quello di procedere nella specificazione, dando peso ai dati di contesto e, quindi, a quelle variabili storiche, sociologiche e culturali, che aiutano a collocare il principio nello spazio e nel tempo. Si è già visto, in quest’ottica, come

⁷ G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353. Sull’ermeneutica filosofica e sul contributo che questa può offrire al giurista ed al giudice, F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999.

⁸ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 354.

⁹ G. FIANDACA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Cfr. *supra*, cap. III, spec. § 5.

possa essere d'ausilio la considerazione di concetti correlati alla dignità per assonanza – come onore, rispetto, riconoscimento e soprattutto diritti umani – o per opposizione, come annientamento, umiliazione e degrado.

Altro ausilio proviene dai casi paradigmatici, la cui considerazione sembra suggerire direttamente il *regimen* della fattispecie concreta quanto più questa si palesi simile a quelli.

Tuttavia, poiché simile non vuol dire uguale e poiché l'identità assoluta non appartiene alle umane cose, la soluzione da adottare non può che essere determinata, in ultima analisi, dalle caratteristiche precipue del caso di volta in volta considerato.

In quest'attività, che si è cercato di descrivere *step by step*, l'interprete può trovare conforto in una considerazione dei *precedents* che, tenuto conto della materia, deve aprirsi ben oltre i confini del singolo Stato.

L'itinerario logico appena descritto ha il vantaggio di poter funzionare a fini sia analitici che sintetici e di valere altrettanto bene in chiave sia descrittiva che prescrittiva. Esso, infatti, agevola l'analisi dei risvolti teorici ed applicativi della dignità, perché consente di metterne a fuoco tutte le potenzialità e di riflettere meglio su ciascuna. Al contempo, il suggerito *modus racionandi* si traduce in una mappa che consente di attribuire significato ad elementi apparentemente sparsi. Trova così conferma l'idea che la riflessione ermeneutica possa «fornire al giudice la consapevolezza culturale e psicologica per venire essa stessa valorizzata come tecnica di analisi o “autoanalisi” delle presupposizioni personali»¹¹.

4. Dignità umana e sistemi liberali

Le considerazioni svolte si adattano soprattutto ai sistemi liberali, incentrati – per definizione e fatte salve le inevitabili contraddizioni della realtà – sulla difesa e promozione dell'individuo, da anteporre a qualsiasi altro obiettivo dello Stato. Si può concordare con Martha Nussbaum nel rimarcare che la dignità umana «è centrale per tutte le forme conosciute di liberalismo politico» e «può essere ragionevolmente inclusa nel nucleo delle idee morali che formano la base di una concezione politica liberale»¹². Prova ne sia che, negli ordinamenti liberali, il fascino della dignità ha

¹¹ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 373.

¹² M.C. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge, cit.*, p. 396.

fatto presa – come s'è visto – sia sulla dottrina che sulla giurisprudenza, che attingono ampiamente alle sue risorse nei campi più disparati.

Ciò non vuol dire, però, che vengano raggiunti ovunque i medesimi risultati, perché tanto le dinamiche interne del principio di dignità quanto i rapporti con libertà ed uguaglianza sono calibrati diversamente a seconda della “sensibilità” maturata negli ordinamenti considerati. Ad esempio, ragionando con ampia approssimazione nell'area del liberalismo occidentale ed alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti, si può ravvisare una *summa divisio* tra sistemi europei, da una parte, e statunitensi, dall'altra.

I primi sono adusi a ragionare per principi, accordano il più ampio spazio alla dignità nelle elaborazioni teoriche e nelle applicazioni pratiche e se ne servono in chiave sia ampliativa che limitativa dei diritti, anche con riguardo ad attività *self-regarding*. In tale contesto, è appropriata la ricostruzione di Deryk Beyleveld e Roger Bronsword, per i quali la dignità è una spada a doppia lama, che può operare tanto *as empowerment* quanto *as constraint*. La considerazione della casistica consente, poi, di apprezzare che le restrizioni poste in nome della dignità hanno una venatura paternalistica più o meno intensa: talvolta, si tratta di misure di *soft paternalism*, che, inducendo una ponderazione più attenta e informata della scelta, sostengono anche l'autonomia¹³; talaltra, si tratta di divieti espressivi di un *hard paternalism*, che, in qualche caso, tende a compensare la perdita di libertà con interventi di solidarietà¹⁴.

I sistemi americani, invece, hanno sviluppato, per ragioni storiche e culturali, una percezione diversa del concetto.

Nelle applicazioni giurisprudenziali, infatti, la dignità si riduce ad afflato indistinto, assorbito da libertà ed uguaglianza e, quindi, orientato a rivendicare spazi

¹³ Si pensi al consenso informato ed al necessario tempo di attesa previsti dalla disciplina tedesca sull'aborto.

¹⁴ Rientrano in quest'ambito le proibizioni del lancio dei nani e dei *peep-shows*, che si potrebbero ritenere controbilanciate dai meccanismi di assistenza sociale dei sistemi di *welfare*, tesi a impedire alle persone di sottoporsi a pratiche degradanti pur di sopravvivere. Lo stesso *hard paternalism* anima anche la repressione penale delle pratiche sadomasochistiche produttive di lesioni, che, invero, appare motivata dal solo intento di affermare una data visione morale in ordine al modo di vivere la sessualità.

di autonomia e *standard* di pari trattamento, ma non ad articolare pretese nei confronti dello Stato. Verosimilmente, questo modo di ragionare è il portato delle linee di tendenza del costituzionalismo americano, la cui preoccupazione principale – sulla scia di Locke – è quella di individuare limiti al potere politico per il rispetto degli uguali diritti inalienabili¹⁵.

Per converso, il richiamo alla dignità umana è frequente e robusto nelle elaborazioni dottrinali, soprattutto in quelle che subiscono maggiormente il fascino della vocazione sistematica europea e ne mutuano taluni riferimenti. Tuttavia, nell'attraversare l'Oceano, l'idea non mantiene inalterato il proprio volto, specie se si considera che la tutela della dimensione ontologica diviene recessiva rispetto alla promozione dell'autorealizzazione individuale al punto tale da ammettere impostazioni non egualitarie. Inoltre, non è riproposto il *link* con la solidarietà e il legame inscindibile coi diritti mette in ombra il versante dei doveri.

Queste linee di tendenza discendono dal diverso peso di fattori ideologici e culturali piuttosto che dalla mera asettica combinazione di principi nominalmente uguali. Evidentemente, in Europa v'è la consapevolezza che realizzare una vita dignitosa non dipende solo dal singolo, ma anche dalla sorte che gli è toccata e dalla società in cui è inserito: continua, quindi, a prevalere un'inclinazione paternalistica di varia matrice¹⁶ ed un'impostazione deontologica di ispirazione kantiana. Gli Stati Uniti, invece, si mostrano più fiduciosi nelle risorse dell'*homo faber fortunae suae* e conseguentemente disposti a dar pieno corso a quel principio di auto-responsabilità così saldamente legato al pensiero protestante.

La spina dorsale dei principi è, dunque, condizionata dalla cultura di un popolo, a conferma dell'intuizione di Peter Häberle – ripresa in Italia, tra gli altri, da Gustavo Zagrebelsky – secondo cui, nel modello di Stato costituzionale, la Costituzione coi suoi principi «assume i suoi contenuti non da una filosofia della giustizia o della verità o della socialità, ma da una ricapitolazione dei grandi eventi storico-spirituali che hanno fatto la storia dell'umanità»¹⁷. Non è, quindi, un caso che

¹⁵ In questo senso, D.A.J. RICHARDS, *Liberty, Dignity, and Justification*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *op. cit.*, p. 73 e ss.

¹⁶ È evidente il condizionamento della teologia ebraico-cristiana, ma anche del pensiero socialista.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, *cit.*, p. 121.

l'Unione Europea metta in prima linea una "dignità anche solidarista", proclamando solennemente di fondarsi «sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà»¹⁸, mentre gli Stati Uniti puntino l'obiettivo sull'individuo *uti singulus*, dando enfasi a «*Life, Liberty and the pursuit of Happiness*».

Fatte queste considerazioni generali sui principi, vale la pena di tornare a interrogarsi sulla valenza di questi nell'ambito specifico del diritto penale.

5. Il ruolo dei principi nel diritto penale: sistematicità, progettualità e sviluppo

È affermazione comune e condivisa che «le matrici politico-culturali del diritto penale moderno risalgono in larga misura all'illuminismo settecentesco», che «ha elaborato un insieme di principi fondamentali», i quali «hanno segnato una svolta storica rispetto alla situazione penalistica dell'*ancien Régime* e (...) mantengono fino ad oggi validità in una prospettiva di razionalità punitiva tendente a bilanciare efficienza repressiva e garanzia dei diritti individuali. Fino a metà del secolo diciottesimo», infatti, «il mondo dei delitti e delle pene esibiva scenari confusi e foschi, sotto il triplice profilo della definizione normativa dei reati, degli strumenti sanzionatori e della disciplina processuale»¹⁹. È stato, quindi, merito indiscusso dei pensatori illuministi aver razionalizzato e modernizzato questa branca del diritto, dando rilievo allo stretto collegamento funzionale col versante processuale ed elaborando principi cardine che fossero in grado di esprimere nel modo più icastico le «idee-guida destinate a influenzare la futura evoluzione sia della legislazione, sia della scienza criminale»²⁰.

L'enucleazione dei principi illuministici è stata sorretta da una incredibile capacità di analisi e sintesi da parte degli ideatori ed accompagnata da straordinaria progettualità di ampio respiro e lungo periodo, che ha consentito a quei criteri generali – aggiornati e rivisitati – di passare attraverso i secoli.

¹⁸ Preambolo della Carta dei Diritti dell'Unione Europea.

¹⁹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale, cit.*, Introduzione, p. XV.

²⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. ult. cit.*, *Introduzione*, p. XIX. Sul tema, pure S. VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Padova, 2008.

La dignità umana condivide la profondità e l'estensione dei principi illuministici nonché il fatto di essersi affacciata sulla scena del diritto in un tempo in cui era profondamente avvertita l'esigenza di una palingenesi atta a scongiurare orrori e degenerazioni. Ha avuto, però, diversa sorte rispetto ai principi prettamente penalistici per il fatto di non essere stata compiutamente sviluppata lungo un preciso percorso di politica criminale, circostanza questa che può verosimilmente spiegarsi, in parte, con l'ineguagliabile vastità di un concetto che va ben oltre i confini del diritto penale²¹ e, in parte, con la progressiva tendenza – rafforzatasi in questi ultimi anni – a focalizzare l'attenzione sulle questioni minute piuttosto che sul quadro d'insieme. Si può ritenere che proprio l'aver smarrito la capacità di “pensare in grande” e guardare al futuro con un progetto ambizioso di sviluppo umano e sociale sia alla base di certe affermazioni di politici nostrani, i quali arrivano a caldeggiare la riesumazione di quell'arresto preventivo²², che fa riandare con la memoria al deprecabile passato della Germania nazista²³ e va contro il percorso seguito dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione che, negli anni, hanno cercato di cancellare o quantomeno di emendare le fattispecie incentrate sul mero sospetto, anche nell'ambito delle misure di prevenzione che pure sono, per definizione, misure *ante delictum*²⁴. Per di più, siffatto atteggiamento espressivo di una temperie culturale

²¹ Basti citare qui P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p. 2, che ravvisa nella dignità dell'uomo la «premessa antropologico-culturale» di un «programma costituzionale obbligatorio» che «porta alla democrazia come “conseguenza organizzativa”».

²² Per avere contezza del contesto in cui sono maturate certe affermazioni, si legga, in sintesi, http://www.corriere.it/politica/10_dicembre_19/gasparri-scontri-roma-azione-preventiva_dc74e724-0b60-11e0-bf9a-00144f02aabc.shtml.

²³ È bene ricordare, infatti, che è stato proprio il regime nazionalsocialista tedesco a introdurre una forma di arresto preventivo sulla base del semplice sospetto, asseritamente per la salvaguardia della integrità sociale del popolo tedesco, ma, in realtà, per eliminare nel più breve tempo qualsiasi tipo di opposizione al regime dopo le elezioni del 1933.

²⁴ In tema di misure di prevenzione, *ex plurimis*: Corte. cost., 9 giugno 2010, n. 282, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., 7 maggio 1975, n. 113, *ivi*; Cass., 6 febbraio 2001, n. 12511, Guzzetta, CED 218434, ove si rileva che gli elementi da considerare per l'applicazione della misura di prevenzione, benché non necessitino dell'efficacia probatoria richiesta dal procedimento penale, «devono tuttavia raggiungere almeno la consistenza dell'indizio, e non possono risolversi in meri

spicciola, disorganica e nient'affatto lungimirante non è una peculiarità italiana. Volendosi limitare ad un solo esempio eclatante, basti citare la recente decisione del Governatore del Mississippi, che ha subordinato la concessione della libertà condizionata a due sorelle, condannate all'ergastolo per aver rapinato 11 dollari nel 1993, alla donazione di un rene dall'una all'altra, gravemente malata e sottoposta a dialisi; insomma, non un atto di giustizia né di umana compassione né la revisione critica di un sistema che infligge pene esorbitanti, ma atto politico per rispondere alle accuse di discriminazione razziale e scelta amministrativa informata a criteri restrittivi di bilancio, che suggerivano di trovare un *escamotage* per non far pesare oltre sul bilancio statale gli ingenti costi delle cure²⁵.

Ovviamente, sarebbe ingenuo ed irrealistico sostenere che una rinnovata attenzione per i principi possa bastare per rimediare al “fiato corto” dei tempi che stiamo vivendo. Tuttavia, si tratterebbe comunque di un buon inizio verso un recupero di progettualità e verso un progresso, le cui sorti non possono rimettersi né alle “leggi” dell'economia – potenzialmente produttive di ulteriori e ben noti squilibri – né alle conquiste della scienza e della tecnica, le quali necessitano, a loro volta, di essere indirizzate e disciplinate, come ben dimostrano, tra l'altro, le complesse questioni bioetiche che il giurista di oggi è chiamato a fronteggiare. Un

sospetti, o semplici congetture ed illazioni». Si veda pure significativamente: Corte cost., 9 febbraio 1994, n. 48, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12*quinquies*, comma 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, come modificato dall'art. 1 d.l. 17 settembre 1993, n. 369, conv. in l. 15 novembre 1993, n. 461, con la motivazione che «il naturale sviluppo del principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, secondo comma, Cost., comporta che dalla condizione di persona sottoposta a procedimento penale non è consentito trarre “sospetti” o “presunzioni” di sorta che valgano a qualificare una specifica condotta che il legislatore ritenga meritevole di sanzione penale; ne deriva che il fatto penalmente rilevante deve essere tale a prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o meno indagato o imputato in quanto tali condizioni, instabili come ogni *status* processuale, non legittimano alcun apprezzamento in termini di disvalore. L'impugnato art. 12*quinquies*, secondo comma, d.l. n. 306 del 1992, invece, (...) fonda nella qualità di imputato o indagato il presupposto soggettivo che rende punibile un fatto (il possesso ingiustificato di beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato) altrimenti riguardato in termini di totale indifferenza, si pone in contrasto con il richiamato precetto di cui all'art. 27, secondo comma, Cost.».

²⁵ Cfr. http://www.repubblica.it/esteri/2010/12/31/news/rene_liberta-10727274.

recupero del sapere umanistico, che si accompagni al superamento di rigide barriere disciplinari e porti alla elaborazione di un sistema di principi condivisi torna, quindi, utile quale bussola per il percorso da seguire.

6. Segue: dialogo, interazione e costruzione

Altro aspetto da non trascurare è che i principi possono giovare anche nell'ottica di una comunicazione allargata, capace di coinvolgere tutti i mondi e le culture costretti a interagire dalle dinamiche – sempre più spinte – della globalizzazione nonché, per quanto riguarda l'Europa, dagli ambiziosi progetti dell'Unione. Ciò accade in virtù del fatto che ciascun principio è dotato di una potenza di espressione sintetica, che riesce a veicolare la forza di un'idea in maniera diretta e senza disperdersi in regole troppo minuziose, la cui puntuale esportazione in altri ordinamenti potrebbe non essere utile né auspicabile²⁶.

Non mancano segnali positivi che testimoniano la propensione ad un dialogo per principi che “accorci le distanze”. Si possono portare ad esempio: la consolidata abitudine dei giudici di *common law*²⁷ – che si sta estendendo anche alla giurisprudenza dei Paesi di *civil law* – di spingere lo sguardo al di fuori dei confini dell'ordinamento di appartenenza per considerare e citare nelle proprie decisioni anche pronunce straniere con valore di *authoritative precedent*; il dialogo tra le corti, sempre più serrato specie a livello europeo; la crescente importanza che si tende a riconoscere agli studi di diritto comparato nella formazione dei giuristi, nella formulazione di prospettive *de iure condendo*, nella predisposizione e nell'analisi dei disegni di legge. Il *trait d'union* tra i diversi sistemi è costituito da principi comuni piuttosto che da regole del tutto sovrapponibili, le quali ultime – quand'anche vi siano – costituiscono verosimilmente il portato proprio di quei principi comuni.

²⁶ Per comprendere meglio, si può fare l'esempio del modello processuale *adversary* tipico dei sistemi angloamericani, il cui recepimento nel Vecchio continente è avvenuto facendo leva sul “principio del giusto processo” (*due process of law, fair trial*) – sia pure ripensato e rimodulato in base alle peculiarità dei singoli Stati – piuttosto che attraverso l'importazione di singole regole di procedura o di giudizio. Sul tema e con particolare riguardo all'evoluzione dell'ordinamento italiano, si rinvia a E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, op. cit.

²⁷ Per un esempio italiano particolarmente significativo e recente, cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, cit.

Se, dunque, il linguaggio dei principi agevola il confronto sulle idee, è chiaro che esso merita di essere riportato in auge ove si punti a costruire su basi solide una nuova impalcatura, come dovrebbe accadere per quel diritto penale internazionale, al quale ha impresso una significativa accelerazione l'istituzione della Corte Penale Internazionale²⁸, e per il cosiddetto diritto penale europeo, sospinto dall'attivismo dell'Unione nel campo dell'armonizzazione delle fattispecie penali dei singoli Stati membri²⁹. In quest'ottica, i principi non costituiscono semplicemente l'eredità statica di un glorioso passato, ma un universo ideologico-normativo suscettibile di espansione, potenziamento e affinamento, che si traduce in feconda risorsa per il presente e per il futuro.

7. Diritto penale e dignità umana: meccanismi deliberativi e partecipativi

Nell'universo che s'è descritto, si deve riconoscere un posto significativo alla dignità, la cui orbita interseca quelle di altri principi, ma è autonoma rispetto ad esse, copre anche un'area esclusiva e descrive uno spazio che coglie tanto la dimensione intima quanto quella sociale della persona³⁰. Tali aspetti, inizialmente prospettati

²⁸ Cfr.: E. AMATI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010; E. AMATI-V. CACCAMO-M. COSTI-E. FRONZA-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale, cit.*; I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionale*, Napoli, 2000; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005; E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale*, Torino, 2010; E. ORRÙ, *La Corte penale internazionale tra etica, politica e diritto*, in *Ragion Pratica*, 2006, vol. 26, p. 515 e ss.

²⁹ In materia: G. ARMONE, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano: le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006; N. BARTONE, *Diritto penale europeo: spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova, 2001; A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005; G. GRASSO, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007; V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1150 e ss.; ID., *Nessuna interpretazione del diritto comunitario con effetti in malam partem*, *ivi*, 2010, p. 101 e ss., nota a Cass., S.U., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso; C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

³⁰ Concorde, tra gli altri, F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997, p. 18, il quale evidenzia che «la nozione costituzionalistica di dignità dell'uomo riesce a comporre la relazione persona-comunità che senza di quella deflagrerebbe in inconciliabili antinomie». In questo senso, anche l'art. 2 della

come ipotesi da verificare, hanno trovato conferma nella disamina della dottrina e della giurisprudenza condotta nei capitoli precedenti.

La stessa disamina ha altresì confermato l'utilità della categorizzazione valore-principio-bene e della suggerita scomposizione del principio in istanze di protezione e promozione. Tale metodo, infatti, risulta idoneo sia a far emergere aporie e *good points* di certe impostazioni o di dati impieghi sia ad articolare prospettive di riorganizzazione o riforma, che si oppongono tanto alla forza schiacciante dello Stato totalitario quanto all'efficientismo dell'approccio costi-benefici tipico della *law and economics*.

Le riflessioni fatte consentono, inoltre, di scongiurare il paventato pericolo di tirannia del valore, che possa coinvolgere, anche in chiave di deriva etnocentrica, la politica criminale di ordinamenti asseritamente liberali. Infatti, l'antidoto all'impiego del diritto penale quale strumento per l'imposizione di una qualche dottrina comprensiva non può ragionevolmente consistere nella negazione di ogni valore o nel relativismo radicale, bensì – come suggerito dai fautori della democrazia partecipativa³¹ – nella predisposizione di sistemi di decisione ben congeniati, che interessino una platea vasta, composita, consapevole ed informata. È, dunque, di primaria importanza il collegamento tra diritto penale, politica criminale e meccanismi deliberativi e divengono centrali – come ben evidenziato da Margalit³² – le questioni legate alla cultura e corretta informazione di chi è chiamato a decidere ed alle regole di inclusione nella procedura. Sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, è di tutta evidenza che gli equilibri finali possono mutare a seconda che vengano realmente coinvolti o meno i tanti immigrati, spesso irregolari, sempre più presenti nelle nostre realtà occidentali, le fasce deboli della popolazione, i gruppi culturali marginali e così via. In società multiculturali, se il fronte decisionale è adeguatamente espressivo delle varie anime che convivono sul territorio, si riesce a scongiurare il rischio di maggioranze che calpestino le minoranze, statuendo

nostra Costituzione, che prende in considerazione la persona tanto nella dimensione individuale («come singolo») quanto in quella sociale («nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità»).

³¹ Il richiamo qui è soprattutto a Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, per i quali si rinvia, anche per le indicazioni bibliografiche, al cap. V, rispettivamente § 4 e § 18.

³² Cfr. *supra*, cap. V, § 6.

all'insegna di un unico valore, e si realizza quel rispetto della dignità, che ha quale presupposto minimo almeno il prendere in considerazione le ragioni di ciascuno.

Allora, è passaggio imprescindibile quello di assicurare procedure che garantiscano a tutti gli interessati la possibilità di farsi ascoltare per rappresentare istanze proprie od altrui. Il riferimento è ovviamente agli strumenti di democrazia partecipativa ed alle garanzie procedimentali e processuali, che esprimono una forma di rispetto per l'altro che mira a prevenire prima che a reprimere le violazioni della dignità.

È questo, in fondo, il senso più autentico della *due process clause* del diritto americano, che, prestandosi a favorire anche un *cross-cultural dialogue*, ben si adatta a quest'epoca di frantumazione culturale e si è rivelata capace di conquistare gli ordinamenti europei. Questi ultimi, però, sono più abituati e più propensi ad arricchire la scacchiera del confronto coi riferimenti pregnanti costituiti dai principi e mostrano una inclinazione alla solidarietà ben maggiore di quanto non accada Oltreoceano. A ben guardare, questo legame forte coi principi sostanziali è anche la principale differenza che passa tra talune applicazioni giurisprudenziali statunitensi della *due process clause* – ad esempio, quelle in tema di *death penalty* – e le più illuminate teorizzazioni del modello di democrazia partecipativa, quali quelle che si devono ad Habermas in Germania, Zagrebelsky in Italia e Dworkin negli U.S.A. Nelle prime, infatti, il rispetto della procedura vale a legittimare pressoché ogni risultato, al punto che, all'esito di un *fair trial*, può essere deliberata persino la soppressione fisica della persona. Le seconde, invece, puntano sui principi sostanziali per elevare barriere invalicabili, che precludano, ad esempio, il ricorso alla pena di morte od a talune controverse pratiche bioetiche.

In ogni caso, un allargamento effettivo della base deliberativa potrebbe portare a rimeditare una serie di fattispecie – quali quelle in tema di immigrazione, bigamia, aborto o eutanasia –, con esiti eventualmente diversi a seconda che la *due process clause* sia assoggettata o meno al rispetto di dati principi sostanziali, tra i quali torna a figurare la stessa dignità umana.

8. Segue: direttive sostanziali

Al di là dei dati procedurali sui quali ci si è appena soffermati, il principio di dignità offre anche direttive sostanziali sul merito delle scelte di incriminazione, purché non si incorra nell'errore di aspettarsi puntualmente da esso quelle indicazioni *tranchant* che, invero, nessun principio è in grado di fornire. Ed infatti, sembra possibile parlare di veri e propri obblighi di criminalizzazione derivanti dalla dignità soltanto in quelle situazioni estreme in cui non solo è di altissimo rango il bene colpito, ma è anche massima l'intensità della lesione. Le ipotesi paradigmatiche sono quelle – già più volte ricordate – della tortura, del genocidio, della schiavitù, ove l'intervento sanzionatorio di tipo penale è richiesto dalle convenzioni internazionali, ma, ancor prima, deriva logicamente dal divieto di sottomisura rispetto ai rimedi approntati per offese meno significative³³. In tutti gli altri casi – aborto, eutanasia, libertà di espressione e quant'altro – la tavola dei contro interessi è così varia e ricca da non consentire di ricavare agevolmente chiare istruzioni pro o contro la criminalizzazione, con la conseguenza che il bilanciamento tra le ragioni della dignità e quelle degli altri principi ha un assetto variabile, condizionato dalle

³³ In proposito, è d'interesse il caso *Siliadin c. Francia* del 2005, allorché la Corte EDU ha condannato la Francia per la mancanza di una normativa penale idonea all'efficace repressione della cosiddetta schiavitù domestica, vale a dire quella forma di assoggettamento e privazione della libertà che spesso ha per vittime, in Europa, giovani immigrate clandestine, di fatto completamente asservite a coloro che ne avevano organizzato o favorito l'ingresso nel territorio di uno Stato membro (*Siliadin c. Francia*, sentenza 26 luglio 2005, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1310). Nella specie, la vicenda riguardava una quindicenne del Togo, fatta arrivare in Francia con la promessa di essere regolarizzata, ma poi resa serva di connazionali che ne sfruttavano il lavoro senza orario né retribuzione prefissati, senza un decoroso alloggio e con limitazioni alla libertà di movimento. I responsabili – processati per i reati aggravati di sfruttamento di persona senza retribuzione e di mantenimento in condizioni di lavoro e di alloggio contrarie alla dignità umana – erano stati prosciolti e condannati semplicemente al risarcimento del danno. La Corte EDU – adita dalla giovane vittima – ha ritenuto che «gli obblighi positivi che gravano sugli Stati membri in virtù dell'art. 4 della Convenzione impongono la criminalizzazione e la repressione effettiva di qualsiasi atto tendente a mantenere la persona in questo genere di situazione». Di conseguenza, è stata giudicata lacunosa la legislazione penale francese, che non incriminava la schiavitù domestica e addirittura non configurava neppure schiavitù e servitù come fattispecie penalmente rilevanti. Sul divieto di sottomisura e la sua problematicità, con particolare riguardo all'ordinamento tedesco ed a quello italiano, E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p. 291 e ss.

contingenze e dall'*ethos* di un popolo in un determinato momento storico. Ne deriva che la dignità tende a orientare più che ad obbligare e che tale forza orientativa cresce esponenzialmente quando le istanze di protezione e promozione che la compongono muovono nella stessa direzione e magari convergono nello stesso senso di marcia segnato dagli altri principi.

È, poi, da tener presente che le insidie e le risorse del diritto penale non attengono soltanto alla determinazione del precetto o del divieto, ma interessano pure la previsione e l'esecuzione delle sanzioni nonché gli obiettivi che con esse ci si propone. Anche su questo versante l'*human dignity principle* apporta il suo contributo, illuminando sia la posizione del colpevole che quella della vittima. Esso fornisce ragioni e strumenti ulteriori per reagire a minacce vecchie e nuove, quali quelle rappresentate dalle sanzioni arbitrarie o sproporzionate, dalla *death penalty*, dalle pene basate sulla vergogna, dagli aggravamenti della sanzione e dai limiti ai benefici previsti in maniera automatica e inflessibile a carico di determinate categorie di soggetti. Su questo versante, il principio di dignità indica la via di un diritto mite ed umano, ma, al contempo, impone di non dimenticare le vittime. Ad esse va data voce nel processo, attraverso la predisposizione di appositi meccanismi di intervento, e va resa giustizia, tramite sanzioni adeguate al disvalore dell'offesa – seppur sempre col limite del rispetto della dignità del reo – e la previsione, ove possibile, di forme di riparazione del danno.

Le linee di tendenza appena tracciate si impongono sia al legislatore che voglia restituire coerenza e progettualità al proprio operare sia, nel suo piccolo, al singolo operatore del diritto, che guadagna ulteriori lumi per riempire di senso e specificare formule impegnative quali quelle del *favor rei* e del rispetto per le vittime.

9. La speranza e la sfida della dignità umana

Giunti al termine di questo *excursus* sulla dignità umana, non si può che osservare che essa è tutt'altro che un'«isola nella mente», come qualcuno l'ha definita³⁴. La dignità può avere – sol che si sia disposti a prenderne atto e ad agire di conseguenza – un ruolo costruttivo e critico, incisivo e profondo, dando corpo alle speranze di un mondo migliore e lanciando la sfida per realizzarlo, con la

³⁴ N. LICKISS, *op. cit.*, p. 27.

consapevolezza, però, che «non esistono scorciatoie che conducono a un mondo fatto a misura della dignità umana, mentre è assai poco probabile che il “mondo realmente esistente” costruito giorno dopo giorno da gente già privata della propria dignità e non adusa a rispettare la dignità altrui verrà mai rifatto su tale misura»³⁵. Ancora una volta, ha ragione Bauman nel dire che «la nostra vita è un’opera d’arte – che lo sappiamo o no, che ci piaccia o no. Per viverla come esige l’arte della vita dobbiamo (...) porci delle sfide difficili» e «dobbiamo *tentare l’impossibile*». Dopodiché, «possiamo solo sperare» di dimostrarci «all’altezza della sfida». La dignità è la nostra sfida perenne, «un orizzonte che, come tutti gli orizzonti, si allontana ogni volta che cerchiamo di avvicinarci ad esso»³⁶. La speranza di riuscire a realizzarla deve, però, diventare motore delle attività umane... in quello che diventerà allora il migliore dei mondi possibili.

Caterina Brignone

³⁵ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, cit., p. 27.

³⁶ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, cit., p. 116.

BIBLIOGRAFIA

- N. ABBAGNANO-G. FORNERO, *Protagonisti e testi della filosofia*, vol. II, Torino, 1996
- R. ABEL, *Speech and Respect*, London: Sweet and Maxwell, 1994, *La parola e il rispetto*, ed. it. a cura di V. FERRARI, Milano, 1996
- G. AGICH, *Reflections on the function of dignity in the context of caring for old people*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 2007, 32, 5, p. 483 e ss.
- A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, vol. 44, fasc. 1-2, p. 33 e ss.
- L. ALEXANDER, *Is there a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2005
- R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE-A. SPADARO, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 37 e ss.
- R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, citato nell'ed. castigliana a cura di E. GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001
- R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998
- A. ALONSO, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, in *Journal of the History of Philosophy*, 1990, 43, p. 639 e ss.
- G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 415 e ss.
- A.O. ALTWAJRI, *Le droits de l'homme à la lumière des préceptes de l'Islam*, 1420, Rabat 2000
- E. AMATI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2010
- E. AMATI-V. CACCAMO-M. COSTI-E. FRONZA-A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006
- E.M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa contro la discriminazione razziale*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 1019 e ss.

- E.M. AMBROSETTI, *Recliviva e reclivivismo*, Padova, 1997
- C. AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Legge Fondamentale di Bonn e nella Costituzione italiana*, Milano, 1971
- AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapporto annuale 2007 – Cina*
- P.N. AMPONSAH, *Libel Law, Political Criticism, and Defamation of Public Figures. The United States, Europe, and Australia*, New York: LFB Scholarly Pub., 2004
- R. ANDORNO, *La tutela della dignità umana: fondamento e scopo della Convenzione di Oviedo*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 57 e ss.
- G. ANNAS, *Why We Should Ban Human Cloning*, in *New England Journal of Medicine*, 339, No. 2, 1998, p. 122 e ss.
- G.J. ANNAS, *Toxic Tinkering – Lethal-Injection Execution and the Constitution*, in <http://content.nejm.org/cgi/reprint/359/14/1512.pdf>
- G.E.M. ANSCOMBE, *The Dignity of the Human Being*, in M. GEACH-L. GORMALLY (eds.) *Human Life, Action and Ethics*, Exeter: Imprint Academic, 2005
- D. ANSELMO, *Dignità dell'uomo e prospettive islamiche*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008 p. 85 e ss.
- Y. ARIELI, *On the Necessary and Sufficient Conditions for the Emergence of the Doctrine of the Dignity of Man and His Rights*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 1 e ss.
- G. ARMONE, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano : le decisione quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006
- R. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11, 2005, p. 259 e ss.
- J.D. ARRAS, *Getting Down to Cases: The Revival of Casuistry in Bioethics*, in *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1991, 16, p. 29 e ss.

- J.L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, in J.O. URMSON-G.J. WARNOCK (eds.), *Philosophical Papers*, New York: Oxford University Press, 1979
- AUSTRALIAN HEALTH ETHICS COMMITTEE, *Scientific, Ethical and Regulatory Considerations Relevant to Cloning of Human Beings* (16 December 1998)
- A. AZIZ SAID, *Human Rights in Islamic Perspectives*, in A. POLLIS-P. SCHWAB (eds.), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, New York: Praeger, 1979, p. 90 e ss.
- G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico*, in A. PIZZORUSSO-A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005, p. 245 e ss.
- C.E. BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York: Oxford University Press, 1992
- K. BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, 2000
- J. BALKIN (ed.), *What Roe v. Wade Should Have Said; The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial decision*, New York: New York University Press, 2005
- A. BARAZZETTA, *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva : analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006
- M.C. BARBIERI, *Stato vegetativo permanente: una sindrome 'in cerca di un nome' e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007 sez. I civile sul caso di Eluana Englaro*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 384 e ss.
- B. BARBISAN, *Il diritto a morire negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV Emendamento*, in *Dir. pubb.*, 2001, p. 175 e ss.
- Y.M. BARILAN, *Dignità umana e tradizione ebraica*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 163 e ss.
- R. BARTHES, *La retorica antica*, trad. it., Milano 2006

- S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001
- N. BARTONE, *Diritto penale europeo: spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova, 2001
- F. BASILE, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente orientati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 149 ss.
- F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1297 e ss.
- F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 680 e ss.
- Z. BAUMAN, *L'arte della vita*, Roma-Bari, 2009
- Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Roma-Bari, 2007
- Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2003
- K. BAYERTZ, *Human Dignity: Philosophical Origin and Scientific Erosion of an Idea*, in ID. (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic, 1996, p. 77 e ss.
- P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009
- P. BECCHI, *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Roma, 2007
- P. BECCHI, *L'idea kantiana di dignità e le sue attuali implicazioni in ambito bioetico*, in P. BECCHI-G. CUNICO-O. MEO (a cura di), *Kant e l'idea di Europa*, Genova, 2005, p. 15 e ss.
- P. BECCHI, *Menshenwürde: Die italienische verfassungrechtliche Variante im Vergleich zur deutschen*, in G. BRUDERMÜLLER-K. SEELMANN (a cura di), *Menshenwürde. Begründung, Konturen, Gesichte*, Würzburg, 2008, p. 107 e ss.
- H.A. BEDAU, *The Eighth Amendment, Dignity, and the Death Penalty*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Ithaca: Cornell University Press, 1992

- E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005
- S. BENHABIB, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton: Princeton University Press, 2002, trad. it. di A.R. DICUONZO, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005
- F. BENOIT-ROHMER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Dalloz*, 2001, p. 1483 e ss.
- F. BERARDO, *La dignità umana è intangibile*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 387 e ss.
- I. BERLIN, *Libertà*, a cura di H. HARDY, Milano, 2005
- A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006
- A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in S. CANESTRARI-L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005
- A. BERNARDINO (ed.), *Encyclopedia of the Early Church*, Cambridge: James Clarke, 1992
- F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano, 2003
- D. BEYLEVELD-R. BRONSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford: Oxford University Press, 2001
- H. BHABHA, *The Location of Culture*, London-New York: Routledge, 1994, *I luoghi della cultura*, trad. it. di A. PERRI, Roma, 2001
- R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001
- R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La Laicità crocifissa. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004
- D. BIRNBACHER, *Ambiguities in the Concept of Menschenwürde*, in K. BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic, 1996, p. 107 e ss.

- E. BLOCH, *Spirito dell'utopia* (1918), ed. it. a cura di V. BERTOLINO-F. COPPELLOTTI, Firenze, 1980
- E. BLOCH, *Il principio di speranza*, ed. it. a cura di R. BODEI, Milano, 1994
- E. BLOCH, *Naturecht und menschliche Würde*, Frankfurt a.M., 1961, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it. a cura di G. RUSSO, Torino, 2005
- W. BOER, *Private Morality in Greece and Rome: Some Historical Aspects*, Leiden: E.J. Brill, 1979
- A. BOMPIANI, *La genesi della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina: una ricostruzione storica*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 57 e ss.
- G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006
- P.C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Milano, 2000
- N. BOSTROM, *Dignity and Enhancement*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, p. 173 e ss.
- N. BOSTROM, *In Defence of Posthuman Dignity*, in *Bioethics* 19, 2005, p. 202 e ss.
- F. BOTTALICO, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in V. GAROFOLI (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006
- A. BOULESBAA, *The UN convention on torture and the prospect for enforcement*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999
- L. BOUYER-L. DATTRINO, *La spiritualità dei Padri. II-V secolo: martirio, verginità, gnosi cristiana*, Bologna, 1998
- V. BRADY, *The Question of Dignity: Doubts and Loves and a Whisper from Where the Ruined House Once Stood*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 119 e ss.

- J. BRAITHWAITE, *Crime, Shame, and Reintegration*, New York: Cambridge University Press, 1989
- A. BRENNAN-Y.S. LO, *Two Conceptions of Dignity: Honour and Self-Determination*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 43 e ss.
- W. BRENNAN jr., *Reason, Passion, and "The Progress of the Law"*, in *Cardozo Law Review*, 9, 1988, p. 3 e ss.
- W.J. BRENNAN, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in *University of California Davis Law Review* 19, 1985
- F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS-G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, p. 3 e ss.
- F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965
- C. BRIGNONE, *Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica*, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2010, n. 3, p. 1311 e ss.
- C. BRIGNONE, *Orientamenti giurisprudenziali recenti e prospettive future in tema di rifiuto di cure*, in *Riv. pen.*, 2009, n. 9, p. 921 e ss.
- C. BRIGNONE, *Testamento biologico: il Ddl licenziato al Senato rischia di modificare un quadro di riferimento*, in *Guida al Dir.*, 2009, n. 18, p. 98 e ss.
- W. BRUGGER, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*, *4 German Law Journal*, n. 1, January 1, 2003
- T. BRYDER, *Patterns for Future Research on Self-Esteem and Human Dignity in Mass Society*, in *Political Psychology* 15, 3, 1994, p. 401 e ss.
- G.W. BUSH, *Press Conference of the President*, September 15, 2006, in <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/09/20060915.2.html>
- A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale: culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, p. 83 e ss.
- F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970

- E. CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1676 e ss.
- A. CAMPBELL, *Ethos and Economics: Examining the Rationale Underlying Stem Cell and Cloning Research Policies in the United States, Germany and Japan* 31, 2005, in *American Journal of Law and Medicine*, p. 85 e ss.
- C. CAMPIGLIO, *La tutela internazionale del fanciullo da nuove forme di violenza*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 1996, II, p. 543 e ss.
- H. CANCIK, 'Dignity of Man' and 'Persona' in *Stoic Anthropology: Some Remarks on Cicero, De Officiis I, 105-107*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 19 e ss.
- S. CANESTRARI, *Laicità e diritto*, Bologna, 2007
- I. CARACCIULO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale: il rafforzamento delle garanzie giurisdizionale*, Napoli, 2000
- A.C. CARLSON, *Creative Casuistry and Feminist Consciousness: The Rhetoric of Moral Reform*, in *Quarterly Journal of Speech*, 1992, 78, p. 16 e ss.
- F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 161 e ss.
- F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1951
- F. CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, c. 1 e ss.
- G.E. CARNI, *Dignity – The Enemy from within: a Theoretical and Comparative Analysis of Human Dignity as a Free Speech Justification*, in *Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 969 e ss.
- G. CASABURI, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Foro it.*, 2007, I, 3025 e ss.
- F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997
- A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009
- A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005
- A. CASSESE, *Umano-disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Roma-Bari, 1994
- M. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1998

- G. CAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO *Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 199 e ss.
- S. CECCANTI, *Una libertà comparata – Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, 2001
- L. CERQUA, *Responsabilità delle persone giuridiche: il nuovo sistema sanzionatorio*, in *Dir. e pratica società*, 2001, fasc. 16, p. 12 e ss.
- G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990
- A. CERRI, *Libertà di pensiero: manifestazione, diffusione, mezzi*, nota a Corte cost., 26-27 gennaio 1972, n. 93, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2577 e ss.
- A. CHASKALSON, *Human Dignity as a Foundational Value of our Constitutional Order*, *S. African J. Human Rights*, 16, 2000, p. 193 e ss.
- M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969
- H.M. CLOR, *Public Morality and Liberal Society*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1996
- H.M. CLOR, *Obscenity and Public Morality*, Chicago: University of Chicago Press, 1985
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Rifiuto e rinuncia consapevole ai trattamenti sanitari nella relazione paziente-medico*, parere del 28 ottobre 2008, in http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/abstract_rifiuto_cure4.pdf
- COMMITTEE AGAINST TORTURE, *Consideration of reports submitted by States Parties under Art. 19 of the Covenant, Second periodic reports of States parties due in 1994, Italy*, UN doc. A/50/44, N. 157
- CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Istruzione dignitas personae su alcune questioni di bioetica*, approvata dal Pontefice il 20 giugno 2008, in <http://alfroll.wordpress.com/documenti-della-chiesa-cattolica/istruzione-dignitas-personae-su-alcune-questioni-di-bioetica>
- L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009

- D. CORNELL (ed.), *Feminism and Pornography*, Oxford: Oxford University Press, 2000
- C. DA COSTA, *The Principle of Human Dignity in European case Law*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 50 e ss.
- F. D'AGOSTINO, *Irrinunciabilità e irrealizzazione dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di L. Spinelli*, Modena, 1989
- A. DAMATO, *Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 648 e ss.
- A.G. DANOVI, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2008, p. 77 e ss.
- M. DAN-COHEN, *Defending Dignity*, in ID., *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self and Morality*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2002, p. 150 e ss.
- M. DAN-COHEN, *Thinking Criminal Law*, in http://cardozolawreview.com/PastIssues/28.6_dan-cohen.pdf
- M. DAN-COHEN, *A Concept of Dignity*, in http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=190609
- F.D. DAVIS, *Human Dignity and Respect for Person*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, p. 19 e ss.
- J. DAVIS, *Doing Justice to Dignity in the Criminal Law*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 169 e ss.
- C. DAYAN, *The Story of Cruel and Unusual*, Cambridge, Mass.; London, England: MIT Press, 2007
- D. DE BECHILLON, *Porter Atteinte aux Catégories Anthropologique Fondamentales*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2002, p. 47 e ss.

- G.A. DE FRANCESCO, *Commento al D.l. 26/4/1993 n. 122 conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 – Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. Pen.*, 1994, p. 175 e ss.
- G. DE FRANCESCO-C. PIEMONTESE-E. VENAFRO (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007
- D. DEGRAZIA, *Moving Forward in Bioethical Theory: Theory, Cases, and Specified Principlism*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1992, 17, p. 511 e ss.
- A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832 e ss.
- M. DELMAS-MARTY-I. FOUCHARD-E. FRONZA-L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, Paris, 2009
- F. DELPÉRÉE, *The Right to Human Dignity in Belgian Constitutional Law*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 57 e ss.
- C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo a diritto penale. Il caso americano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 173 ss.
- J.P. DE MARCO, *The Abuse of Casuistry*, in *Southwest Philosophy Review*, 1991, 7, p. 17 e ss.
- D.C. DENNETT, *How to Protect Human Dignity from Science*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, p. 39 e ss.
- E. DE PIERI, *Apartheid*, Siena, 2009
- J. DE ROMILLY, *Les Grands Sophistes dans l'Athènes de Périclès*, Paris, Biblico/essais, 1989
- G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: parte generale*, Milano, 2008
- F. DE VITORIA, *Relectio de Indiis. La questione degli Indios (1539)*, a cura di A. LAMACCHIA, Bari, 1996

- P. DEVLIN, *The enforcement of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1965
- K. DICKE, *The Founding Function of Human Dignity*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 114 e ss.
- A.R. DIETER, *A Crisis of Confidence: Americans' Doubts about the Death Penalty*, in J. YORKE (ed.), *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications*, Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 2008, p. 187 e ss.
- A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa, "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2006, n. 1, p. XIV e ss.
- A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005
- DINIM-ELYON (1994) vol. LVI no. 921
- T. DISCHER, *Die Peep-Show-Urteile des BVerwG*, in *JuS*, 1991, p. 642 e ss.
- G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 e ss.
- E. DOLCINI, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 e ss.
- E. DOLCINI, *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corr. del merito*, 2006, p. 55 e ss.
- E. DOLCINI, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 440 e ss.
- M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 492 e ss.
- M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27 e ss.
- R. DOWNIE, *Health Care Ethics and Casuistry*, in *Journal of Medical Ethics*, 1992, 18, p. 61 e ss.
- C. DUPRÉ, *The Right to Human Dignity in Hungarian Constitutional Law*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem*

Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998,
Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 65 e ss.

- G. DÜRIG, Sub art. 1 n. 28, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di T. MAUNZ-G. DÜRIG, München, 1958
- F. DÜRRENMATT, *Das Sterben der Phythia*, trad. it. a cura di R. COLORNI, *La morte della Pizia*, Milano, 2002
- A. DWORKIN, *Model Anti-Pornography Law*, in ID., *Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality*, 8 *Harv. Women's L.J.*, I, 1985, p. 24 e ss.
- A. DWORKIN, *Pornography: Men Possessing Women*, New York: Perigee Books, 1979
- G. DWORKIN, *Paternalism: Some Second Thoughts*, in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 105 e ss.
- G. DWORKIN, *Paternalism*, in R.A. WASSERSTROM (ed.), *Morality and the Law*, Belmont, Calif: Wadsworth, 1971, p. 107 e ss.
- R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton: Princeton University Press, 2006, *La democrazia possibile*, trad. it. L. CORNALBA, Milano, 2007
- R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006
- R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000
- R. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Milano, 1994
- R. DWORKIN, *Liberty and Pornography*, in *N.Y. Rev. Books*, Aug. 15, 1991, p. 12 e ss.
- R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986
- R. DWORKIN, *Do We Have a Right to Pornography*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1981, p. 177 e ss., riedito in *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, p. 335 e ss.

- R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982
- E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, Conn.: Praeger, 2002
- E.J. EBERLE, *Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law*, in *Utah Law Review* 963, 1997, p. 975 e ss.
- J. ECKERT, *Legal Roots of Human Dignity in German Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 41 e ss.
- T.I. EMERSON, *First Amendment Doctrine and the Burger Court*, 68 *Cal L Rev*, 1980, p. 422 e ss.
- T.I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, New York: Random House, 1970
- T.I. EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, New York: Random House, 1966
- I. ENGLARD, *Human Dignity: From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, p. 1903 e ss.
- B. ENGLARO-E. NAVE, *Eluana. La libertà e la vita*, Milano, 2008
- B. ENGLARO-A. PANNITTERI, *La vita senza limiti. La morte di Eluana in uno Stato di diritto*, Milano, 2009
- A. ESPOSITO, *Art. 3*, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 49 e ss.
- L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per F. Stella*, I, Napoli, 2007, p. 163 e ss.
- A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007
- G. FALCO, *La Santa Romana Repubblica*, Milano-Napoli, 1986
- M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 417 e ss.
- J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to others*, I, New York: Oxford University Press, 1984

- J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, III, New York: Oxford University Press, 1986
- D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value: Part I*, Public Law, 1999, p. 682 e ss.
- E. FERGUSON (ed.), *Encyclopedia of Early Christianity*, New York: Garland, 1998
- G.B. FERNGREN, *The Imago Dei and the sanctity of life: the origins of an idea*, in *Euthanasia and the Newborn*, a cura di R.C. MCMILLAN-H.T. ENGLEHARDT-S.F. SPICKER, Dordrecht: Reidel, 1987, p. 23 e ss.
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989
- J.C. FERRÈ OLIVÈ, *Diversidad cultural y sistema penal*, in *Revista Penal*, n. 22 – Luglio 2008, p. 36 e ss., *Diversità culturale e sistema penale*, trad. it. a cura di C. BRIGNONE, in *La Magistratura*, 2010, n. 1/2, p. 4 e ss.
- G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO-L. LA ROSA, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, p. 18 e ss.
- G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 227 e ss.
- G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. CARTABIA-T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, p. 115 e ss.
- G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 546 e ss.
- G. FIANDACA, *Scelte di tutela in materia di fecondazione assistita e democrazia laica*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 339 e ss.
- G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 e ss.
- G. FIANDACA, voce *Le misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1994
- G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Milano, 1991, p. 167 e ss.

- G. FIANDACA, nota a Corte cost., 30 novembre 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1385 e ss.
- G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984
- G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come problema di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 e ss.
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2010
- G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2007
- J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 176 e ss.
- F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006
- F. FISTETTI, *Multiculturalismo. Una mappa tra filosofia e scienze sociali*, Torino, 2008
- G.P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative, and International, Volume one: Foundations*, USA: Oxford University Press, 2007
- L. FORNARI, *Discriminazione razziale*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. PALAZZO-C.E. PALIERO, Padova, 2007
- G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, n. 1/2, p. 24 e ss.
- G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009
- G. FORNERO, *Due significati irrinunciabili di laicità*, in *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D'ORAZIO, Milano, 2009, p. 61 e ss.
- G. FORNERO, *Laicità debole e laicità forte*, Milano, 2008
- G. FORNERO, voce *Valore*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata ed ampliata da G. FORNERO, Torino, 1998
- G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 e ss., in G. FIANDACA-G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale: culture*

europo-continentale e anglo-americana a confronto, Torino, 2008, p. 43 e ss.

- G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 283 e ss.
- M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Torino, 1976
- V. FRANKL, *Man's Search for Meaning*, New York: Simon & Schuster, 1984
- N. FRASER-A. HONNETH, *Redistribution or Recognition. A Political-Philosophical Exchange*, London, 2003, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*, trad. it. di E. MORELLI-M. BOCCHIOLA, Napoli, 1999
- E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 19 e ss.
- E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1034 e ss.
- E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. Uomo*, 1997, p. 67 e ss.
- J.A. FROWEIN, *Human Dignity in International Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 121 e ss.
- E. FURLAN, *Dignità umana e bioetica: risorse e problemi di una nozione fondamentale*, in ID. (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 7 e ss.
- G. GALUPPI, *Brevi osservazioni sulla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2008, 77 e ss.
- J. GARDNER, *On the General Part of the Criminal Law*, in R.A. DUFF (ed.), *Philosophy and the Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 205 e ss.
- H. GARFINKEL, *Conditions of Successful Degradation Ceremonies*, in *American Journal of Sociology* 61, 1956, p. 420 e ss.

- D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001, trad. it. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Roma, 2004
- D. GARROW, *Liberty and Sexuality: The Right to Privacy and the Making of Roe V. Wade*, New York: Penguin, 1994
- G.L. GATTA, Sub art. 99, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. I, Milano, 2006
- W. GAYLIN, *In Defence of the Dignity of Being Human*, in *Hastings Center Report* 14, 1984, p. 18 e ss.
- F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (Come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Il dir. di fam. e delle pers.*, 2008, p. 107 e ss.
- G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, nota a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 1103 e ss.
- A. GEWIRTH, *Dignity as the Basis of Rights*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 10 e ss.
- A. GEWIRTH, *The Epistemology of Human Rights*, in *Social Philosophy and Policy* I, n. 2, Spring 1984, p. 1 e ss.
- A. GEWIRTH, *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, Chicago: University of Chicago Press, 1982
- A. GEWIRTH, *Reason and Morality*, Chicago: University of Chicago Press, 1978
- M. GHILARDI, *Il buddhismo di fronte alla bioetica: sul concetto di dignità umana*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 295 e ss.
- G. GIANNANTONI, *La ricerca filosofica: storia e testi*, Torino, 1985
- S.M. GIANNET, *Dignity Is a Moral Imperative*, in *BMJ Rapid Responses*, December 25, 2003

- R. GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 *North Carolina Law Review*, 1985, p. 375 e ss.
- F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli*, in ID. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, p. 1 e ss.
- L. GOISIS, *Sull'efficacia deterrente della pena di morte: riflessioni sul dibattito statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1366 e ss.
- E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007
- E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000
- G. GRASSO, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007
- S.G. GREEN, *Human Dignity and the Law*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 151 e ss.
- K. GREENAWALT, *Free Speech Justifications*, 89, *Colum. L. Rev.*, 1989, p. 119 e ss
- K. GREENAWALT, *Speech, crime, and the uses of language*, New York: Oxford University Press, 1989
- K.J. GREENBERG-J.L. DRATEL (eds.), *The torture papers: the road to Abu Graib*, Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2005
- V. GREVI, nota a Corte cost., 11 gennaio 1983, n. 274, in *Foro it.*, 1983, I, c. 233 e ss.
- P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001
- R. GUARENIELLO, *Ingiuria e diffamazione del lavoratore*, nota a Cass., 21 gennaio 2009, n. 6758, Bertocchi, in *Dir. e prat. del lav.*, 2009, p. 963 e ss.
- R. GUASTINI, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996
- J.L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Trento, 2009
- P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003
- J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Milano, 2008
- J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2007

- J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002
- J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, ed. it. a cura di L. CEPPA, Milano, 1996
- M. HAILER-D. RITSCHL, *General Notion of Human Dignity*, in K. BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic, 1996, p. 102 e ss.
- J. HAMPTON, *Correcting Harms Versus Righting Wrongs*, in *UCLA Law Review*, 39, 1992, p. 1659 e ss.
- J. HAMPTON, *The Retributive Idea*, in J.G. MURPHY-J. HAMPTON (eds.), *Forgiveness and Mercy*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1988, p. 111 e ss.
- J. HAMPTON, *An Expressive Theory of Retribution*, in W. CRAGG (ed.), *Retributivism and Its Critics*, Stuttgart: Steiner, 1992, p. 1 e ss.
- B. HARCOURT, *The Collapse of Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology* 90, 1999, p. 109 e ss.
- H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593 e ss.
- H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, London: London University Press, 1963
- N. HARTMANN, *Etica* (1949), trad. it. a cura di V. FILIPPONE THAUERO, Napoli, 1970, vol. II, *Assiologia dei costumi*
- W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 125 e ss.
- N. HAWTHORNE, *The Scarlet Letter*, 1850 (ed. it. Recente Newton Compton, Roma, 2010)
- P. HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, Torino, 1964
- E. HEMINGWAY, *For whom the bell tolls*, New York, 1940
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, *When Ambivalent Principles Prevail. Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle*, in cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7664/1/LAW-2007-37.pdf

- J.S. HEYMAN, *Free Speech and Human Dignity*, New Haven: Yale University Press, 2008
- R. HIRSCHL, *Israel's «Constitutional Revolution»: The Legal Interpretation of Entrenched Civil Liberties in an Emerging Neo-Liberal Economic Order*, in *Am. J. Comp. L.*, 46, 1998, p. 427 e ss.
- T. HOBBS, *Leviathan* (1651), *Leviatano*, trad. it. a cura di G. MICHELI, Scandicci, 1987
- P. HODGKINSON-S. KANDELIA-L. GYLLENSTEN, *Capital Punishment: A Review and Critique of Abolition Strategies*, in J. YORKE (ed.), *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications*, Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 2008, p. 249 e ss.
- H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1999, p. 620 e ss.
- H. HOFMANN, *Methodische Probleme der iuristischen Menschenwürde Interpretation*, in I. APPEL-G. HERMES (a cura di), *Mensch-Staat-Umwelt*, Berlin, 2008, p. 47 e ss.
- L. HONNEFELDER, *The Concept of a Person in Moral Philosophy*, in K. BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic, 1996, p. 139 e ss.
- R. HOWARD, *Dignity, Community, and Human Rights*, in A.A. AN-NA'IM (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspective; A Request for Consensus*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 81 e ss.
- R. HOWARD-J. DONNELLY, *Human Dignity, Human Rights and Political Regimes*, in *American Political Sciences Review*, 80, 1986
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Consideration of reports submitted by State Parties under Art. 40 of the Covenant, Concluding Observation of the Human Rights Committee, Italy*, CCPR/C/79/Add e Add. 94 n. 21
- N.D. HUNTER-S.A. LAW, *Bried Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce et al.*, in *21 U. Mich. J.L. Reform* 69, 1987-88
- D.N. HUSAK, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 *Oxford J. Leg. Stud.* 207, 2004

- D.N. HUSAK, *Legal Paternalism*, in H. LAFOLLETTE (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, New York: Oxford University Press, 2003
- F.M. IACOVELLO, *Problemi vecchi e sensibilità nuova della Cassazione in materia di diffamazione a mezzo stampa*, nota a Cass., 28 febbraio 1995, n. 3247, Lambertini Padovani ed altro, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 2534 e ss.
- T. IGLESIAS, *Bedrock Truths and the Dignity of the Individual*, in *Logos* 4, 2001, p. 114 e ss.
- T. JONES-T. NEWBURN, *Three Strikes and You're Out. Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Control Politics*, in *British Journal of Criminology*, 2006, vol. 46, p. 781 e ss.
- A.R. JONSEN, *Casuistry as Methodology in Clinical Ethics*, in *Theoretical Medicine*, 1991, p. 295 e ss.
- A.R. JONSEN-S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley, CA: University of California Press, 1988
- S. JOSEPH-J. SCHULTZ-M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2004
- C. KACZOR, *The Edge of Life: Human Dignity and Contemporary Bioethics*, New York; London: Kluwer Academic Publishers, 2005
- D.M. KAHAN, *Unthinkable Misrepresentation: A Response to Tonry*, in *UCLA Law Review*, 46, 1999, p. 1933 e ss.
- D.M. KAHAN, *The Progressive Appropriation of Disgust*, in *Bandes*, 1999, p. 63 e ss.
- D.M. KAHAN, *The Anatomy of Disgust in Criminal Law*, in *Michigan Law Review*, 96, 1998, p. 1621 e ss.
- D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Means?*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, p. 592 e ss.
- M.D. KAHAN-M.C. NUSSBAUM, *Two Conceptions of Emotions in Criminal Law*, in *Columbia Law Review*, 96, 1996, p. 269 e ss.
- M.D. KAHAN-E.A. POSNER, *Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines*, in *Journal of Law and Economics*, 42, 1999, p. 365 e ss.

- O. KAMIR, *Honor and Dignity Cultures: The Case of Kavod and Kavod Ha-Adam in Israeli Society and Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 231 e ss.
- I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, ed. it. a cura di R. ASSUNTO, Roma-Bari, 1980
- I. KANT, *Metafisica dei costumi*, trad. it. di G. VIDARI, rivista da N. MERKER, Roma-Bari, 1991
- L. KASS, *Defending Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, p. 309 e ss.
- L. KASS, *The Ethics of Human Cloning*, Washington DC: AEI Press, 1998
- A. KAUFMANN, *Riflessioni giuridiche e filosofiche su biotecnologia e bioetica alle soglie del terzo millennio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1988, p. 205 e ss.
- A.T. KENYON, *Defamation. Comparative Law and Practice*, Abingdon, Oxon, UK: UCL Press; New York, NY: Routledge-Cavendish, 2006
- J. KILLINGLEY, *Constraining America's Death Penalty: The Eighth Amendment and Excessive Punishment*, in J. YORKE (ed.), *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications*, Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 2008, 127 e ss.
- E. KLEIN, *Human Dignity in German Law*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 145 e ss.
- D.P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 47, 1989, p. 414 e ss.
- D. KRETZMER, *Human Dignity in Israeli Jurisprudence*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 161 e ss
- I.J. KROEZE, *Human Dignity in Constitutional Law in South-Africa*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 87 e ss.

- A. KUNDU, *Defamation, Reputation and the Community: an Analysis of the Doctrine of Presumed Harm in Defamation Law*, in www.law.unimelb.edu.au/cmcl/malr/10-1-3%20Kundu%20formatted%20for%20web.pdf
- P. LAGHEZZA, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, nota a Cass., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1834 e ss.
- E. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Roma-Bari, 2007
- P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Torino, 2010
- E. LÉVINAS, *Alterità e trascendenza*, a cura di P. HAYAT, Genova, 2006
- E. LÉVINAS, *Dall'altro all'io*, a cura di A. PONZIO, Roma, 2002
- E. LÉVINAS, *Umanesimo dell'altro uomo*, Genova, 1998
- S. LEVINSON (ed.), *Torture: a collection*, New York: Oxford University Press, 2004
- B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, *The Principle of Respect for Human Dignity*, in *The principle of respect for human dignity: proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 15 e ss.
- M. LEWIS, *A Brief History of Human Dignity: Idea and Application*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 97 e ss.
- A. LEWIS, *Journalists and the First Amendment*, in D. KINGSFORD-SMITH-D. OLIVER (eds.), *Economical with the Truth: The Law and the Media in a Democratic Society*, Oxford: ESC Publishing, 1990, p. 1 e ss.
- N. LICKISS, *On Human Dignity: Fragments of an Exploitation*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 33 e ss.
- D.E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust. The Growing Assault on Truth and Memory*, New York: Free Press, 1993
- Y. LOBERBAUM, *Blood and the Image of God*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 55 e ss.

- J.M. LOTMAN, *Retorica*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1980, vol. XI, p. 1047 e ss.
- D. LUBAN, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008
- Y. LURIA, *A Matter of Dignity*, in A. NEMDAR (ed.), *Virtues and Feeling*, Ramat Gan, Hoshen Le Mishpat, 1994, p. 179 e ss.
- R. MACKLIN, *Dignity is a useless concept*, in *British Medical Journal*, 327, 2003, p. 1419 e ss.
- T.H. MADALA, *The Principle of Respect for Human Dignity*, in *The principle of respect for human dignity : proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 80 e ss.
- E. MAESTRI, *Genealogie della dignità umana*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2009, n. 9, p. 509 (http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-04_E_Maestri.pdf)
- W. MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1968, trad. Spag. *Estrado de derecho y dignidad humana*, a cura di J.L. GUZMAN, Buenos Aires, 2008
- J. MALPAS, *Human Dignity and Human Being*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 19 e ss.
- J. MALPAS-N. LICKISS, *Introduction to a Conversation*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 1 e ss.
- E. MANCINI, *Le frontiere della bioetica : domande e risposte su nascita, genetica, clonazione, salute*, Firenze, 2004
- V. MANES, *Nessuna interpretazione del diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 101 e ss., nota a *Cass.*, S.U., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso

- V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 1150 e ss.
- G. MANETTI, *De dignitate et excellentia hominis*, Roma-Padova, 1974
- M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione potere libertà*, Torino, 2005, p. 41 e ss.
- G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, vol. 25, 2005, p. 335 e ss.
- F. MANTOVANI, *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 1, p. 40 e ss.
- A. MARCHESI, *La pena di morte. Una questione di principio*, Roma-Bari, 2004
- A. MARGALIT, *La società decente*, trad. it. a cura di A. VILLANI, Milano, 1998
- A. MARGALIT-G. MOTZKIN, *The Uniqueness of the Holocaust*, in *Philosophy and Public Affairs* 25, 1996, p. 65 e ss.
- A. MARGALIT-J. RAZ, *National Self-Determination*, in *Journal of Philosophy*, 87, 1990, p. 439 e ss.
- F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2001, p. 269 e ss.
- G. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 3 e ss.
- G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 170 e ss.
- G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXII convegno di studio "Enrico de Nicola"*, Milano, 2002
- F. MAROTTA, *Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione. Considerazioni sulla sentenza Soering*, *ivi*, 1989, p. 439 e ss.

- G. MARRA, *Sebbene non siano stati risolti tutti i problemi la traccia ermeneutica è delineata con chiarezza*, nota a Cass., S.U., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 7, p. 54 e ss.
- J. MARRIOTT, *Walking the Eighth Amendment Tightrope: 'Time Served' in the United States Supreme Court*, in J. YORKE (ed.), *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications*, Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 2008, p. 158 e ss.
- T. MARSHALL, *The Death Penalty is a Denial of Human Dignity*, in L.P. POJMAN (ed.), *Life and Death: A Reader in Moral Problems*, Belmont, CA: Wadsworth Publishing Co., 2000
- L. MASERA, *L'aggravante di cui all'art. 61, comma 1 n. 11 bis c.p.*, relazione tenuta nel corso dell'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *Le novità della legislazione penale in materia di immigrazione*, Roma 4-5 febbraio 2010, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/18731.pdf>
- T. MASSARO, *Shame, Culture, and American Criminal Law*, in 89 *Mich. L. Rev.* 1883, 1990-1991, p. 880 e ss.
- B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1990
- G. MAZZIOTTI, *Incitamento a pratiche contro la procreazione e Costituzione*, nota a Corte cost., 2 dicembre 1964-4 febbraio 1965, n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, p. 61 e ss.
- D. MCGOLDRICK-T. O'DONNELL, *Hate-Speech laws: consistency with National and International human rights law*, in 18 *Legal Studies*, 1998, p. 453 e ss.
- A. MACINTYRE, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, in *Journal of the History of Philosophy*, 1990, 28, p. 634 e ss.
- A. MACINTYRE, *Does Applied Ethics Rest on a Mistake?*, in *Monist*, 1984, 67, p. 498 e ss.
- C. MACKINNON, *Only Words*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993
- C. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987

- L. MCNAMARA, *Reputation and Defamation*, Oxford, UK; New York: Oxford University Press, 2007
- G.H. MEAD, *The Psychology of Punitive Justice*, in *American Journal of Sociology* 23, 1917-18, p. 577 e ss., *La psicologia della giustizia punitiva*, trad. it. in E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, p. 217 e ss.
- A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Protection of the People*, New York: Harper, 1960
- A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, p. 175 e ss.
- A.I. MELDEN, *Dignity, Worth, and Rights*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 29 e ss.
- C. MEYER, *Sex, Sin, and Women's Liberation: Against Porn-Suppression*, 72 *Tex. Law Rev.* 1097, 1994
- M.J. MEYER, *Dignity as a (Modern) Virtue*, D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 195 e ss.
- M.J. MEYER, *Dignity, Rights, and Self-Control*, in *Ethics* 99, April 1989, p. 520 e ss.
- E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale*, Torino, 2010
- J.S. MILL, *On Liberty* (1859), Penguin Books, 1974
- D. MILO, *Defamation and Freedom of Speech*, Oxford, U.K.; New York: Oxford University Press, 2008
- C. MING, *Nubi nere si addensano. L'autobiografia clandestina di un sopravvissuto alla persecuzione*, Venezia, 2006
- M.L. MINOW-E.V. SPELMAN, *Passion for Justice*, in *Cardozo Law Review* 46, 1988
- S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997
- A. MONTAGNA, *La propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico*, nota a Cass., 7 maggio 2008, n. 37581, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3023 e ss.

- L. MONTICELLI, *Le «cultural defences» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 535 e ss.
- R. MOON, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*, Toronto: University of Toronto Press, 2000
- M.S. MOORE, *The Moral Worth of Retribution*, in F. SCHOEMAN (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1987, p. 179 e ss.
- R. MORDACCI, *Una introduzione alle teorie morale. Confronto con la bioetica*, Milano, 2003
- T. MORISAKI, *Human ES Cell Research*, in R. IDA, *Final Report on the Project Dialogue and Promotion of Bioethics in Asia*, Kyoto: Kyoto University, 2004, p. 540 e ss.
- V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 259 e ss.
- N. MORRIS-M. TORY, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, New York: Oxford University Press, 1990
- A. MORRONE-P. VULPIANI (a cura di), *Corpi e simboli: immigrazione, sessualità e mutilazioni genitali femminili in Europa*, Roma, 2004
- B. MORTARA GARAVELLI, *Manuale di retorica*, Milano, 2002
- V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008
- E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974
- NATIONAL BIOETHICS COMMISSION REPORT, *Cloning Human Beings, Recommendation II* (June 1997)
- F. NÍ AOLÁIN, *The European Convention on Human Rights and Its Prohibition on Torture*, in S. LEVINSON (ed.), *Torture: a collection*, New York: Oxford University Press, 2004
- E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano i degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1264 e ss.

- E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006
- J. NOONAN, *An Almost Absolute Value in History*, in R. MUNSON, *Intervention and Reflection: Basic Issues in Medical Ethics*, Belmont, CA: Wadsworth Publishing Co., 1996
- M. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., 2008, p. 352 e ss.
- M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. a cura di E. GREBLO, Bologna, 2008
- M.C. NUSSBAUM, *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership (The Tanner Lectures on Human Values)*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006
- M.C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2004, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it. a cura di C. CORRADI, Roma, 2007
- M. NUSSBAUM, *The Worth of Human Dignity: Two tensions in Stoic Cosmopolitanism*, in G. CLARK-T. RAJAK (eds.), *Philosophy and Power in the Graeco-Roman World: Essays in Honour of Miriam Griffin*, Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 31 e ss.
- M. NUSSBAUM, *Kant and Stoic Cosmopolitanism*, in *Journal of Political Philosophy* 5, 1997, p. 1 e ss.
- A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, nota a Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2239 e ss.
- A. OLLERO, *Il rispetto per la dignità umana. Una prospettiva biogiuridica*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 221 e ss.
- F. ONIDA, *Il principio di laicità*, in R. BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli, 2006
- E. OPOCHER, voce *Valore (filosofia)*, in *Enc. del dir.*, XLVI, Milano, 1993
- E. ORRÙ, *La Corte penale internazionale tra etica, politica e diritto*, in *Ragion Pratica*, 2006, vol. 26, p. 515 e ss.

- T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida al dir.*, 2006, Dossier n. 1, p. 32 e ss.
- T. PADOVANI, nota a Corte cost., 30 novembre 1988, n. 364, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449 e ss.
- F. PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 367 e ss.
- P. PALERMO, *Tortura e trattamenti inumani e degradanti in Italia: tra convenzioni internazionali e deficit legislativi*, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1185 e ss.
- C.E. PALIERO, *La maschera e il volto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 515 e ss.
- M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2002, p. 151 e ss.
- W.A. PARENT, *Constitutional Values and Human Dignity*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1992, p. 56 e ss.
- B. PASCAL, *Pensées* (1669), *Pensieri*, trad. it. a cura di P. SERINI, Torino, 1974
- T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009
- M. PAVARINI, *La Corte costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, nota a Corte cost., 14 maggio 1974, n. 264, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 262 e ss.
- L.J. PEACH, *Feminist Cautions About Casuistry*, in *Policy Studies*, 1994, vol. 57, p. 143 e ss.
- E.D. PELLEGRINO, *The Lived Experience of Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, p. 518 e ss.
- L. PEPI, *La dignità dell'uomo nell'ebraismo*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, p. 61 e ss.
- C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Parigi, 1958, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. a cura di C. SCHICK-M. MAYER-E. BARASSI, Torino, 1995

- M. PERLISSERO, *Osservazioni critiche sulle legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 960 e ss. e p. 1197 e ss.
- G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discorso sulla dignità dell'uomo*, a cura di F. BAUSI, Parma, 2003
- S. PINKER, *The Stupidity of Dignity*, in *The New Republic*, May 28, 2008
- G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010
- G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali : una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, vol. 28, 2007, p. 219 e ss.
- G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, XXXIX, 2, 2008, p. 287 e ss., consultabile anche online in <http://www.unipa.it/gpino/Pino,%20Discorso%20razzista.pdf>
- V. PISANITY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 1998
- A. PLEBE, *Breve storia della retorica antica*, Roma-Bari, 1988
- J. POLE, *Freedom of Speech: From Privilege to Right*, in R. COHEN-ALMAGOR (ed.), *Challenges to Democracy: Essays in Honour and Memory of Isaiah Berlin*, London: Ashgate, 2000
- G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999
- G. PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati uniti e il «right to die»*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 72 e ss.
- K. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 2009
- K. POPPER, *La società aperta e i suoi limiti*, Roma, 2002
- R.C. POST, *Reconciling Theory and doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88, *California LR*, 2000, p. 2355 e ss.
- R.C. POST, *Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment*, 76, *Cal. L. Rev.*, 1988, p. 297 e ss.
- R.C. POST, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and Constitution*, 74 *Cal. L. Rev.*, 691, 1986, p. 707 e ss.

- D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 55 e ss.
- D. PULITANÒ, nota a Corte cost., 30 novembre 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 e ss.
- D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 500
- T.E. QUILL, *Death and Dignity: A Case of Individualized Decision Making*, in *New England Journal of Medicine*, 324, 1991, p. 691 e ss.
- J. RACHELS, *Created from Animals. Moral Implications of Darwinism*, Chicago: University of Chicago Press, *Creati dagli animali. Implicazioni morali del darwinismo*, trad. it. a cura di P. CAVALIERI, Milano, 1996
- G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in E. WOLF-H.P. SCHNEIDER (a cura di), *Rechtphilosophie*, Stuttgart, 1973, p. 339 e ss.
- M.J. RADIN, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death*, in *Southern California Law Review* 53, 1980, p. 1143 e ss.
- P. RAMSEY, *The Indignity of 'Death with Dignity'*, in *Hastings Center Studies*, 2, 2, 1974, p. 47 e ss.
- J.H. RANDALL, Jr. *The Making of the Modern Mind*, Boston: Houghton Mifflin, 1940
- J. RAWLS, *Justice as Fairness: a Restatement*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, ed. it. a cura di S. VECA, Milano, 2002
- J. RAZ, *Autonomy, Toleration and the Harm Principle*, in R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 413 e ss.
- L. RE, *Le carceri europee: sovraffollamento e detenzione dei migranti*, in <http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/migrant/re.htm>
- L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2006
- O. REBOUL, *La retorica*, Milano, 2004

- M. REICHLIN, *Dignità umana: ragioni di un paradigma morale*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 143 e ss.
- J.D. RENDTORFF-P. KEMP (eds.), *Basic ethical principles in European Bioethics and Biolaw*, vol. I, *Autonomy, dignity, integrity and vulnerability*, Centre for Ethics and Law: Copenhagen, Institut Borja de Bioetica: Barcelona, 2000
- C.M. RENZETTI, *One strike and you're out. Implications of a federal crime control policy for battered women*, in *Violence Against Women*, 7, p. 685 e ss.
- A. REPOSO, *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Torino, 2000
- P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Bioetica e tutela della persona. Atti del Convegno internazionale (Roma, 4-5 dicembre 1998)*, Roma, 2000
- G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 824 e ss.
- D.A.J. RICHARDS, *Liberty, Dignity, and Justification*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 73 e ss.
- D.A.J. RICHARDS, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 *U. Pa. L. Rev.*, 45, 1974
- S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006
- S. RIONDATO-R. GUERRINI-L. MAZZA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 2004
- M. RIPOLI, *Carcere, risocializzazione, diritti*, Torino, 2006
- M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo. Garaudy preso sul serio*, in *Ragion pratica*, 1999, p. 71 e ss.
- L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008
- J.M. RIST, *Human Value: A Study in Ancient Philosophical Texts*, Leiden: E.J. Brill, 1982
- J. ROBERT, *The Principle of Human Dignity*, in *The principle of respect for human dignity : proceedings of the UniDem Seminar organised in*

- Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 43 e ss.
- C.R. ROECKS, *Extradition, Human Rights, and the Death Penalty: when Nations Must Refuse to Extradite a Person Charged with a Capital Crime*, in *Cal. W. Int'l L. J.*, 1994, v. 25, p. 189 e ss.
 - H. ROLSTON, *Human Uniqueness and Human Dignity*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, p. 129 e ss.
 - M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984 e ss.
 - M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 e ss.
 - M. ROSENFELD, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis*, in *Cardozo Law Review*, vol. 24, 2003, p. 1523 e ss.
 - M.A. RUFFO, *Diritto penale amministrativo*, Padova, 2004
 - G. RUSSO, *Postfazione: Ernst Bloch filosofo del diritto*, in E. BLOCH, *Naturecht und menschliche Würde*, Frankfurt a.M., 1961, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it. a cura di G. RUSSO, Torino, 2005, p. 301 e ss.
 - C. SAFRAI, *Human Dignity in a Rabbinical Perspective*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 99 e ss.
 - V. SANTORO, *Abitualità degli atti lesivi e dolo generico rappresentano il discrimine tra le fattispecie*, nota a Cass., 17 settembre 2008, n. 44516, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 8, p. 67 e ss.
 - E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004
 - A. SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 66 e ss.
 - A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006
 - A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997

- T. SCANLON, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, 40 *U Pitt L Rev*, 1979, p. 519 e ss.
- T. SCANLON, *A Theory of Free Expression*, 1 (2) *Phil & Pub Aff*, 1972, p. 204 e ss.
- A. SCHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001
- O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *The American Journal of International Law*, 1983, 77, p. 853
- F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 49 e ss
- F. SCHAUER, *The Exceptional First Amendment*, in M. IGNATIEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005
- F. SCHAUER, *Speaking of Dignity*, in M.J. MEYER-W.A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values*, Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 178 e ss.
- F. SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 7-8, 1982
- E. SCHOCKENHOFF, *Comprendere la dignità umana*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, p. 41 e ss.
- F. SCHOEMAN (ed.), *Responsibility, Character, and the Emotions: New Essays in Moral Psychology*, Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1987, p. 179 e ss.
- D. SHULTZINER, *Human dignity – functions and meanings*, in *Global Jurist Topics* 3, 2003, p. 1 e ss.
- D. SHULTZINER, *Human Dignity: Functions and Meanings*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 79 e ss.

- L. SEBASTIANI, *La dignità della persona nella tradizione cristiana*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 183 e ss.
- K. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 2004, *Filosofia del diritto*, trad. it. a cura di G. STELLA, Napoli, 2006
- S. SEERETHAM, *Alcune considerazioni critiche sul concetto di dignità umana da una prospettiva induista*, in E. FURLAN (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009, p. 277 e ss.
- A. SEN, *Identità e violenza*, Roma-Bari, 2006
- R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna, 2004
- D. SHEFOLD, *La dignità umana. Aspetti e problemi della giurisprudenza costituzionale tedesca*, in F. CERRONE-M. VOLPI (a cura di), *Sergio P. Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, p. 607 e ss.
- J.G. SHERMAN, *Love Speech: The Social Utility of Pornography*, 47 *Stan. L. Rev.*, 1995, p. 661 e ss.
- D. SHULTZINER, *Human dignity – functions and meanings*, in *Global Jurist Topics* 3 (2003): 1-21, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 77 e s.
- G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009
- J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, USA: Oxford University Press, 2007, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it. a cura di A. DE GIORGI, Milano, 2008
- P. SINGER, *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals*, New York: Random House, 1975, *Liberazione animale*, trad. it. a cura di E. FERRARI, Milano, 1991
- A. SOLŽENICYN, *Arcipelago Gulag*, Milano, 2001
- C. SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007

- R. SPAEMAN, *Persone. Sulla differenza tra «qualcosa» e «qualcuno»*, Roma-Bari, 2005
- D. STATMAN, *Humiliation, Dignity and Self-Respect*, in D. KRETZMER-E. KLEIN (eds), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, The Hague: Kluwer Law International, 2002
- C.L. STEVENSON, *Etica e linguaggio*, trad. it. a cura di S. CECCATO, Milano, 1962
- L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. Dir.*, 1994, p. 14 e ss.
- E. STRADELLA, *Hate Speech in the Background of the Security Dilemma*, in www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No01/PDF_Vol_09_No_01_59-88_Articles_Stradella.pdf
- D.P. SULMASY, *Human Dignity and Human Worth*, in J. MALPAS-N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, p. 12 e ss.
- A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai Sur la Fonction Anthropologique di Droit*, Paris, Le Seuil, 2005
- A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005
- T. TODOROV, *Nous et le autres*, Paris, 1989, p. 92, *Noi e gli altri*, trad. it., Torino, 1996
- S. TOULMIN, *The Recovery of Practical Philosophy*, in *The American Scholar*, 1988, 57, p. 337 e ss.
- S. TOULMIN, *How Medicine Saved the Life of Ethics*, in *Perspectives in Biology and Medicine*, 1982, 25, p. 736 e ss.
- S. TOULMIN, *The Tyranny of Principles*, in *Hastings Center Report*, 1981, 11, p. 31 e ss.
- C.H. TRINKAUS, *In Our Image and Likeness. Humanity and Divinity in Italian Humanist Thought*, Chicago-London: The University of Chicago Press, 1970
- F. TRIONE, *Divieto e crimine di tortura nella giurisprudenza internazionale*, Napoli, 2006
- M. TROPER, *La legge Gayssot e la Costituzione*, in *Ragion pratica*, 8, 1997, p. 189 e ss.

- S. TZITZIS, *De la valeur de l'autre à l'autre comme Valeur*, in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Parra*, 2009, p. 516 e ss.
- S. TZITZIS, *Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2009, p. 202 e ss.
- S. TZITZIS, *Meurtre d'enfant. De l'appropriation à la destruction*, in *Revue pénitentiaire*, 2009, n. 1, p. 239 e ss.
- S. TZITZIS, *La dignité dans la Déclaration universelle des droits de l'homme à la lumière de l'égalité et de la liberté*, in *Revue Aspects, Hors série*, 2008, p. 17 e ss.
- S. TZITZIS, *Droits de l'homme et droits culturels historiques*, in *Annuaire International des Droits de l'Homme*, 2008, vol. III, p. 71 e ss.
- S. TZITZIS, *Stigmates du corps et dignité personnelle*, in *Revue Hellénique des Droits de l'Homme*, 2004, n. 21, p. 57 e ss.
- S. TZITZIS, *Corps meurtri, dignité blessée*, in *Riv. int. fil. del dir.*, 2002, p. 565 e ss.
- F. TUROLDO, *La globalizzazione della bioetica. Un commento alla Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'UNESCO*, Padova, 2007
- D. VAN ZYL SMIT, *Taking life imprisonment seriously in national and international law*, The Hague, New York: Kluwer Law International, 2002
- A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Milano, 2002
- P. VIDAL-NAQUET, *Les assassins de la mémoire*, Paris, 1987
- U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009
- S. VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Padova, 2008
- F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI-D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, Roma, 2008, p. 102 e ss.
- F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999
- C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008

- C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in tema di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 217 e ss.
- M. VITIELLO, *Three Strikes: Can We Return to Ratioality?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, p. 395 e ss.
- M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, nota a BVerf 13 aprile 1994, in lingua italiana in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3382 e ss.
- F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, saggio in calce a C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte, La tirannia dei valori*, trad. it. a cura di G. GURISATTI, Milano, 2008, p. 80 e ss.
- P. WACHSMANN, *Libertà d'espressione e negazionismo*, in *Ragion pratica*, 1999, p. 57 e ss.
- J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley*, in <http://ssrn.com/abstract=1461220>
- J. WALDRON, *Dignity and Rank. In memory of Gregory Vlastos (1907-1991)*, in <http://cat.inist.fr/?aModele=afficheN&cpsidt=20108043>
- J. WALDRON, *Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: The Words Themselves*, in <http://ssrn.com/abstract=1278604>
- N. WALKER, *Punishment, Ranger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*, New Jersey: Barnes and Noble Books, 1980
- C. WALTER, *Human Dignity in German Constitutional Law*, in *The principle of respect for human dignity : proceedings of the UniDem Seminar organised in Montpellier (France) from 2 to 6 July 1998*, Strasbourg: Council of Europe Press, 1999, p. 24 e ss.
- M. WALZER, *On Toleration*, New Haven: Yale University Press, 1997
- M.E. WHEELER, *Toward a Theory of Limited Punishment II: The Eight Amendment after Furman*, in *Stanford Law Review* 25, 1972, p. 62 e ss.
- J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2003

- J.Q. WHITMAN, *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, 107 *Yale L. J.* 1055, 1998, p. 1060 e ss.
- L. WILLIAMS, *Hard Core: Power, Pleasure and the "Frenzy of the Visible"*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, CA: Expanded Paperback Edition, 1999
- J.Q. WILSON-G.L. KELLING, *Broken Windows*, in *Atlantic Monthly*, Mar. 1982
- L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, trad. inglese a cura di G.E.M. Anscombe, III ed., Oxford: Blackwell, 2001
- H. WU *Controrivoluzionario, i miei anni nei Gulag Cinesi*, Milano, 2008
- Z. XIANLIANG, *Zuppa d'erba*, Milano, 1996
- W. XIAOLING, *L'allodola e il drago - Sopravvissuta nei gulag della Cina*, Milano, 1993
- J. YORKE, *The evolving Human Right Discourse of the Council of Europe: Renouncing the Sovereign Right of the Death Penalty*, in ID. (ed.), *Against the Death Penalty: International Initiatives and Implications*, Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 2008
- G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti giustizia*, Torino, 1992
- M. ZAMPONI, *Breve storia del Sudafrica. Dalla segregazione alla democrazia*, Roma, 2009
- R.M. ZANER, *Voices and Time: The Venture of Clinical Ethics*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1993, 18, p. 9 e ss.
- M.J. ZIMMERMAN, *Intrinsic vs. Extrinsic Value*, in <http://plato.stanford.edu/entries/value-intrinsic-extrinsic> (pubblicato il 22 ottobre 2002 e riedito con revisioni sostanziali il 17 dicembre 2010)
- F.E. ZIMRING-G. HAWKINS-S. KAMIN, *Punishment And Democracy. Three Strikes And You're Out In California*, USA: Oxford University Press, 2001