

LA TUTELA DELLA PERSONA UMANA: DIGNITÀ, SALUTE, SCELTE DI LIBERTÀ (*)

di Francesco Palazzo

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Crescita quantitativa delle fattispecie a tutela della persona e riserva di codice. – 3. Tutela della persona e giurisprudenza. – 4. Tutela della persona e scriminanti. – 5. Le direttrici valoriali di sviluppo della tutela della persona: l'autodeterminazione. – 6. *Segue*: la dignità. – 7. Contraddizioni del presente.

1. Considerazioni preliminari.

Il tema della tutela della persona umana è uno dei luoghi più affascinanti dell'universo giuridico. Qui, infatti, il giurista si fa necessariamente filosofo e sociologo all'entusiasmante ricerca di ciò che contrassegna l'essere umano nella sua essenzialità esistenziale e nelle sue mutevoli e plurime relazioni sociali e comunitarie. E, per contro, il filosofo e il sociologo si fanno necessariamente giuristi, dovendo praticare quell'arte propriamente giuridica che è la ricerca del bilanciamento tra interessi e valori, dovendo risolvere conflitti alla ricerca di un equilibrio che consenta di non perdere la persona umana in totalitarismi o assolutizzazioni ideologici prima ancora che politici.

Questo tema, in secondo luogo, è affascinante perché è lo specchio in cui si riflettono – quasi ingigantite – in modo particolarmente nitido le caratteristiche di fondo dei tempi nostri. Caratteristiche che, in grandissima ed estrema sintesi, vedrei essenzialmente in due aspetti ormai ricorrenti nei nostri discorsi sulla società postmoderna. Da un lato, v'è l'evidenza della *accelerazione* delle trasformazioni subite dai fenomeni sociali non solo sul piano – del tutto scontato – della scoperta scientifica e dell'innovazione tecnologica, ma anche su quello dei giudizi socio-valoriali correnti nel magma sociale. Dall'altro lato, e forse anche come conseguenza della caratteristica ora segnalata, sottolineerei la presenza di forti e numerose *contraddizioni* che si aprono nel tessuto sociale e dunque anche nell'assetto di tutela della persona umana.

La dimostrazione di quanto or ora indicato non può che essere molto sintetica e rapsodica.

(*) Testo della *lectio magistralis* pronunciata al Convegno recante lo stesso titolo e svoltosi presso l'Università di Pisa il 12 ottobre 2018.

2. Crescita quantitativa delle fattispecie a tutela della persona e riserva di codice.

L'*accelerazione* dei tempi si coglie piuttosto agevolmente nella rapidità delle trasformazioni che la tutela penale della persona umana registra sia sul piano *quantitativo* che su quello *qualitativo*.

Sul piano quantitativo, a me pare davvero impressionante l'incremento che si è avuto di nuove fattispecie legislative a tutela della persona. A partire dalla fine del secolo scorso ma soprattutto negli ultimi quindici anni, sono decine le nuove figure criminose che hanno visto la luce. Non posso certo farne un elenco analitico né esauriente, ma per dare almeno un'idea di ciò di cui stiamo parlando ricorderò almeno quelle che più immediatamente vengono alla mente. E così abbiamo avuto le nuove fattispecie delle mutilazioni genitali femminili, di antidoping, di omicidio e lesioni stradali, di interruzione dolosa e colposa della gravidanza, di schiavitù e tratta, di prostituzione e pornografia minorile, di accattonaggio, di traffico illecito di organi, di sfruttamento del lavoro e di caporalato, di *stalking*, di atti discriminatori e negazionismo, di tortura, di tutela della riservatezza e dell'immagine. E probabilmente l'elenco potrebbe continuare ancora non poco.

Senza entrare nel dettaglio di questo vero e proprio universo normativo, è possibile però coglierne alcuni caratteri fondamentali, forse un po' estrinseci ma non per questo poco significativi. Ecco allora, in primo luogo, che la recente evoluzione legislativa della tutela della persona umana, già solo sotto il profilo quantitativo, rappresenta un'evidente smentita della teoria delle cosiddette "costanti criminologiche", che in verità dovrebbe trovare il suo precipuo campo d'elezione proprio nella materia della tutela della persona. Lungi, quest'ultima, dal rimanere sempre tendenzialmente identica a sé stessa, il recente ed accelerato sviluppo legislativo della materia dimostra come nessun altro settore della parte speciale del diritto penale si sia vorticosamente trasformato come appunto quello della persona umana.

L'altro aspetto, poi, da mettere in luce è il fatto che l'alluvionale produzione legislativa a tutela della persona è avvenuta all'*interno del codice*, contrapponendosi pertanto a quella tendenza alla "decodificazione" che per tanti anni avevamo stigmatizzato. Questa tendenza centripeta verso il codice è venuta recentemente accentuandosi con il d.lgs. 21 del 2018 col quale è stata attuata la cosiddetta riserva di codice prevista dalla delega contenuta nella legge 103 del 2017. Con la conseguenza che attualmente sono davvero poche le fattispecie a tutela della persona che, con non poche buone ragioni, sono rimaste fuori dal codice: le norme in materia di prostituzione, di procreazione medicalmente assistita e parte della disciplina della interruzione della gravidanza.

La tendenza centripeta di cui s'è detto, al di là dell'impatto esercitato dalla riserva di codice, è abbastanza facilmente comprensibile sol che si faccia mente locale sulla riconquistata "centralità" della persona e della sua tutela nelle tendenze evolutive dell'attuale diritto penale: del tutto naturale, in effetti, che a questa "centralità ideologica" della persona corrisponda anche la sua "centralità topografica" nel codice, in sostanziale e formale attuazione del principio personalistico. Ciò, però, non deve far

dimenticare l'esistenza massiccia di un contrapposto e vistoso fenomeno che è quello della decodificazione per così dire dall'interno dello stesso codice. Insomma, nonostante la sede topografica codicistica, le caratteristiche dell'attuale legislazione anche in materia di persona è quanto di più "anticodicistico" si possa immaginare. In effetti, le nuove costellazioni normative a tutela della persona tendono a porsi come *microsistemi differenziati* dalla disciplina generale codicistica: ad esempio, all'ingresso di nuove incriminazioni codicistiche fa tuttavia da *pendant* la previsione di discipline differenziate e relativamente autonome quanto, ad esempio, all'apparato sanzionatorio, alle circostanze e alla loro disciplina, alla prescrizione ecc. Si veda, a titolo di esempio e con riferimento proprio alla tutela della persona, il complesso ed articolato microsistema costituito dai delitti sessuali. È chiaro, infine, che questa tendenza alla "frantumazione" dall'interno del codice viene accentuata dal principio della riserva di codice, che spinge in esso campi di materia originariamente soggetti a discipline differenziate.

3. Tutela della persona e giurisprudenza.

Come sempre, la portata reale, effettiva della tutela non dipende solo dalle previsioni incriminatrici esistenti ma anche dall'applicazione-interpretazione che di esse fa la giurisprudenza. Così, ovviamente, anche per la tutela della persona umana. Ebbene, a me pare incontestabile che in quest'area la giurisprudenza inclini verso una tendenza fortemente espansiva della tutela della persona, specie in rapporto al versante della responsabilità *colposa*. Il fenomeno è particolarmente evidente negli ambiti della responsabilità per violazioni della sicurezza del lavoro, della responsabilità per reati stradali e, in una certa misura, anche per la responsabilità medica. È chiaro che ognuno di questi tre fondamentali settori, fondamentali anche proprio per l'effettività della tutela della persona, meriterebbe una trattazione autonoma ed analitica. Non potendo permetterci di procedere così, mi limiterò a manifestare niente più che talune mie personali "impressioni" in proposito, nel presupposto che il ruolo attribuitomi in questa sede mi consenta qualche libertà in più dell'usuale.

Ecco, a me pare che la tendenza giurisprudenziale segnalata nei tre settori di riferimento sia la conseguenza di un atteggiamento di "*precomprensione*" assunto dalla giurisprudenza proprio nei confronti del valore della persona in quei tre campi di attività fondamentali nell'attuale vita sociale. Più precisamente, quanto alla sicurezza e salute del lavoratore, si può forse ipotizzare che qui venga in gioco – sullo sfondo – un valore sovrastante la stessa vita e incolumità e dotato di una sua forte vocazione "totalitaria": ciò che pare spinga verso una tutela in qualche modo "incondizionata" è il valore della *dignità* che è sempre messo in gioco nel rapporto di lavoro subordinato e che tende a sottrarsi ad ogni possibile bilanciamento con confliggenti interessi economico-produttivi attinenti all'impresa. Quanto, poi, alla materia stradale e medica, il discorso sulla inconsapevole precomprensione che spinge la giurisprudenza alla dilatazione della tutela, si fa ancor più sottile e ipotetico. A me pare che qui la

giurisprudenza risenta di un orientamento socio-culturale molto diffuso, che potremmo sintetizzare in una sorta di *rifiuto del rischio* connesso a quelle attività. La circolazione stradale è troppo diffusa e compenetrata con la nostra vita quotidiana perché si possa ammettere a cuor leggero l'insistenza in essa della morte; l'attività medico-sanitaria è per sua natura destinata a preservare la vita perché si possa rassegnarsi all'idea che anch'essa condivide l'immanenza della (possibile) morte. Questo tacito, subconscio ma potente rifiuto della morte come connotato probabilistico immanente a quelle attività cui così tanto si confida, spinge ad una dilatazione dei confini della responsabilità colposa perché è ovvio che, dove c'è responsabilità, là ci sono fattori anomali di rischio che non avrebbero dovuto esserci, c'è insomma un rischio aggiuntivo che in quanto tale consente di non smarrire la nostra fiducia in quelle attività pericolose. In definitiva, l'allargamento della responsabilità colposa in campo stradale e medico trasmette, in fondo, un messaggio rassicurante al comune sentire sociale.

Lo strumento tecnico, per così dire, di cui si avvale la giurisprudenza per raggiungere questi risultati di dilatazione della responsabilità colposa e, dunque, di potenziamento della tutela della persona, è abbastanza noto. Si tratta di tre campi, sicurezza del lavoro, circolazione stradale e – in buona parte – anche attività medica, che dovrebbero essere il regno della colpa specifica, soprattutto oggi. Ma, come è ben noto, uno degli snodi di maggiore “flessibilità” – diciamo così – della colpa è quello del rapporto tra colpa specifica e colpa generica. Ebbene, la giurisprudenza tende a ritagliare sempre uno spazio ampio e vitalissimo alla colpa generica cosiddetta residua anche laddove si tratti di attività minuziosamente disciplinate, alcune – come il lavoro – con una tendenziale pretesa di esaustività. Ebbene, il costante riaffiorare della colpa generica consente alla giurisprudenza di abbandonare la soglia oggettivamente predefinita del rischio consentito incarnato nella regola cautelare scritta, per innalzarla invece sempre più verso l'alto attraverso lo strumento dell’“agente modello” proprio della colpa generica.

A questo punto vale la pena segnalare un fenomeno legislativo che mi pare di grande significato. Proprio in quei tre campi di materia che abbiamo visto, sicurezza del lavoro, circolazione stradale e attività medica, il legislatore è intervenuto ripetutamente per *differenziare* la tutela. E così, dato atto che la sicurezza del lavoro e la circolazione stradale vantano una tradizione abbastanza risalente nel segno del rafforzamento della tutela, la circolazione stradale ha registrato recentemente una straordinaria impennata della tutela con le nuove fattispecie dell'omicidio e delle lesioni stradali, mentre la responsabilità medica ha registrato un ripetuto tentativo di limitazione della tutela prima col decreto Balduzzi e poi con la riforma Gelli-Bianco. Cosa rivela questo processo di differenziazione? Sembra abbastanza chiaro che l'asse della tutela non è più costituito (solamente) dal risultato offensivo naturalistico della morte/lesioni di fronte al quale l'esigenza di protezione in qualche modo si uniforma e si appiattisce in ragione dell'oggettiva distruzione o diminuzione del bene giuridico. Ciò che rileva è (anche) il tipo di attività di cui quel risultato – sempre identico a sé stesso – è conseguenza. Diventa, cioè, discriminante il contesto di attività in cui si svolge l'azione causalmente produttiva del risultato offensivo. In definitiva, la chiave

di volta della tutela della persona non è più il (dis-)valore personalistico incarnato dall'evento naturalistico, ma sono gli obiettivi e la rilevanza politico-sociali delle varie attività in cui quel valore personalistico è messo a repentaglio: una visione meno "naturalistica" e più teleologico-funzionale, che giustifica dunque un innalzamento o anche una riduzione della tutela, come appunto avviene puntualmente in campo medico. La differenziazione della tutela a seconda della tipologia di attività imporrebbe, naturalmente, un onere di particolare ponderazione e giustificazione a carico del legislatore nel valutare la ragionevolezza della diversità di trattamento.

4. Tutela della persona e scriminanti.

I reali confini della tutela della persona dipendono, com'è scontato, anche dall'ampiezza delle scriminanti, che possono sottrarre più o meno spazio all'effettività della tutela. Secondo il ben noto meccanismo, quanto più si allarga la portata delle scriminanti, tanto più si riduce il campo di reale tutela della persona. Anche questo tema meriterebbe un approfondimento analitico impossibile in questa sede, nella quale dunque mi limiterò a qualche notazione essenzialissima.

Spesso il risultato finale del gioco tra incriminazione e scriminante non è una conseguenza diretta di valutazioni attinenti ai confini della tutela della persona, alla meritevolezza di pena di profili personalistici, ma può dipendere in parte prevalente dalla considerazione degli interessi che stanno dietro la norma di giustificazione. Col che si evidenzia tutta la delicatezza del ruolo svolto dalle scriminanti: esse danno corpo ad un bilanciamento di beni e valori, che – di nuovo – non può sfuggire ad un giudizio costituzionale in termini di ragionevolezza: soprattutto quando uno dei beni o valori è quell'insieme espresso dalla *persona umana*.

Quasi esemplificativamente dirò che il valore personalistico dell'*onore* e della *reputazione* sembra essere ormai recessivo di fronte all'invasione del diritto di manifestazione del pensiero e specialmente di informazione e critica politica. È stata soprattutto la Corte europea dei diritti dell'uomo ad aver esaltato la capacità espansiva di quel diritto in ragione dell'efficacia strumentale che la stampa latamente intesa è in grado di assumere nei confronti dei valori fondanti democratici, quale appunto "cane da guardia" della democrazia. Per contro, e sempre a mo' di esempio, il valore della libertà personale sembra oggi trionfante rispetto alle esigenze appagate dalla custodia cautelare, il cui perimetro applicativo ha in effetti subito un processo di progressiva riduzione anche per opera della Corte costituzionale. Deve peraltro essere sottolineato che questa riaffermazione della libertà personale sulla custodia cautelare non sembra derivare tanto dalla maggior tutela di cui si reputa degno quel valore personalistico, quanto piuttosto dalla necessità di ridurre anche per questa via il ricorso alla carcerazione e dunque il sovraffollamento carcerario.

I due esempi mostrano abbastanza chiaramente quanto notavamo dianzi. E cioè che l'ampiezza della tutela della persona risultante dal gioco delle scriminanti spesso è il risultato della considerazione di interessi che non molto hanno a che fare con la meritevolezza dei valori personalistici in gioco: così l'onore e la reputazione

retrocedono non perché abbiano perso di intrinseca significatività ma perché le nostre democrazie si nutrono di informazione; così le minori restrizioni alla libertà personale non derivano tanto dal valore intrinseco di questo bene quanto piuttosto da esigenze tutt'affatto diverse come sono quelle legate alla capienza carceraria.

È invece la scriminante della *legittima difesa* che più vistosamente mette direttamente a confronto esigenze e valori personalistici, come sono quelli dei due soggetti che si fronteggiano nell'aggressione ingiusta. E quasi paradossalmente è proprio questa la scriminante che mette più a rischio la tutela dovuta alla persona. La premessa da cui prendere le mosse è che la vera svolta della recente revisione della legittima difesa, in rapporto alla cosiddetta difesa domiciliare, è l'abbandono non tanto della proporzione quanto della necessità difensiva: a parte il fatto che la proporzione può sempre essere ricavata interpretativamente dal requisito della necessità difensiva, come mostra la giurisprudenza italiana del dopo riforma 2005 e, soprattutto, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale avutasi in Germania (ove non è previsto il requisito della proporzione). A me interessa in questa sede soffermarmi brevemente sul significato che l'abbandono della necessità difensiva ha nei confronti della posizione dell'*agredito* più che dell'aggressore. Nei confronti di quest'ultimo è, infatti, fin troppo ovvio che l'eliminazione dei requisiti della proporzione e della necessità difensiva comporta uno sbilanciamento sfavorevole nella tutela dei suoi beni personali della vita e dell'incolumità.

La rinuncia al requisito della necessità difensiva può trovare un suo fondamento in una concezione della legittima difesa quale espressione di un incondizionato diritto soggettivo all'autodifesa, a sua volta fondato sul riconoscimento di un istinto di reazione prima ancora che di conservazione di fronte alle altrui aggressioni ingiuste: quasi un sentimento, o risentimento, di "giustizia" la cui esplosione istintuale è innescata dall'altrui comportamento ingiusto. In questa visione c'è un fondo di personalismo, seppure di natura molto primitiva e quasi brutale nel suo disconoscere che l'esercizio della forza contro i comportamenti anti giuridici è, negli ordinamenti civili, appannaggio esclusivo dello Stato, e solo in caso di *necessità* – d'impossibilità altrimenti – può essere legittima la difesa. Ma, dietro la rinuncia alla necessità difensiva, trapela anche un'altra motivazione: essa può rivelare, infatti, una visione della legittima difesa quale immediata e sicura *sanzione punitiva* nei confronti di chi si è messo dalla parte del torto e così facendo si è per ciò solo accollato il rischio di andare incontro alla reazione difensiva. Sotto questo profilo, dunque, la legittima difesa diventa uno strumento di dissuasione nei confronti dei potenziali aggressori, più efficace della stessa pena in quanto rimessa alla reazione immediata e senza limiti dell'agredito invece che all'incerto apparato giudiziario. In una parola, l'agredito, in quanto legittimato ad una difesa anche senza necessità, diventa uno strumento della sicurezza e dell'ordine pubblico: a questo punto, però, non c'è più niente di personalistico, ma tutto al contrario è lo Stato che strumentalizza la persona dell'agredito per meglio garantire quell'ordine e sicurezza che esso non è in grado di assicurare. C'è un chiaro sfondo autoritario e antipersonalistico nella decisione dell'ordinamento di fomentare la reazione privata anche in assenza di necessità

difensiva: una visione, insomma, in cui aggressore ed aggredito finiscono per essere equiparati e sacrificati in nome delle esigenze di sicurezza ad ogni costo.

5. Le direttrici valoriali di sviluppo della tutela della persona: l'autodeterminazione.

Le trasformazioni che si sono verificate nella tutela penale della persona non sono state solo di ordine quantitativo. Molto è cambiato anche dal punto di vista qualitativo. Indubbiamente, il diritto penale ha risentito di riflesso del grande processo di sviluppo dei diritti della personalità, avvenuto principalmente sul terreno civilistico: qui la proliferazione dei vari aspetti della personalità assurti via via a diritti soggettivi si è accompagnata a quel processo di valorizzazione sempre più intensa che ha fatto parlare addirittura di "arroganza" dei diritti. Ma lo sviluppo della tutela della persona è avvenuta forse prevalentemente sul terreno propriamente penalistico, seguendo alcune traiettorie fondamentali cui ora vorrei rapidamente accennare. In estrema sintesi, direi che la tutela penale della persona si è sviluppata allontanandosi sempre più della dimensione prevalentemente fisica, corporea e anche psicologica della persona per privilegiare invece altre due direttrici di tutela. E cioè, più precisamente, quella della libertà di autodeterminazione della persona e quella della dignità dell'essere umano.

Ora, mentre la linea di tutela imperniata sulla libertà di autodeterminazione mantiene pur sempre un ancoraggio alla persona determinata, si direbbe in carne ed ossa, la seconda linea di tutela tende a sfuggire sul piano dei valori culturali tutelati in sé e per sé, indipendentemente dalla loro titolarità da parte di una persona determinata. E ciò per il diritto penale significa molto, com'è chiaro. Nella misura in cui ci si allontana dall'ancoraggio alla persona determinata, il contenuto offensivo dei reati tende a perdere di materialità e ad acquistare una consistenza prevalentemente "ideologica", con evidenti ricadute sulla struttura delle fattispecie e sul loro accertamento processuale. D'altra parte, questo processo di smaterializzazione della tutela penale della persona non può essere arrestato, poiché esso sembra essere il frutto inevitabile e positivo dello stesso processo di civilizzazione dell'umanità e del vistoso miglioramento delle condizioni di vita che si è avuto nell'Occidente soprattutto dal secondo dopoguerra. È dunque naturale che anche nel diritto penale, nonostante il suo carattere "estremo" e ancorato alle condizioni esistenziali minime della persona, faccia il suo ingresso un'idea di persona più completa in quanto dotata di componenti ideali sentite ormai come non meno decisive di quelle fisiche e corporee.

Senonché, questo inarrestabile processo di sviluppo lungo le due direttrici dell'autodeterminazione e della dignità non manca, com'è facilmente intuibile, di suscitare problemi di non poco momento nel sistema penale della tutela della persona.

Quanto alla *libertà di autodeterminazione*, il discorso è relativamente semplice quando essa viene assunta ad oggetto di tutela in sé e per sé, mentre si fa arduo in tutte le aree in cui essa viene a contatto e spesso in conflitto con altri beni antagonisti. Nel primo senso, la libertà di autodeterminazione è ad esempio all'origine del nuovo assetto dei delitti di violenza sessuale, avendone determinato non solo la nuova

collocazione tra i delitti contro la libertà ma anche la loro strutturazione intorno al polo unitario dell'“atto sessuale” che in effetti ha perduto oggi ogni ruolo di differenziazione dell'aggressione a seguito dell'assorbente valorizzazione dell'unitaria offesa alla libertà di autodeterminazione sessuale. Quest'ultima, inoltre, è in fondo all'origine anche dell'opposto processo di svalorizzazione delle modalità coercitive (violenza e minaccia) una volta che il fuoco offensivo del reato venga a concentrarsi – nelle tendenze giurisprudenziali e negli auspici di riforma – nel mero dissenso della vittima.

Nel secondo senso, cioè quello in cui la libertà di autodeterminazione si pone in contrapposizione con altri beni pure personalistici, il discorso si complica in quanto quella libertà ha una sua vocazione in qualche modo “totalitaria”, nel senso che essa ha la tendenza a imporsi come una libertà per così dire “vuota di fini”, che aspira ad affermarsi proprio in quanto autodeterminazione indipendentemente dai contenuti oggetto della volontà individuale. Per meglio orientarci, è utile distinguere a seconda che la libertà di autodeterminazione si scontri con soggetti *diversi* da quello che intende autodeterminarsi ovvero manifesti la sua volontà di potenza all'interno della sfera dello *stesso* soggetto autodeterminantesi.

Quando la libertà di autodeterminazione incontra altri soggetti portatori di interessi o valori antagonisti, come potrebbero essere il nascituro o l'embrione, si entra necessariamente nel paradigma ben noto del bilanciamento, per la soluzione del quale il diritto penale ha a disposizione diverse tecniche normative: dall'impegnativa soluzione ottenuta mediante la diretta configurazione della fattispecie a quella più duttile della previsione di meccanismi procedurali obbligatori per la ponderazione caso per caso degli interessi in gioco. Ma, tralasciando di intrattenerci su questi aspetti di grande complessità anche tecnica, mi limiterò a segnalare come oggi la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza (IVG) e della procreazione medicalmente assistita (PMA) abbia conseguito un certo equilibrio tra loro, che prima invece mancava. Originariamente, era palese lo squilibrio tra una IVG sbilanciata sulla libertà di autodeterminazione e una PMA tutta concentrata invece sulla tutela dell'embrione, con gravi limitazioni alla libertà di autodeterminazione. Soprattutto a seguito dei numerosi e importanti interventi della Corte costituzionale in materia di PMA, la situazione si è senz'altro riequilibrata nella direzione di un più ampio riconoscimento della libertà di autodeterminazione.

Quando, invece, la libertà di autodeterminazione rimane all'interno dello stesso soggetto, paradossalmente le cose si complicano non poco. E ciò perché è qui che quella libertà mostra tutta la sua volontà di potenza e di espansione fino a diventare una volontà di autodistruzione. E qui si consuma una drammatica contraddizione dei tempi nostri: quel principio personalistico, di cui la libertà di autodeterminazione è suprema espressione, rischia di convertirsi in un nichilismo individualistico secondo il quale la persona – contraddittoriamente – si realizza compiutamente nell'estremo gesto del suo totale annientamento. È questa l'inquietante china che, principiando dal rifiuto delle cure vitali, scivola verso il suicidio e l'assistenza al suicidio per giungere infine all'eutanasia e finanche all'omicidio del consenziente. Una strada impervia perché, di fronte all'impossibilità (e forse anche all'immoralità) di riconoscere un incondizionato

valore alla libertà di autodeterminazione sconfinante nell'autoannientamento, il legislatore è costretto all'operazione delicatissima di differenziazione assiologica delle diverse situazioni in cui può maturare quella volontà di autodistruzione. Qual è, ad esempio, la differenza valoriale tra la volontà di interrompere le cure e il gesto suicidiario o addirittura la richiesta omicidiaria? Non c'è il rischio che quella suprema libertà di decidere della propria esistenza venga frantumata nella sua sostanziale unità e sovranità dall'operare distinzioni troppo legate al dato naturalistico, fenomenico delle condizioni in cui quella volontà si forma?

Gli interrogativi si pongono sotto la spinta della desolante estremizzazione di un valore di libertà che corona sé stesso nell'annientamento volontario del soggetto. Essi aleggiano nel dibattito attuale, sebbene siano forse lontani dal permeare prospettive di riforma della tutela della persona che certamente diventerebbero inquietanti. Ma, senza arrivare a tanto, c'è senz'altro una condizione esistenziale che impone fin da oggi una considerazione – anche legislativa – differenziata e privilegiata della libertà di autodeterminazione: questa condizione è quella della malattia, del dolore e della sofferenza. Una condizione che mette in gioco non già l'esclusiva volontà di autoannientamento come espressione massima di libertà, ma che piuttosto richiama in campo un valore primigenio e fondativo della stessa persona umana: la *dignità*. Dinanzi alla malattia, al dolore e alla sofferenza di una vita che perde i suoi caratteri di umanità, è la dignità a reclamare che la tutela della persona si realizzi con la libertà della rinuncia a vivere. E la dignità, questa sì costituisce un contenuto vero, certo e sommo del principio personalistico, a differenza della indifferenziata volontà di autoannientamento. E, senza voler far dire a Papa Francesco più di quanto volesse dire, meritano di essere ricordate le sue parole in proposito, come sempre rivoluzionarie: «... oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo ma talora non giovano al bene integrale della persona» (16 novembre 2017).

Ciò detto, va però anche fermamente sottolineato che, nel momento in cui la malattia entra quale condizione di riconoscimento della libertà di autodeterminazione a morire, sorge subito la necessità di un rigoroso e dettagliato disciplinamento delle condizioni e delle modalità di riconoscimento ed esercizio di quella libertà. Non foss'altro per definire e delimitare la nozione di malattia rilevante e per regolarne le modalità di accertamento. Una strada davvero difficile da percorrere da parte di un legislatore sempre restio ad addentrarsi in questo genere di decisioni tanto impegnative. La cosiddetta vicenda Cappato ha mostrato però che questo nodo cruciale della tutela penale della persona umana non può più essere rinviato: e questa consapevolezza la dobbiamo al coraggio e alla saggezza insieme della Corte costituzionale.

6. *Segue: la dignità.*

Le ultime mie considerazioni ci hanno così portato, quasi senza avvedersene, all'altro grande valore personalistico che costituisce la seconda direttrice di sviluppo

qualitativo della tutela della persona: e cioè al valore della *dignità* umana. L'irrompere di questo valore sulla scena della tutela penale della persona produce effetti larghi e assai significativi per l'evoluzione dello stesso diritto penale della postmodernità.

Intanto, è davvero sorprendente il numero di nuove fattispecie incriminatrici (o aggravanti) che sono ispirate alla tutela della dignità, anche se occorre distinguere il modo e il tipo di offesa alla dignità cui danno spazio le nuove figure criminose. E così, in una sorta di progressione ascendente, si possono individuare sostanzialmente tre diverse tipologie di fattispecie a tutela della dignità. In primo luogo, vengono in considerazione quelle in cui, ad un'offesa a bene tradizionali, *si aggiunge* una componente offensiva della dignità in ragione delle condizioni particolari in cui è consumata la prima offesa: così, per esempio, nella fattispecie delle mutilazioni genitali femminili o in quella di tortura (a prescindere dalla sua poco felice formulazione). In entrambe sulla base di un'offesa a beni fisici tradizionali s'innesta una ragione di incremento della responsabilità fondata sul disconoscimento o pregiudizio recato alla dignità della persona vittima del reato.

In secondo luogo, vengono in considerazione quei reati incentrati, invece, unicamente sull'offesa alla dignità della persona, ma di una persona *determinata* nella sua concreta esistenza individuale. È il caso ad esempio degli atti discriminatori, in cui l'offesa alla dignità si "materializza" per così dire in un (eventuale) risultato di turbamento psicologico del soggetto in carne ed ossa che subisce l'offesa.

Infine, v'è un numero crescente di fattispecie che non solo sono imperniate esclusivamente sull'offesa alla dignità, ma in cui quest'ultima è anche costruita come offesa alla dignità dell'*essere umano come tale*, prescindendo dunque dalla presenza di una persona fisica determinata destinataria dell'offesa. Vengono qui in gioco reati sostanzialmente privi di un contenuto offensivo a beni materiali ma che trovano il loro *ubi consistam* valoriale esclusivamente nella "negazione" ideale del valore culturale della dignità. Si pensi, ad esempio, ai reati di clonazione umana, di surrogazione della maternità, di traffico d'organi e anche di negazionismo.

Orbene, questo consistente filone evolutivo della tutela penale della persona verso la dignità produce un vistoso effetto di dilatazione quantitativo della tutela e di incremento numerico delle fattispecie. Ma quel che è più significativo, nella progressione ascendente di cui s'è detto, è il crescente processo di erosione della materialità del contenuto offensivo del reato, sempre più impoverito di un substrato fisico-naturalistico fino a ridursi nella manifestazione di un pensiero che disconosce il valore ideale della dignità. Non c'è dubbio che qui il "personalismo" affermantesi dopo la svolta costituzionale e nell'accentuata sensibilità della postmodernità nei confronti delle componenti spirituali dalla persona, si pone in tensione coi principi fondanti della modernità penalistica. Ed è difficile sfuggire all'impressione che questi ultimi appaiano culturalmente recessivi rispetto all'arricchimento dell'idea di persona umana e dei suoi profili meritevoli di essere tutelati giuridicamente e penalmente.

7. Contraddizioni del presente.

È giunto ormai il momento di avviarsi alla conclusione. Ho parlato all'inizio di un'accelerazione dei tempi che ha condotto ad un'evoluzione progressiva della tutela della persona. Ma ho anche accennato al fatto che questa evoluzione non è priva di *contraddizioni*: l'itinerario storico della tutela della persona non è tutto "rose e fiori", nel senso che non procede sempre ed immancabilmente senza arretramenti o senza conseguenze collaterali negative. Potremmo distinguere in proposito fra *contraddizioni interne* al sistema penale e *contraddizioni esterne*, che si pongono cioè su un piano sociale più generale.

Quanto alle *contraddizioni interne*, abbiamo già accennato dianzi alla più rilevante. Se è indubbio, da un lato, che l'ampliamento ed intensificazione della tutela della persona si colloca nel solco costituzionale di una progressiva affermazione del principio personalistico, non si può però negare, dall'altro, che spesso ciò avviene a scapito di taluni principi fondamentali del diritto penale liberale, che sono anch'essi espressione del principio personalistico, seppure inteso forse in modo più astratto. In definitiva, sembra quasi che oggi si contrappongano due forme di personalismo: quello fatto delle garanzie della legalità, determinatezza, materialità, offensività del reato, che ha un chiaro fondamento politico-garantista e s'impenna su un'idea di persona concepita essenzialmente nel suo rapporto col potere punitivo; e quello costituito dagli aspetti emergenti della persona concepita essenzialmente nella sua dimensione esistenziale postmoderna di essere umano libero ed eguale titolare di una sua primigenia dignità. C'è, dunque, in atto nel sistema penale un doppio e contraddittorio "personalismo" dalla difficile coesistenza e in cui quello di matrice liberale tende a cedere terreno a quello postmoderno, anche sotto la spinta delle ideologie vittimarie dirette ad accreditare sempre più vaste e penetranti esigenze di tutela.

Una seconda *contraddizione*, ravvisabile sempre all'interno del sistema penale, è quella che si può cogliere nel fatto che al potenziamento della tutela penale della persona fa come da pendant l'incremento di una serie di istituti che vanno esattamente nell'opposta direzione di un affievolimento della tutela. Si tratta, cioè, di quei numerosi e variegati istituti che, sotto la potente spinta dell'esigenza *deflativa* del sistema, realizzano una sorta di privatizzazione della tutela. Basti pensare, ad esempio, ai nuovi illeciti civili punitivi, concernenti essenzialmente fatti minori di aggressione a beni personali quali le offese all'onore; oppure, e soprattutto, la notevole estensione della perseguibilità a querela, connessa con la previsione delle condotte riparatorie dotate di efficacia estintiva del reato. Qui il diritto penale non solo lascia la tutela penale in balia della volontà delle parti e dell'equilibrio che esse sono capaci di trovare, ma addirittura arretra dinanzi al comportamento riparatorio a prescindere totalmente dalla volontà della vittima.

Su un piano più generale, ma ancora pur sempre interno al sistema penale, si può poi cogliere una terza *contraddizione*. Si tratta di una *contraddizione* che ha addirittura il sapore di una caratteristica culturale dell'odierno diritto penale. Non senza fondamento si è parlato di un diritto penale della *diseguaglianza*, espresso da tutte quelle norme che paiono guardare con "sfavore" ad alcune categorie di soggetti

destinati – in diritto o in fatto – ad un trattamento sfavorevole: i recidivi prima di tutto, ma anche gli immigrati, i marginali che in effetti sono gli ospiti più numerosi dei nostri luoghi carcerari. Dall’altro lato, non mancano norme che guardano con particolare “favore” a categorie di vittime particolarmente “vulnerabili” (donne, minori, pubblici agenti) e meritevoli dunque di speciale tutela. Ebbene, a fronte di queste manifestazioni di un diritto penale della diseguaglianza, il recente legislatore non ha esitato ad erigere in categoria autonoma i delitti *contro l’eguaglianza* (sezione I *bis* del capo III del titolo II del c.p., introdotta dal d.lgs. 21/2018), intesa come massima espressione di tutela di quella dignità che – come s’è visto – costituisce la scaturigine prima del potenziamento della tutela della persona.

Infine, e questa volta su un piano esterno al sistema penale, la tutela della persona sembra andare incontro alla stessa sorte dei diritti umani. Mentre, da un lato, la tutela anche penale della persona diventa sempre più ampia e direi sofisticata, estendendosi normativamente a complesse esigenze di riconoscimento e protezione che vanno ben oltre la “corporeità” dell’essere umano, dall’altro lato la realtà anche dei Paesi più civili ci offre scenari di desolazione e spettacoli di abbruttimento, in cui la miseria, il degrado, il disagio, la sofferenza e la violenza non solo negano la dignità dell’uomo ma ne mettono addirittura in forse la stessa sopravvivenza fisica. Ma questo è ormai un altro discorso, che ci chiama in causa come uomini e donne del civilissimo Occidente prima che come penalisti.