

Roberto Bartoli

**“CHIARO E OSCURO” DEI DIRITTI
UMANI ALLA LUCE DEL
PROCESSO DI
GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL
DIRITTO**

Estratto



"CHIARO E OSCURO" DEI DIRITTI UMANI ALLA LUCE DEL PROCESSO DI GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO (*)

SOMMARIO: 1. Due brevi premesse. — 2. Diritti umani e sovranità. — 3. Diritti umani e forza legittimante/delegittimante. — 4. Diritti umani tra universalismo e particolarismo. — 5. Il bilanciamento fra diritti umani. I tentativi di "sovertimento" del sistema. — 5.1. Assolutizzazione dei diritti "negoziabili" e bilanciamento dei diritti "non negoziabili". — 6. Diritti umani e scelte di criminalizzazione. — 7. Dall'uomo alla persona: "chiaro e oscuro" della prevenzione speciale.

1. *Due brevi premesse.* — La prima, di tipo — per così dire — "concettuale": all'interno di queste mie riflessioni adotterò un'accezione rispettivamente molto ristretta e molto ampia delle espressioni "lato chiaro" e "lato oscuro" dei diritti umani. In particolare, con la prima espressione farò riferimento alla circostanza che i diritti umani svolgono una funzione di limite all'esercizio della forza da parte del potere pubblico e quindi di garanzia della persona contro i possibili abusi dello Stato; con la seconda farò riferimento al fatto che i diritti umani possono svolgere una funzione diversa che entra in tensione con, o addirittura contraddice, tale funzione di limite e garanzia, potendosi in siffatta prospettiva distinguere funzioni assai differenti a cui corrispondono differenti gradazioni di oscurità, che vanno dal crepuscolo del tramonto fino alla notte più buia dei diritti umani.

La seconda premessa riguarda una convinzione di fondo destinata ad avere ricadute sulle modalità con cui affronterò i diversi lati chiari e oscuri dei diritti umani. A ben vedere, parlare di diritti umani in sé e per sé non ha molto senso, dovendosi piuttosto preliminarmente definire il contesto istituzionale e ordinamentale di riferimento. Così, ad esempio, parlare di diritti umani in un contesto statuario-legalista di stampo ottocentesco oppure costituzionale post-moderno ha conseguenze di grandissima rilevanza, sia per quanto riguarda l'efficacia della funzione di garanzia svolta dai diritti, sia per quanto riguarda i possibili risvolti oscuri. Ecco allora che rispetto ad ogni profilo di chiarezza od oscurità cercherò di mettere in evidenza soprattutto il ruolo assunto dalla giurisdizione, e cioè dal costi-

(*) Testo dell'intervento svolto al Seminario *Il lato oscuro dei diritti umani*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, nei giorni 26-27 maggio 2011.

tuzionalismo moderno del secondo dopoguerra, per quanto riguarda l'ambito nazionale, e, in ambito internazionale, dal più generico, nonché più complesso e articolato, fenomeno di giurisdizionalizzazione del diritto. E ciò nella piena consapevolezza che tali aspetti hanno segnato una vera e propria svolta nella concezione e nell'operatività dei diritti umani: com'è stato efficacemente notato, « l'effetto della costituzionalizzazione dei diritti non è l'annullamento della distanza fra enunciazione e realizzazione: è piuttosto la dislocazione della medesima dialettica in un differente *frame*, determinato dalle nuove coordinate » (1). E questa trasformazione del contesto, come vedremo, genera notevoli ripercussioni proprio sul lato chiaro od oscuro dei diritti umani, consentendo a volte di vincere l'oscurità, altre volte mutando l'intensità delle gradazioni, altre volte ancora creando inediti lati oscuri rispetto ai quali è opportuno gettare nuova luce.

2. *Diritti umani e sovranità*. — Il primo lato oscuro dei diritti umani si sviluppa all'interno del campo di tensione tra diritti e sovranità. È noto come i diritti nascano quali strumenti di tutela contro la nuda forza, la violenza, le prevaricazioni. Agli albori della prima modernità (si pensi alle guerre di religione) si può parlare di una generica esigenza di tutela contro i nemici interni ed esterni alla comunità. E per soddisfare tale esigenza si ricorre al sovrano. Tuttavia nel tempo la sovranità si rivela non solo il soggetto (la forza) che difende, ma anche il soggetto da cui ci si deve difendere, e ciò vale quale che sia il suo titolare, il monarca assoluto oppure il popolo (2). Tant'è vero che la stessa alleanza ottocentesca tra democrazia, diritti e legalità, nata proprio per difendere i diritti dai possibili abusi del pubblico potere, si rivela fin da subito uno strumento ancora una volta capace di offenderli, sia grazie a un doppio livello di legalità che distingue tra regola rispettosa dei diritti ed eccezione che li viola (3), sia attraverso la capacità autodistruttiva insita nello stesso meccanismo democratico, per cui risultano del tutto legittime scelte autoritarie o dispotiche, addirittura definitive, adottate attraverso la logica maggioritaria. In sostanza, la storia ci ha insegnato come il "sovrano" latamente inteso possa esercitare il

proprio potere contro i diritti, utilizzando spesso proprio la tutela dei diritti come argomento per giustificare la loro violazione.

Ebbene, rispetto a questo lato oscuro dei diritti umani la giurisdizione ha svolto un ruolo assai diverso, a seconda che si tratti della prospettiva nazionale o internazionale. Sotto il primo profilo, la costituzionalizzazione dei diritti umani ha comportato un autentico contenimento del pubblico potere e della forza da esso monopolizzata, determinando addirittura un sostanziale superamento di questo lato oscuro: grazie alla giustiziabilità delle leggi, il "politico" è oggi limitato dal diritto e i diritti umani sono divenuti l'argine inderogabile da contrapporre all'utilizzo della forza da parte dello Stato. Ancora più a fondo, si deve notare poi come all'interno dello Stato costituzionale si sia trasformato lo stesso concetto di sovranità, per cui si è passati dal dominio verticale del principio della sovranità politica all'idea "orizzontale" di una convivenza e di un equilibrio tra pluralità di forze, dove proprio la giurisdizione è destinata ad assumere un ruolo fondamentale, essendo capace di stemperare e bilanciare le pretese che altrimenti tenderebbero ad imporsi in modo unilaterale (4).

D'altra parte, si deve osservare come in realtà, anche in un contesto costituzionale rigido e giurisdizionale come quello attuale, torni a presentarsi il rischio di un lato oscuro dei diritti umani, allorquando si creano situazioni di emergenza che danno luogo alla dichiarazione (più o meno esplicita) dello stato d'eccezione, e ciò per la semplice ragione che l'eccezione, proprio in quanto eccezione, può portare alla deroga della regola dei diritti, sempre con l'argomentazione della finalità di tutelarli. Si pensi in particolare al fenomeno del terrorismo internazionale, il quale presenta due aspetti altamente critici: da un lato, si tende a compromettere i diritti fondamentali dei cittadini al fine di garantire la sicurezza; dall'altro lato, non si esita ad ammettere la violazione dei diritti umani del terrorista, là dove si ritiene necessario per la tutela dei cittadini.

Tuttavia, ancora una volta il contesto costituzionale ha tutti gli anticorpi per impedire il sovvertimento del sistema, perché consente di ricondurre l'eccezione sotto il controllo della Corte costituzionale. Ed infatti, rispetto a quest'ultimo profilo, si può distinguere tra modelli di eccezione a due, basati sull'eccezione e su una sola regola, ragion per cui l'eccezione, derogando a tale regola, apre inevitabilmente uno spazio nella sostanza privo di limiti; e modelli di eccezione a tre, basati sull'eccezione e su due regole, nel senso che l'eccezione che deroga alla regola a sua volta risulta essere sottoposta a un'altra regola stavolta inderogabile (5). Ebbene,

(4) Sul punto v. per tutti M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 51 s.

(5) In argomento sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in M. Maccarelli-P. Palchetti-C. Sotis (a cura di), *Le*

(1) P. Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, relazione svolta al Seminario *Il lato oscuro dei diritti umani*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Macerata, nei giorni 26-27 maggio 2011, p. 47 (del dattiloscritto).

(2) P. Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali II*, tomo II, Milano, 2008, pp. 575, 574, 585. Nello stesso senso cfr. D. Pulitano, *Diritti umani e diritto penale*, relazione svolta al Seminario *Il lato oscuro dei diritti umani*, cit., p. 7 (del dattiloscritto).

(3) In argomento si v. le magistrali pagine di M. Sarracoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, tomo I, Milano, 2009, p. 592 ss.

mentre l'eccezione a due è consentanea a un modello costituzionale flessibile, al contrario l'eccezione a tre è propria del costituzionalismo moderno (6). È un esempio significativo di come le Corti costituzionali moderne siano state in grado di fronteggiare le situazioni di emergenza ponendo limiti agli "eccessi" del politico è offerto dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, che, attraverso una serie di sentenze pronunciate dopo alcuni provvedimenti legislativi ed esecutivi adottati nella lotta al terrorismo internazionale, ha riaffermato il primato dei diritti inderogabili che erano stati violati (7).

Per comprendere ciò che accade sul piano internazionale, si deve muovere dal fatto che l'intrinseca universalità dei diritti umani spinge nel senso di una universalità di tutela che trascende la territorialità della violazione attraverso soprattutto la costituzione di un sistema di giustizia internazionale. Tuttavia, un lato oscuro dei diritti umani si può manifestare proprio all'interno della stessa logica giurisdizionale internazionale, nel momento in cui il suo esercizio risulta parziale, unilaterale e selettivo, determinandosi nella prima ipotesi addirittura una diretta violazione di quei diritti umani aventi carattere giurisdizionale e nelle altre due la mancata tutela dei diritti violati con la realizzazione dei crimini.

In particolare, in ordine all'imparzialità, non sono mancati episodi in cui il giudice ha coinciso con soggetti che appartenevano allo schieramento vincente, come nel caso dei Tribunali militari internazionali di Norimberga e di Tokyo, istituiti *ad hoc* dalle forze vincitrici e composti da membri nominati dai loro governi, con esclusione non solo della parte sconfitta, ma anche degli Stati neutrali. Inoltre, in termini ancora più deprecabili, non sono mancate occasioni in cui le forze vincitrici di un conflitto si sono avvalse di giurisdizioni nazionali affinché fosse amministrata la giustizia dei vincitori, come nel caso del processo e della esecuzione della pena capitale nei confronti di Saddam Hussein. Sotto il secondo profilo della unilateralità, vi sono state vicende in cui sono stati perseguiti i crimini di una sola parte, nonostante vi fossero gli estremi per perseguire anche quelli dell'altra, come nel caso dei Tribunali di Norimberga e di Tokyo "per legge"

regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo, Macerata, 2011, p. 177 ss.

(6) Sul punto si v. M.R. FERRARESE, *Lo stato di eccezione nella globalizzazione*, in *Dem. e dir.*, 2002, p. 152; G. VASSALLI, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, p. 31 ss.; A. BARAK, *Lectio magistralis. I diritti fondamentali in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, *ivi*, p. 37 ss. G.M. FUECK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in *Giur. it.*, 2008, p. 783 ss.

(7) In argomento v. per tutti F. FABRINI, *Silent enim leges inter arma? La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di Giustizia europea nella lotta al terrorismo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 591 ss.

e "di fatto" nel caso del Tribunale *ad hoc* per la ex Jugoslavia. Infine, rispetto alla selettività, non si comprende la ragione per cui all'interno del panorama internazionale si siano create giurisdizioni *ad hoc* soltanto per alcuni conflitti trascurando completamente altri.

3. *Diritti umani e forza legittimante/delegittimante.* — I diritti umani da sempre svolgono una funzione di legittimazione di coloro che li affermano e a tale funzione legittimante corrisponde una funzione di energica delegittimazione di coloro che non sono stati in grado di appiarsi con altrettanta forza della retorica dei diritti (8).

A dire il vero, all'interno di una dimensione avaloriale, vale a dire all'interno di una contrapposizione tra amico e nemico in cui non si va a sindacare la legittimità della posizione assunta dai contendenti, proprio perché "i valori non hanno valore", la dinamica legittimante-delegittimante non opera, con la conseguenza che il conflitto tende ad autolimitarsi sia durante il suo svolgimento, sia dopo la sua cessazione (9).

Al contrario, è all'interno di una dimensione valoriale in sé e per sé considerata, sviluppata tuttavia in un contesto privo di giurisdizione e terzietà, che si crea un campo di tensione tra forza legittimante e forza delegittimante. Il valore, in quanto valore, tende, com'è noto, ad una affermazione assoluta e « quando si combatte in nome di ciò che ha un valore assoluto chi viene combattuto è assolutamente privo di valore, viene dichiarato disvalore assoluto » (10). E questa tendenza ad una affermazione assoluta si manifesta in termini ancora più radicali proprio in presenza dei diritti umani, in virtù del loro particolarissimo valore: « proclamare il concetto di umanità, richiamarsi all'umanità, monopolizzare questa parola: tutto ciò potrebbe manifestare soltanto [...] la terribile pretesa che al nemico va tolta la qualità di uomo, che esso dev'essere dichiarato *hors-la-loi* e *hors-l'humanité* e quindi che la guerra dev'essere portata fino all'estrema inumanità » (11). Come esempi, sul piano nazionale, si pensi alle lotte per i diritti nelle diverse fasi storiche che precedono l'entrata in vigore delle Costituzioni rigide; sul piano internazionale, si consideri il concetto di guerra giusta, all'interno del quale si tende a

(8) Sul punto v. per tutti C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, *passim*.

(9) A me pare essere questo il significato ultimo dei tanto discussi saggi di C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, in *ib.*, *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, p. 101 ss., dove si afferma che « la logica di valore e disvalore dispiega tutta la sua devastatrice conseguenza e costringe a creare sempre nuove e più profonde discriminazioni, criminalizzazioni, svalutazioni, fino all'annientamento di ogni vita indegna di esistere » (p. 131); *ib.*, *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Milano, 2005, *passim*.

(10) A. DE BENOIST, *Terrorismo e "guerre giuste"*, Napoli, 2007, p. 27.

(11) C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, cit., p. 139.

criminalizzare il combattente legittimo fino all'annientamento del nemico assoluto e a non porre limiti temporali e spaziali al conflitto.

Ebbene, non c'è dubbio che il costituzionalismo moderno ha finito per stemperare se non addirittura annullare questo lato oscuro dei diritti umani. Ed infatti, nel momento in cui i diritti umani sono divenuti il nucleo centrale su cui si fonda il patto costituente, essi sono stati sottratti all'agone politico per essere collocati in uno spazio in cui "non si vota" e quindi hanno cessato di essere gli strumenti di legittimazione/delegittimazione per divenire i pilastri fondativi della convivenza pacifica. La conflittualità politica si è quindi spostata su altri valori non fondanti oppure, come vedremo meglio in seguito, ha ad oggetto il modo in cui si concepisce la gerarchia dei valori fondamentali, ma si tratta pur sempre di una conflittualità che si sviluppa all'interno di uno spazio di reciproca legittimazione.

D'altra parte, anche all'interno del contesto costituzionale moderno può riproporsi la forza delegittimante dei diritti umani allorché il patto costituente entra in tensione con espressioni culturali che possono non riconoscersi in tale patto. Ciò accade, ad esempio, con il fenomeno del multiculturalismo. Il multiculturalismo, infatti, è diverso dal pluralismo (12): mentre quest'ultimo poggia su valori fondanti comuni, diversamente il multiculturalismo si caratterizza per la mancanza di questi valori fondanti comuni, in quanto le culture si presentano come sistemi di valori e visioni del mondo nella sostanza alternativi e per certi aspetti addirittura incompatibili. Ecco allora che in tale contesto nuovamente conflittuale in ordine ai fondamenti, i diritti umani tornano ad assumere un ruolo legittimante/delegittimante con tutto ciò che ne consegue. Tuttavia si deve osservare come ancora una volta lo stesso costituzionalismo moderno abbia in sé gli antidoti per stemperare questa nuova forma di lato oscuro. Si tratta dello strumento della democrazia dialogica, che consente una dialettica e quindi una interazione anche là dove si tratta di differenti visioni di fondo. Antidoti che tuttavia possono esplicitare la loro efficacia soltanto se si realizza un effettivo allargamento delle procedure democratiche di partecipazione non solo attraverso la costituzione di strumenti che danno voce alle diverse culture, come ad esempio le consulte locali o nazionali per gli stranieri, ma soprattutto mediante la possibilità di accesso delle minoranze culturali alle sedi politiche istituzionali.

Per quanto riguarda la dimensione internazionale, il discorso sta in termini assai diversi, poiché l'ingresso della prospettiva valoriale non è stato accompagnato dall'affermazione di un'autentica forza giurisdizionale capace di "limitare" il conflitto (13). Da qui non solo lo svilupparsi di un

(12) In argomento si v. le lucidissime pagine di G. ZAGREBELSKY, *Una riflessione sul multiculturalismo*, in *I diritti dell'uomo*, 2007, p. 8 ss.

(13) In argomento si v. D. PULITANO, *Significato e funzioni della pena nella giustizia*

innegabile fenomeno di imperialismo dei diritti umani, alludendo con ciò al fatto che la cultura occidentale tende a considerare universale — tale quindi che non si può non condividere — una lettura del tutto parziale e unilaterale dei diritti umani. Ma soprattutto, da qui, il ripresentarsi del concetto di guerra giusta (14). Più precisamente, quando si fronteggiano potenze che si pongono su un piano avaloriale, la guerra finisce per assumere le caratteristiche di una sorta di duello dove gli "sfidanti" si limitano per l'appunto a combattere, con la conseguenza che l'atto di aggressione non si fa portatore di istanze valoriali e quello di mera partecipazione alla guerra non può che essere considerato un atto lecito. Quando invece la guerra è realizzata tra Stati che si trovano in una posizione di alterità valoriale, si aprono due possibilità: o si crea un sistema di valori comuni e al contempo un potere giurisdizionale deputato a risolvere il conflitto oppure è lo stesso conflitto a giurisdizionalizzarsi, con la conseguenza che, in quest'ultima ipotesi, lo *jus ad bellum* e lo *jus in bello* si trasformano: il primo legittima anche la guerra preventiva e l'intervento umanitario (15); il secondo assume i connotati di un "diritto" orientato alla criminalizzazione del nemico, potendosi giungere alla configurazione di strumenti di totale annientamento del nemico, là dove uno Stato o una pluralità di Stati hanno il monopolio valutativo e dispongono di mezzi bellici superiori. E, in assenza dell'affermarsi di una dimensione internazionale autenticamente giurisdizionale, il concetto di "guerra al terrorismo" elaborato dopo l'11 settembre del 2001 si è mosso e si muove proprio in quest'ultima direzione (16).

4. *Diritti umani tra universalismo e particolarismo.* — I diritti umani hanno in sé la forza di parificare e al contempo di discriminare. Dietro alla questione dei diritti umani v'è infatti un problema di eguaglianza: riconoscere diritti a tutti gli uomini in quanto appartenenti alla specie umana. Ma ogni volta che entra in gioco l'eguaglianza si pone il problema della individuazione del criterio/parametro alla luce del quale valutare la somiglianza e la dissomiglianza. Se da un lato ci si deve orientare verso il

penale internazionale, in *Quest. giust.*, 2007, p. 80; G. ZAGREBELSKY, *Critini di massa e responsabilità individuale*, in *questa rivista*, 2009, p. 778.

(14) Si v. ancora C. SCHMITT, *Il nome della terra*, Milano, 1991, *passim*; nonché Id., *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, 2008, *passim*.

(15) In argomento v. L. SUCCINARBA, *L'eccezione umanitaria. Sovranità territoriale e diritto di intervento nel dibattito sul "new global order"*, in M. MACCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione*, cit., p. 141 ss.

(16) Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 67 ss.

parametro meno selettivo e più includente, verso l'uomo meno caratterizzato e connotato, dall'altro lato intervengono valutazioni e apprezzamenti volti a valorizzare connotati specifici. Ancor più in dettaglio si può parlare di una tendenza a universalizzare il particolare allorquando un carattere specifico viene assunto a criterio universale che apparterebbe a tutti gli uomini oppure di una tendenza a particularizzare l'universale, allorquando, dopo aver assunto un criterio universale si tendono a introdurre limiti all'universale alla luce di alcuni caratteri peculiari. Da qui un movimento dei diritti umani incessante e soggetto all'alternarsi della pressione di istanze universalistiche e particolaristiche.

Ebbene, un fenomeno di universalizzazione del particolare tende a svilupparsi soprattutto nel contesto internazionale e si è già incontrato là dove si è accennato all'imperialismo "occidentale" dei diritti umani.

Un fenomeno di particularizzazione dell'universale è riscontrabile invece all'interno del costituzionalismo moderno, allorquando, dopo aver assunto come parametro l'uomo, si tende tuttavia ad attribuire rilevanza ad alcune peculiarità differenzianti che nella sostanza costituiscono dei limiti all'universale. Così ad esempio è noto come nella giurisprudenza costituzionale vi sia la tendenza a distinguere tra titolarità formale ed effettivo godimento dei diritti da parte dello straniero. E se tale distinzione viene respinta rispetto ad alcuni diritti umani come il diritto alla vita, la libertà personale, il diritto alla salute, altre volte invece viene adottata in assenza però di una plausibile giustificazione, come nel caso della limitazione del diritto alla giurisdizione dello straniero (17). Tuttavia, com'è stato notato « la distinzione tra titolarità e godimento, traducendosi in un sindacato di ragionevolezza implicante un bilanciamento tra beni e valori, si rivela, sul terreno dell'accesso alla tutela giurisdizionale, del tutto impraticabile, in quanto [citando A. Pugiotto] "le diverse garanzie nelle quali la tutela giurisdizionale concreta si declina [...] non possono che restare fuori da un bilanciamento legislativo con altri beni o valori di pubblico interesse" » (18). In buona sostanza, nonostante il riconoscimento di un nucleo di diritti inviolabili comuni a tutti gli uomini e teso a dissolvere le differenze tra cittadini e non cittadini (19), tuttavia permangono ancora resistenze ad ispirarsi a un'autentica visione universalistica.

(17) V. per tutte Corie cost., sentenza n. 222/2004.

(18) A. Caputo, *Alla Consulta l'obbligo di denuncia dello straniero irregolare da parte del giudice*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 178 s.; A. Pugiotto, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Dir. e soc.*, 2009, p. 525 ss.

(19) In argomento cfr. V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Dir. e soc.*, 2009, p. 557 ss.

5. *Il bilanciamento fra diritti umani. I tentativi di "sovrvertimento" del sistema.* — È a tutti noto come nella prima fase del costituzionalismo del secondo dopoguerra i diritti fondamentali siano stati assunti nella loro accezione e funzione di limite al potere, in una prospettiva garantista (20). In tale fase si era ancora in presenza di una *lotta per i diritti* che il costituzionalismo moderno ha consentito di vincere eliminando tutte quelle fattispecie che incrinavano proprio l'esercizio di alcuni diritti.

Nella seconda fase del costituzionalismo moderno il discorso si è notevolmente complicato perché si è venuto creando un vero e proprio *conflitto fra diritti*, aprendosi così il tema del bilanciamento, all'interno del quale hanno preso forma nuovi lati oscuri del tutto inediti. In particolare, ci si è resi conto che, in presenza di una concezione pluralista della democrazia, la tensione che si può creare tra i diritti, compresi quelli umani, si presta a una pluralità di interpretazioni e risoluzioni assai divergenti, potendosi considerare l'idea di un'unica lettura rigida valida per tutti una negazione di tale concezione pluralista.

In particolare, sono tre i profili oscuri che meritano attenzione. Anzi-tutto, i tentativi di "sovrvertimento" del sistema che possono essere realizzati mediante la vera e propria invenzione di diritti privi di fondamento da inserire all'interno del bilanciamento oppure attraverso la giustificazione di aggressioni ai diritti individuali, quando tuttavia si tratta di giustificazioni del tutto implausibili. In secondo luogo, un lato oscuro può essere considerato l'assolutizzazione della tutela di alcuni diritti a totale discapito di altri, quando invece si tratta di diritti che devono essere posti in bilanciamento. Infine, oscura è anche la relativizzazione, il bilanciamento di alcuni diritti che invece devono avere una tutela assoluta.

Per quanto riguarda il primo profilo, si pensi anzitutto alla questione del "diritto alla sicurezza" emersa di recente ancora una volta a seguito del fenomeno del terrorismo (21). Ed infatti la lotta al terrorismo, soprattutto se internazionale, ha indotto ad elaborare il "diritto fondamentale" alla sicurezza degli individui nel tentativo di legittimare azioni di contrasto che potessero andare a compromettere altri diritti fondamentali. D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come un siffatto diritto ponga non pochi problemi di legittimità. Parlare infatti di un diritto fondamentale alla

(20) V. per tutti F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2005, p. 585 s.

(21) Sui rapporti tra diritto penale e sicurezza si v. W. HASSEMER, *Sicurezza mediante diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2008, 15 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; D. PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *questa rivista*, 2009, p. 547 ss.; A. CAVALLIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 45 ss.; nonché i numerosi contributi pubblicati in M. DONINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

sicurezza dei cittadini significa in realtà mascherare con le sembianze del diritto ciò che rappresenta la nuda forza che i diritti fondamentali cercano di contenere. Soprattutto se tale diritto viene concepito come una sorta di presupposto fondamentale di tutti gli altri diritti, per cui non possono esserci diritti senza sicurezza. In questa prospettiva, la sicurezza diviene un concetto nella sostanza onnivoro, destinato a fagocitare lo spazio occupato dagli altri diritti. Si tratta quindi di un rovesciamento del sistema, per cui mentre la regola è che autorità e cittadini si fronteggiano nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra gli obiettivi dell'autorità e le garanzie del cittadino, attraverso il diritto alla sicurezza si viene a determinare una nuova regola secondo la quale le istanze di garanzia dei cittadini vengono riassorbite all'interno dell'autorità.

In secondo luogo, un sovvertimento del sistema si potrebbe avere allorché si ritenesse applicabile lo schema del soccorso di necessità a tutta una serie di ipotesi in cui a risolvere il conflitto tra beni è lo stesso pubblico potere, come nel caso dell'abbattimento dell'aereo gremito di civili lanciato contro un palazzo abitato da altri civili. Al di là del fatto che il rapporto tra le forme di esercizio del potere e i diritti inviolabili non può essere disciplinato da una clausola generale come quella dello stato di necessità, dovendosi richiedere piuttosto una disciplina legislativa dettata che sappia esprimere compiutamente il bilanciamento tra gli interessi in gioco (22), sono due i profili che meritano particolare attenzione.

Da un lato, si deve ribadire con forza che un soccorso di necessità giustificante può trovare applicazione soltanto nelle ipotesi in cui il bene salvato sia superiore a quello sacrificato e non anche nell'ipotesi in cui bene salvato e bene sacrificato siano equivalenti, e ciò per la semplice ragione che, nell'attribuire al soccorritore un potere di salvezza destinato a sacrificare i beni del terzo innocente, tuttavia non si può trasformarlo in una sorta di arbitro indiscutibile del destino altrui, ponendosi così l'esigenza di un limite, consistente per l'altro lato, in termini ancor più trancianti, si deve ritenere che il soccorso di necessità giustificante può operare soltanto se soccorritore è un soggetto privato, non anche se è un pubblico potere (24). Se infatti è ammissibile che, nel rispetto del limite del rango inferiore del bene sacrificato, davanti ai beni di due soggetti privati sia un altro soggetto privato a scegliere quale salvare, assumendo così il potere pubblico un atteggiamento di sostanziale indifferenza; al contrario, non è ammissibile

(22) In argomento si v. F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *questa rivista*, 2009, p. 1058 s.

(23) Nella manualistica v. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 306.

(24) Nello stesso senso cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 300.

che tale scelta sia compiuta dallo Stato, in quanto esso stesso si renderebbe artefice di un'inammissibile strumentalizzazione, anche nell'ipotesi in cui il bene sacrificato abbia rango inferiore a quello salvato.

Concludendo, è interessante osservare come questi due tentativi di sovvertimento del sistema siano stati — per così dire — sventati ancora una volta dall'intervento di organi giurisdizionali. Così, ai Governi che ritengono plausibile lasciar soccombere il diritto fondamentale espresso dall'art. 3 CEDU rispetto alle esigenze di sicurezza dei propri cittadini, la Corte europea dei diritti dell'uomo, se non ha mai avuto il coraggio di smontare il concetto di sicurezza come diritto, tuttavia ha sempre risposto negando la possibilità di qualsiasi bilanciamento, in virtù del carattere assoluto del divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti (25).

Inoltre, con riferimento allo stato di necessità pubblico, nel 2006 la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato costituzionalmente illegittima la c.d. legge sulla sicurezza aerea nella parte in cui, in presenza di alcuni presupposti, autorizzava il Ministro della difesa tedesco a ordinare all'aeronautica militare l'abbattimento di un aereo civile impiegato contro la vita di esseri umani, argomentando che non può esservi alcun bilanciamento che possa giustificare il sacrificio della vita di passeggeri innocenti a favore della vita delle altrettanto innocenti possibili future vittime dell'attentato terroristico (26).

5.1. *Absolutizzazione dei diritti "negoziabili" e bilanciamento dei diritti "non negoziabili"*. — Sotto il profilo della "indebita" assolutizzazione della tutela di alcuni diritti, si deve osservare come molto spesso il conflitto fra diritti sia risolto dando totale prevalenza a uno rispetto a un altro. Così di recente si è aperto il conflitto fra il diritto alla vita (bene ritenuto indisponibile) e la libertà personale di autodeterminazione (bene ritenuto inviolabile) e non sono mancati orientamenti "estremisti" volti a considerare illegittimo il rifiuto di cure c.d. vitali, ammettendo quindi un intervento costrittivo finalizzato al mantenimento in vita, oppure all'opposto riconoscendo un vero e proprio diritto di morire.

(25) Si v. in argomento il caso Saadi c. Italia e le considerazioni di B. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1109 ss.

(26) Bundesverfassungsgericht, sentenza del 15.2.2006 - I BuR 557/05. Per la disamina dell'intera vicenda cfr. D. SICILIANO, *L'abbattimento di aerei civili per contrastare atti terroristici e il diritto (La situazione italiana e quella della Repubblica federale tedesca)*, in *Quest. giur.*, 2008, p. 175 ss. Per una quadro più ampio della giurisprudenza costituzionale tedesca in tema di terrorismo cfr. J. LUTHER, *L'antiterrorismo giuridico nell'esperienza tedesca*, in M. CAVINO-M. G. LOSANO-C. TRUPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Torino, 2009, p. 81 ss.

La questione, com'è noto, è molto complessa (27) ed io vorrei provare ad impostarla così. Diritto alla vita e diritto di autodeterminazione sono due diritti che vengono in gioco in presenza di aggressioni/interferenze da parte di soggetti terzi, nel senso che un'esigenza di tutela si pone quando la morte o l'offesa alla propria libertà di autodeterminazione derivano dal comportamento di un terzo. Al contrario, quando vita ed incolumità non sono minacciate dall'aggressione/interferenza di terzi, non solo non c'è alcun dubbio che esse sono nella piena disponibilità del loro titolare, ma addirittura prospettare un loro bilanciamento senza tener conto della volontà del soggetto significa alterare la funzione del diritto alla vita e della libertà personale, nati per difendersi dai terzi. Ecco allora che, allorché la morte derivi da un decorso naturale in totale assenza di un intervento di terzi, non solo non si pone un'esigenza di tutela della vita, ma l'intervento del terzo finalizzato a tutelare la vita realizza una vera e propria violazione della libertà di autodeterminazione. In buona sostanza, è in presenza dell'interferenza di un terzo che autodeterminazione e vita si collocano sui diversi piatti della bilancia, mentre in assenza di tale interferenza i diritti si trovano dalla stessa parte, con la conseguenza che porre in bilanciamento il diritto alla vita e la libertà di autodeterminarsi all'interno di un contesto in cui non c'è un'aggressione da parte di terzi, significa legittimare, ai fini della tutela della vita che in realtà non subisce un'aggressione da parte di terzi, un'aggressione offensiva da parte di terzi alla libertà di autodeterminarsi.

Infine, un altro profilo oscuro insito nella ponderazione fra diritti si ha nell'ipotesi in cui si tende a bilanciare ciò che invece non può essere bilanciato. Un esempio è offerto dal recente dibattito sviluppatosi in tema di tortura (28), e al quale abbiamo già accennato. È bene precisare che tale

(27) Oltre a D. PULITANO, *Diritti umani e diritto penale*, cit., in argomento, da posizioni diverse, si v. S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1361 ss.; F. VIGANO, *Riflessioni sul caso Eluana Englaro*, *ivi*, 2008, p. 1033 ss.; L. RISCATO, *Del diritto di vivere al diritto di morire*, Torino, 2008, *passim*; G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V. c. 227 ss.; F. MANTOVANI, *Autodeterminazione e diritto penale*, in *Arch. Giur.* "Filippo Serafini", 2011, p. 337 ss.

(28) In argomento, nel senso dell'ammissibilità cfr. A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo. Capire la minaccia, rispondere alla sfida*, Roma, *passim*; W. BRUGGER, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, in *Der Staat*, 1996, 67 ss.; *ib.*, *Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung*, in P. NIRSCHKE (a cura di), *Rechtungsfolter im modernen Rechtsstaat. Eine Vorortung*, Bochum, 2005, p. 107 ss. Per l'inammissibilità v. P. GAFFA, *May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?*, in *Jour. Int. Crim. Just.*, 2004, p. 785 ss.; T. SCOVAZZI, *Tortura e formalismi giuridici di basso profilo*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 905 ss.; E. BEA, *Il divieto della tortura rimesso in discussione*, in *Rag. prat.*, 2009, p. 153 ss. In prospettiva storica v. M. LA TORRE, "Giuristi, cattivi cristiani". *Tortura e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*

questione differisce in parte dal tema del soccorso di necessità, in quanto il soggetto che dovrebbe essere sottoposto a tortura (ad es. il terrorista) è in qualche modo artefice e responsabile dell'aggressione che si deve sventare. Ebbene, al di là delle singole argomentazioni che sono state utilizzate per giustificare la tortura, non c'è dubbio che la relativizzazione del divieto della tortura determinerebbe necessariamente la fine dello Stato di diritto e l'inizio di uno Stato nella sostanza autoritario. Ed infatti, ciò che caratterizza lo Stato di diritto è proprio la presenza di diritti inderogabili davanti ai quali la forza pubblica non può che arrestarsi quale che sia la ragione del suo esercizio: è l'uomo in quanto tale, in sé e per sé considerato, che risulta assolutamente intangibile, con la conseguenza che ammettere la violazione dei diritti umani non significherebbe altro che minare e distruggere dall'interno lo Stato di diritto che si vorrebbe difendere.

Concludendo, si deve osservare come oggi, ancora una volta, a questi lati oscuri dei diritti umani siano gli organi giurisdizionali a contrapporre un lato chiaro. In particolare, per quanto riguarda il tema del fine vita, è noto come la giurisprudenza, in diretta applicazione dei principi derivanti dalla Costituzione e da fonti internazionali, abbia riconosciuto il diritto di rifiutare le cure, non tanto perché la libertà di autodeterminazione prevalga sulla vita, ma piuttosto perché è tale libertà ad essere posta in pericolo da terzi, mentre la vita risulta minacciata — per così dire — soltanto dal naturale decorso dei procedimenti biologici. In ordine al divieto di tortura, come già visto, la Corte europea dei diritti dell'uomo è costante nel qualificare tale principio assoluto ed inderogabile (29).

6. *Diritti umani e scelte di criminalizzazione*. — Se, come accennato, originariamente i diritti umani erano assunti con un ruolo di limite al potere punitivo, oggi essi costituiscono anche degli oggetti di tutela alla protezione dei quali deve estendersi il diritto penale. In questo ambito, il lato oscuro non è tanto l'espansione della tutela in sé e per sé, quanto piuttosto una sua particolare direzione.

Ed infatti, non deve meravigliare più di tanto e non genera particolari inconvenienti la circostanza che, in virtù di una sorta di personalizzazione della tutela penale, si tenda ad incrementare il numero delle fattispecie incriminatrici a tutela di beni ed aspetti che attonano alla persona e alla personalità umana, anche perché si tratta di una tendenza assolutamente coerente con una visione personalistica della tutela (30). Alla stessa stregua, eventuali obblighi di penalizzazione finalizzati alla tutela di diritti umani non

moderno, 36, 2007, tomo II, p. 1331 ss.; M. LALATTA COSTERROSA, *Per una storia critica della tortura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 5 ss.

(29) V. nota n. 25.

(30) F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale*, cit., p. 595 s.

creano particolari problemi, per la semplice ragione che un'esigenza di tutela dei diritti umani si pone da sé, proprio in virtù del loro carattere universale.

Le cose stanno diversamente allorché si assiste a una sorta di spiritualizzazione, idealizzazione, come anche intensificazione della tutela, nel senso che ciò che si intende prevenire non è tanto l'offesa a un bene giuridico che passa attraverso la persona in carne ed ossa, quanto piuttosto l'offesa a una sorta di valutazione ideale che si proietta sulla persona che s'intende tutelare. In questa prospettiva si pensi al concetto di dignità umana e alla sua capacità di idealizzare la tutela. La dignità, infatti, non pone problemi particolari se riferita a una vittima determinata e se è connessa ad alcune particolari modalità della condotta. Si pensi alle nuove forme di riduzione in schiavitù non più basate su una vera e propria limitazione assoluta della libertà personale ma sulla creazione di uno stato di soggezione che, pur lasciando margini di libertà, impedisce comunque alla vittima asservita e strumentalizzata la piena e libera esplicazione della propria personalità; oppure si pensi alla stessa fattispecie di terrorismo, dove il particolare disvalore del fatto non si coglie nell'offesa alla vita o all'integrità fisica della persona, ma nella totale estraneità ed "innocenza" delle vittime rispetto al conflitto che il terrorista ha inteso ingaggiare, realizzandosi così un'autentica strumentalizzazione della vittima per determinati fini. In entrambe le ipotesi non c'è alcun dubbio che il disvalore va ben al di là dei beni tradizionali della persona, e che questo profilo di disvalore ulteriore, se da un lato è riconducibile alla dignità, dall'altro lato è connesso alle particolari modalità offensive delle vittime.

Al contrario, la dignità pone problemi allorché viene valorizzata a prescindere da un contatto diretto e significativo con la persona, quando cioè diviene una sorta di valore astratto che determina una idealizzazione dell'offesa con conseguenti rischi di manipolazione. Così, ad esempio, riguardo alla fattispecie di mutilazioni genitali femminili risulta davvero difficile individuare un bene giuridico tutelato diverso e ulteriore rispetto a quello dell'incolumità personale. Ed infatti, ciò che assume rilevanza o è l'oggetto materiale della condotta in sé e per sé considerato nella sua componente anatomica, ma in questa prospettiva un maggiore disvalore non sembra essere giustificabile, soprattutto se connesso soltanto ai genitali femminili; oppure ciò che assume significato è la pratica offensiva, la quale però, non essendo diversa da altre modalità di lesioni, assume rilevanza in quanto connessa al movente culturale ritenuto contrario al valore della dignità della donna assunta in una prospettiva completamente ideale.

Un'ultima considerazione deve essere dedicata alla tutela internazionale dei diritti umani (51). È incontestabile che i reati rientranti nella

(51) In argomento v. per tutti G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sopranazionale*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2007, p. 69 ss.

competenza della Corte penale internazionale, e cioè i crimini di guerra, contro la pace e contro l'umanità, offendono i diritti umani. D'altra parte, la questione centrale che si pone è quale sia il reale obiettivo perseguito dal sistema internazionale (52). Ed infatti, in una prospettiva — per così dire — statica e chiusa, volta a valorizzare la dimensione internazionale, come anche il meccanismo giurisdizionale in sé e per sé considerato, si potrebbe pensare a una funzione preventiva a tutela dei diritti umani o retributiva di riaffermazione del valore di tali diritti. Al contrario, in una prospettiva "dinamica" o comunque integrata, volta a valorizzare il rapporto sussidiario tra pace e giustizia, tra riconciliazione e giurisdizione, tra dimensione nazionale e dimensione internazionale, il sistema internazionale persegue anzitutto la risoluzione interna del conflitto e quindi la realizzazione di autonomi procedimenti costituenti, utilizzando la minaccia del diritto punitivo-giurisdizionale come mezzo per spingere a perseguire queste finalità.

7. *Dall'uomo alla persona: "chiaro e oscuro" della prevenzione speciale.* — Il passaggio dallo Statuto Albertino alla Costituzione del 1948 ha determinato una significativa e interessantissima trasformazione del concetto di uomo (53): dall'uomo astratto — si potrebbe dire dal "cittadino" — proprio dello Statuto Albertino si è passati ad una concezione di uomo che valorizza due diversi profili: da un lato, l'uomo universale, portatore di diritti fondamentali; dall'altro lato, la persona, il singolo uomo in carne ed ossa, irripetibile, portatore di istanze proprie e specifiche, potremmo dire uniche.

In particolare, la prima prospettiva universale valorizza l'uomo in quanto tale e rappresenta il potenziamento di quella prospettiva giuridico-costituzionale, che nasce con la rivoluzione francese, diretta a limitare l'arbitrio, l'irrazionalità, il sopruso del potere politico: esistono diritti

(52) Sul tema cfr. G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. PALAZZO-R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, p. 97 ss.; inoltre, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *La "giustizia di transizione": amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, ivi, p. 57 ss.

(53) P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 152; S. ROSSI, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 26 ss.; P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e post-moderna*, in *Giorn. St. cost.*, 2008, p. 20 s.; M. DI COSIMO, *Dignità umana e Stato costituzionale*, Firenze, 2010, p. 99 ss. Con riferimento all'"uomo" parametro del principio di eguaglianza cfr. M. FIORENTINI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, p. 151 ss., il quale afferma che « le Costituzioni democratiche del Novecento hanno messo al loro centro la persona, ovvero un *quid pluris* rispetto all'astratto soggetto di diritto, che tiene conto della concretezza della vita associata, e soprattutto delle effettive condizioni sociali, economiche e culturali, che concorrono a determinare il suo sviluppo » (p. 151).

inviolabili e inderogabili che nessun potere pubblico, per nessuna ragione, può ledere. La prospettiva personalistica, invece, valorizza l'uomo in carne ed ossa così come inserito all'interno del contesto storico, sociale, materiale e rappresenta una vera e propria novità, in quanto espressione di una prospettiva "sociale" del tutto inedita rispetto alle esperienze precedenti.

È opportuno precisare che questa sorta di concretizzazione dell'uomo attraverso il concetto di persona comporta, a volte, all'interno della stessa Costituzione, l'attribuzione di una certa rilevanza a condizioni particolari al fine di individuare "categorie generali di soggetti": così ad esempio si parla di madri e bambini (art. 37), di indigenti (art. 32), di "capaci e meritevoli" (art. 34). D'altra parte, queste categorie vengono individuate non con uno scopo discriminatorio o differenziale, ma al fine di promuovere politiche che consentano di realizzare nel modo più efficace possibile una eguaglianza sostanziale. Tali categorie generali nascono quindi per individuare una condizione di debolezza con il proposito politico di superarla. Si tratta di una precisazione di grandissimo rilievo, perché in questa fase storica, purtroppo, si assiste invece alla elaborazione di categorie sociali aventi una funzione discriminante (straniero, tossicodipendente, recidivo).

Ebbene, queste direttrici di fondo che orientano l'intera Costituzione, si trovano specificate anche rispetto alla pena e più in generale rispetto al diritto penale. Da un lato, si sancisce che « le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità » (art. 27, comma 3, Cost.), bandendo anche la pena di morte (allora con esclusione delle leggi militari di guerra, oggi rispetto anche a queste leggi, siano esse di pace o di guerra). Dall'altro lato, si sancisce che « le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato » (ancora art. 27, comma 3, Cost.). Mentre il primo principio è espressione della dignità dell'uomo, del rispetto dei diritti umani fondamentali, della prospettiva universale; il secondo ha soprattutto la funzione di creare una pena che include e che consente di svolgere una fondamentale e concreta funzione di integrazione sociale.

Soffermandoci ancor più nel dettaglio su questa funzione rieducatrice della pena e sul suo profondo significato, in questa sede merita osservare come anche tale funzione finisca per presentare lati oscuri e lati chiari. Ed infatti, sotto il primo profilo, è a tutti noto come la prevenzione speciale, al pari delle altre funzioni della pena, abbia in sé le potenzialità di realizzare pericolose strumentalizzazioni del reo: basta pensare al fatto che essa, in presenza di un soggetto che si rivela impermeabile rispetto al trattamento, può imprimere alla pena una durata perpetua, oppure al fatto che per il suo tramite lo Stato può imporre una determinata visione del mondo.

D'altra parte, sotto il secondo profilo, la prevenzione speciale presenta dei lati chiari molto efficaci, che sono in grado di annullare le istanze di neutralizzazione proprie dei sistemi sanzionatori soprattutto carcerari. Ed

infatti, anzitutto, si deve osservare che soltanto attraverso questa funzione l'ordinamento incontra il volto del reo e inizia a guardarlo negli occhi (34). Si può parlare di dimensione umanitaria della rieducazione, in quanto è la rieducazione che prende in considerazione l'umanità del reo, il suo essere persona.

In secondo luogo, l'idea di rieducazione-risocializzazione o comunque l'idea che pone al centro il reo esprime una fortissima istanza sociale e solidaristica (35). Il prezzo del reato non può essere fatto ricadere soltanto sulle spalle del reo. Tale prezzo deve ricadere anche sullo Stato, sia perché le cause della criminalità affondano solo in parte nell'individuo, sia perché non ha senso che un soggetto (lo Stato) formuli un rimprovero, se poi non spiega, non argomenta, non aiuta il soggetto rimproverato (il reo). Il reato rompe un rapporto sociale, il diritto penale interviene come terzo, elaborando il conflitto fuori dalla società, dopo di che è fondamentale che, chiuso il processo, si torni a inserire il reo a contatto con la società, anche perché lasciare il reo solo significa nella sostanza condannarlo all'esclusione, all'emarginazione.

Ecco allora che, in terzo luogo, la prevenzione speciale è l'unica funzione che consente di porre argini ad ogni deriva escludente e segregazionistica propria soprattutto della pena carceraria (36). Nonostante tutti gli sforzi profusi per razionalizzare la logica punitiva, non c'è alcun dubbio che il diritto penale ha da sempre e sempre continuerà ad avere una pulsione ad espellere, cancellare, una pulsione a soddisfare istanze di stabilizzazione sociale attraverso "il sacrificio" rassicurante di ciò che esprime l'alterità destabilizzante (37). Oppure, detto da altra prospettiva, soprattutto da quando il diritto penale è governato dal potere pubblico, la pena è strumento di un controllo generalizzato e pervasivo della società e in particolare del "rischio da reato" espresso dal pericolo e dalla devianza sociale (38).

Anche alla luce di queste considerazioni, si pone infine la questione se la stessa rieducazione non possa essere considerata una sorta di diritto

(34) G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in F. PALAZZO (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari, 2010, p. 85.

(35) G. FIANDACA, *Art. 27, in Rapporti civili*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 223 ss.

(36) C.E. PALUZZO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 169 ss.; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, p. 175 ss.

(37) P. COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"*, in S. CANESTRARI-L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, p. 101 ss. e gli Autori *ibi* citati.

(38) D. GARLAND, *La cultura del controllo: crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, *passim*.

forse addirittura fondamentale del condannato (39). Sicuramente vi sono forti perplessità per una conclusione del genere, non foss'altro per i rischi di strumentalizzazione a cui abbiamo già accennato. Dovendosi considerare inoltre lo scetticismo che sul piano teorico circonda la rieducazione, come anche l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra le istanze della rieducazione e le altre funzioni della pena. D'altra parte, proprio la riflessione sul lato oscuro dei diritti umani ci ha permesso di notare come essi stessi presentino in sé alcuni limiti, e come all'interno del moderno costituzionalismo risultino alla fin fine suscettibili di diverse interpretazioni e letture.

Ecco allora che in questo nuovo contesto giurisdizionalizzato gli stessi concetti giuridici sono destinati a subire un'interessante trasformazione, che proprio la prospettiva del lato "chiaro" o "oscuro" dei diritti umani consente di illuminare.

ROBERTO BARTOLI
Associato di Diritto penale
Università degli Studi di Firenze

(39) Sul punto v. per tutti F. PALAZZO, *Costituzionalismo penale*, cit., p. 586.