

Dignità e Fondamento. Prospettive a confronto.

di

Andrea Racca*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La dignità come meta-principio dell'ordinamento giuridico. - 3. Dote o prestazione. - 4. Questioni irrisolte di tecnica giuridica.

1. Introduzione

L'ordine internazionale contemporaneo, pur formalmente edificato sui principi della sovranità statale, della non ingerenza e della cooperazione giuridicamente organizzata, appare oggi attraversato da una crisi che non è soltanto politico-strategica, ma propriamente ordinamentale, poiché investe il fondamento stesso della pretesa di validità del diritto nelle relazioni tra gli Stati¹. Il progressivo indebolimento dei dispositivi multilaterali, la riemersione di logiche di potenza e la crescente normalizzazione dell'eccezione geopolitica mostrano, infatti, come la mera positività delle norme internazionali non sia di per sé sufficiente a garantirne né l'effettività, né, prima ancora, la loro legittimità.

* Dottore di ricerca in Diritti e Istituzioni, Università di Torino e avvocato specializzato in Diritti umani.

¹ L'attuale fase delle relazioni internazionali è caratterizzata da un progressivo indebolimento dei meccanismi di regolazione multilaterale e da una rinnovata centralità delle logiche di potenza. Eventi apparentemente eterogenei, quali le ambizioni strategiche sull'area artica e sulla Groenlandia, il protrarsi del conflitto in Ucraina, le prospettive di riorganizzazione forzata della Striscia di Gaza e le iniziative coercitive nei confronti di *leadership* politiche ritenute illegittime, rivelano una tendenza convergente: la difficoltà crescente del diritto internazionale nel contenere l'azione unilaterale degli Stati.

Proprio in questa frattura torna ad imporsi, con rinnovata urgenza, il problema del fondamento del diritto: vale a dire la questione di ciò che consente all'ordine giuridico di pretendere obbedienza non soltanto perché posto, ma perché rispettato e riconosciuto; non soltanto perché efficace, ma poiché intrinsecamente orientato alla tutela di ciò che non può essere rimesso alla pura disponibilità del potere². In tale orizzonte, la dignità umana riemerge come categoria teorica decisiva, poiché designa il punto in cui il diritto è chiamato a misurarsi con il proprio limite interno e con la propria condizione di decisività: essa non coincide semplicemente con uno dei valori protetti dall'ordinamento, ma tende piuttosto a configurarsi come criterio cardine in forza del quale l'ordinamento stesso può dirsi legittimo, nella misura in cui riconosce nell'essenza umana un fine e non un mezzo, un centro di imputazione di valore e non un mero oggetto di regolazione³.

La dignità, allora, non opera soltanto come clausola assiologica del costituzionalismo contemporaneo, né esclusivamente come formula riassuntiva del catalogo dei diritti fondamentali, ma come nozione di soglia, che impedisce al diritto di degradarsi a tecnica di amministrazione della forza e lo vincola a un contenuto minimo di giustizia, riconoscimento e indisponibilità dell'umano⁴. Da ciò consegue, che riaccentrare il dibattito sulle teoretica del principio di dignità umana non esprime affatto una regressione verso fondazioni metafisiche rigidamente precostituite, ma rappresenta, piuttosto, il tentativo di ripensare in termini criticamente sostenibili il fondamento del diritto nell'età del pluralismo, della vulnerabilità diffusa e della crisi delle grandi sintesi normative: un

² N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, ult. ed., spec. pp. 3 ss.; S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985, cfr. pp. 11 ss.; R. ALEXI, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 2002, cfr. pp. 25 ss.

³ A. BARAK, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 3 ss.; C. DUPRÉ, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Hart, Oxford-Portland, 2015, cfr. pp. 1 ss.; P. CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, Hart, Oxford, 2009, cfr. pp. 17 ss.

⁴ J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, cfr. pp. 13 ss.; M. ROSEN, *Dignity. Its History and Meaning*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012, pp. 1 ss.; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 9 ss.; E. DALY, *Dignity Rights. Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2012, pp. 3 ss.

fondamento non statico, né dogmatico, ma capace di tenere insieme universalità e storicità, valore della persona e mediazione istituzionale, limite al potere e apertura del discorso democratico⁵.

L'operazione di (ri)articolare la funzione fondativa della dignità umana nel dibattito politico e pubblico, a parere di chi scrive, può essere effettuata metodologicamente in svariati modi, proprio in vista della polisemantica intrinseca al concetto, tuttavia lo scrivente ritiene in questa sede di proporre una comparazione tra diverse prospettive, contrapponendo una certa funzione fondativa interpretativa-sistemica, comune a autori quali Patrick Capps e Ronald Dworkin, da quella antropologica simbolica di Héritier.

Da un lato, la comunanza tra Dworkin e Capps consiste proprio nell'individuazione del tratto fondativo della dignità, se nel primo assume la funzione di base comune del dibattito politico⁶, nel secondo non si limita a fungere da valore morale sovraordinato o da formula assiologica del lessico dei diritti, ma opera quale criterio di intelligibilità del fondamento stesso del diritto internazionale⁷. Da questo punto di vista, la teoretica della dignità non designa un'arbitraria nostalgia per fondamenti metafisici perduti, ma il tentativo di verificare se il diritto contemporaneo disponga ancora di una categoria capace di sottrarre la persona alla riduzione a mezzo, funzione, dato o merce. È, infatti collocata, nel Preambolo della Dichiarazione universale del 1948 e l'articolo di apertura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a fondamento della libertà, della giustizia e della pace, né che l'intero edificio dei diritti umani sia stato costruito, almeno nella sua auto-comprensione normativa, sul riconoscimento

⁵ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011, cfr. pp. 191 ss;

⁶ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, Feltrinelli, Milano 2007;

⁷ P. CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009, pagg. 80-83 ('Human Dignity and the Purpose of International Law') e cap. 5 ('Practical Reasonableness and Human Dignity'). Sul nesso tra dignità umana, ragionevolezza pratica e fondazione del diritto internazionale.

della dignità intrinseca e dei diritti eguali ed inalienabili di tutti i membri della famiglia umana, come super categoria dei diritti⁸.

Tuttavia, proprio questa centralità fondativa ha generato una persistente ambivalenza: da un lato, la dignità viene invocata come presupposto giustificativo del catalogo dei diritti; dall'altro, è sovente considerata nozione camaleontica, sfuggente, mutevole⁹, talvolta persino "vuota", e dunque esposta al rischio di fungere da formula meramente evocativa o da grimaldello argomentativo capace di sostenere esiti teorici divergenti¹⁰.

In questo contesto, Capps mostra che, in un ordinamento privo di una centralità unitaria e strutturalmente esposto alla tensione tra la pluralità degli ordinamenti statali e la pretesa universalistica delle norme comuni, il problema del fondamento non possa essere esaurito, né dalla mera consensualità statale, né da una semplice sovrapposizione moralistica al dato positivo, ma richieda una teoria della legittimazione capace di connettere ordinamento, ragionevolezza (*practical reasonableness*) e dignità umana¹¹. La dignità assume, pertanto, una funzione peculiare: essa non designa semplicemente un contenuto materiale protetto da alcune norme internazionali, ma il principio attraverso cui il diritto internazionale tenta di giustificare la propria pretesa di autorità, oltre il mero coordinamento interstatale, ponendosi come ordinamento rivolto, in ultima istanza, alla protezione della persona umana, quale centro di imputazione di diritti e di riconoscimento.

Sotto questo profilo, la dignità consente di comprendere come il diritto (secondo Capps principalmente quello internazionale contemporaneo), specie nella sua torsione post-bellica e post-cartolare verso i diritti umani, non possa più essere letto

⁸ P. HERITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, EDB, Bologna 2014, cfr. pag. 48. Il richiamo espresso è a Francesco Viola, che indica una lettura secondo tre prospettive: la dignità come valore trascendentale storicamente concretizzata alla luce del senso morale e delle minacce di specie; come super categoria dei diritti; come espressione riassuntiva per indicare un gruppo particolare di diritti.

⁹ A. PIRIZZOLI, *Il Valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Aracne, Roma 2007, cfr. pag.233.

¹⁰ M. DÜWELL, J. BRAARVIG, R. BROWNSWORD, D. MIETH, "Why a Handbook on Human Dignity?", cit., pp. xviii-xix. Nello stesso senso, C. McCRUDDEN, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, n. 4, pp. 655-724.

¹¹ P CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, cfr. pag.

esclusivamente come diritto dei rapporti tra sovranità, ma debba essere interpretato come spazio normativo costruito secondo un ordine di legittimità (che il positivismo giuridico kelseniano già aveva strutturato secondo il modello della *stufenbau*), ma che si misura anche in rapporto alla sua capacità di sottrarre l'umano alla disponibilità della forza e dell'arbitrio¹².

In questa costruzione si innesta proprio la questione del fondamento del diritto e della *practical reasonableness*, che non designa una mera facoltà soggettiva di deliberazione morale, ma bensì il criterio per il quale la dignità umana viene assunta a parametro di legittimazione dell'ordine giuridico, nel passaggio dall'*agency* individuale alla universalizzazione dei diritti e, quindi, al diritto positivo¹³. La *practical reasonableness* è, dunque, la categoria che rende pensabile il fondamento del diritto senza ridurlo, né alla mera volontà degli Stati, né a una moralità esterna e astratta. In altri termini, essa è il ponte teorico attraverso cui la dignità umana diventa criterio di giustificazione del diritto, mediante una funzione di mediazione e traduzione, che permette l'intelligibilità strutturale della costruzione giuridica: non mera positività, non semplice consensualità interstatale, ma costruzione normativa che trae la propria legittimazione dal riferimento alla dignità umana.

Se, in Capps, la dignità funge da criterio di legittimazione del diritto internazionale oltre il semplice coordinamento interstatale, in Héritier tale eccedenza viene ulteriormente radicalizzata, poiché il fondamento del giuridico rinvierebbe anche a mediazioni simboliche, estetiche ed antropologiche, che eccedono la sola grammatica normativo-procedurale. Heritier invita a cogliere che la radice del fondamento del diritto vive anche di immagini, rappresentazioni, ritualità istituzionali e di quella *affectio iuris*¹⁴, senza la quale nessun ordine giuridico

¹² J. HBERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, in *Metaphilosophy*, 2010, 41, 4, cfr. pp. 464 ss.;

¹³ P. CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, cfr. pp. 103-123

¹⁴ P. HERITIER, *La dignità disabile*, cfr. pagg. 65-70 L'*affectio iuris* non coincide né con la semplice osservanza esteriore della norma, né con un generico sentimento soggettivo di adesione al diritto. Essa designa, più precisamente, la dimensione fiduciaria, simbolica e antropologica del rapporto con il giuridico, senza la quale il diritto non riesce a presentarsi come ordine dotato di senso, ma si riduce a pura tecnica dell'obbedienza o dell'organizzazione della forza.

riuscirebbe davvero a presentarsi come obbligante. Ne deriva che la dignità non esprime soltanto il contenuto materiale di una tutela, ma anche il punto in cui il diritto, incluso quello internazionale, rinvia a ciò che ne rende possibile la credibilità, la condivisione e la pretesa di giustizia.

Interrogare la dignità significa, allora, non soltanto chiedersi in forza di quale criterio ogni essere umano debba essere riconosciuto come fine e mai come mezzo, ma anche verificare se l'ordine giuridico contemporaneo, segnato dalla crisi dell'universalismo e dal riemergere di logiche autoritarie, sia ancora capace di custodire quel nucleo di senso, che ne giustifica la validità, oltre la mera effettività.

In tal senso, l'affezione giuridica non rappresenta un'evasione dalla dogmatica dei diritti, ma il suo necessario approfondimento critico: esso esprime la consapevolezza che il diritto positivo, interno ed internazionale, presuppone inevitabilmente una certa idea dell'umano e che tale idea, se non viene esplicitata e sottoposta a critica, rischia di lasciare indeterminato proprio ciò che fonda: *la pretesa di inviolabilità della persona* e, con essa, *la legittimità stessa dell'ordine giuridico*.

La rinnovata attenzione teorica verso la dignità dipende, allora, dal fatto che essa continua a costituire il punto nel quale si intersecano, in modo particolarmente denso, il problema del valore intrinseco della persona, quello dell'eguaglianza morale fra gli esseri umani e quello della legittimazione dell'ordine giuridico. In questa linea, Roger Brownsword ha mostrato come la dignità, nel discorso giuridico contemporaneo, si collochi entro una tensione strutturale tra una concezione liberale, che la assume come presidio dell'autonomia e dell'*empowerment* individuale, e una concezione più conservatrice, che la impiega come *constraint*, ossia come limite sostanziale a pratiche ritenute incompatibili con una determinata immagine dell'umano¹⁵, pratiche che nella giurisprudenza unionale vengono delineate come quei trattamenti disumani e degradanti, che dispiegano in via negativa (mediante la loro censura) la forza pratica del catalogo dei diritti.

¹⁵ R. BROWNSWORD, *Human Dignity from a Legal Perspective*, in Marcus Düwell, Jens Braarvig, Roger Brownsword, Dietmar Mieth (a cura di), *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, cfr. pp. 1-7;

Ne deriva che la teoria del fondamento non segna un'evasione dalla dogmatica dei diritti, ma il suo necessario approfondimento critico. Interrogare la dignità significa, infatti, interrogare il presupposto in base al quale ogni essere umano deve essere riconosciuto come fine in sé; ovvero significa chiedersi in forza di quale criterio l'ordinamento non possa legittimamente sacrificare l'integrità della persona a ragioni di utilità, di efficienza o di mera razionalità tecnica (dunque questionare l'area del disponibile del diritto); e significa, infine, ricercare se vi sia ancora, nel costituzionalismo multilivello, un nucleo assiologico capace di conferire unità ai diritti fondamentali senza ridurli ad un aggregato di pretese contingenti¹⁶.

In questo senso, concepire la questione del fondamento appare come il sintomo di una duplice consapevolezza: da un lato, che il diritto positivo continua a presupporre una certa idea dell'umano; dall'altro, che tale idea non può restare implicita, se non al prezzo di lasciare indeterminato proprio ciò che fonda la pretesa di inviolabilità della persona¹⁷.

2. La dignità come meta-principio dell'ordinamento giuridico

Mediante il criterio della *practical reasonableness* Cappps consente di cogliere la dignità in una funzione ulteriore rispetto a quella di semplice valore proclamato o di singolo diritto soggettivo: la dignità, infatti, diviene il criterio mediante il quale l'ordine giuridico può essere giustificato ossia sovraordinato rispetto al sistema delle fonti e dei principi, capace di orientarne l'interpretazione, l'integrazione e l'applicazione concreta¹⁸.

¹⁶ J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 13 ss.; P. CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009, cfr. pp. 15 ss.

¹⁷ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002, § 65, secondo cui "the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom"; in CGUE, 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, punti 34-35 e 37-38; nonché in BVerfG, 15 febbraio 2006, 1 BvR 357/05 (*Luftsicherheitsgesetz*), sul divieto di trattare l'essere umano come mero oggetto dell'azione statale.

¹⁸ C. McCRUDDEN, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in «EJIL», 19, 2008, p. 655

Proprio per questo, la dignità non opera soltanto sul piano della garanzia di posizioni soggettive determinate, ma a un livello metastrutturale¹⁹, quale parametro che consente di valutare la coerenza dell'intero assetto normativo rispetto all'immagine dell'umano, che esso presuppone e intende tutelare. Essa si configura, così, come clausola di senso dell'ordinamento: non chiude il sistema in una formula assiologica astratta, ma ne orienta dall'interno la legittimazione, imponendo che la validità della regola sia misurata anche in rapporto alla sua capacità di sottrarre la persona alla disponibilità dell'arbitrio e della forza. Lo stesso Dworkin, sebbene non usi l'espressione "meta-principio" in senso tecnico, costruisce una teoria nella quale la dignità svolge una funzione architettonica: è il presupposto che giustifica eguale considerazione e rispetto, autonomia morale e responsabilità personale, dunque, non è un diritto tra gli altri, bensì il fondamento interpretativo dei diritti. Essa non si configura semplicemente come uno dei tanti concetti giuridici del costituzionalismo post-totalitarismi, accanto alla libertà, all'uguaglianza o alla solidarietà, ma come il presupposto assiologico che ne rende possibile la coerenza sistemica e la legittimazione normativa²⁰.

Secondo un'interpretazione consolidata, a differenza dei principi tradizionali, che operano prevalentemente sul piano della regolazione settoriale dei rapporti giuridici, la dignità interviene a un livello metastrutturale, fungendo da parametro di legittimazione dell'intero assetto normativo²¹. In tal senso, essa svolge una funzione analoga a quella di una "clausola di senso" dell'ordinamento, consentendo di verificare se una determinata disciplina, pur formalmente valida, risulti compatibile con il catalogo costituzionale che tutela l'integrità della persona²². Proprio per questa sua attitudine ordinante, la dignità si radica nel nucleo fondatore ed aggregatore del diritto, che nulla ha di mostruoso²³, ma funge

¹⁹ G. REPETTO, *The judicial use of human dignity in social rights issues. A European perspective*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2022, cfr. p. 134 ss.

²⁰ A. BARAK, *Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 89 ss

²¹ J. WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, cfr. pp. 13 ss.

²² M. ROSEN, *Dignity: Its History and Meaning*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2012, pp. 105 ss.

²³ In contrapposizione all'idea di dignità quale sfinge, quale enigma indecifrabile. Vd. P. HERITIER, *La dignità disabile*, cfr. pag. 69.

da parametro regolatore del vivere sociale: non si limita, infatti, ad orientare l'interpretazione e l'applicazione delle singole norme, ma offre il criterio ultimo di legittimazione dell'esperienza giuridica-sociale, nella misura in cui consente di misurare la giuridicità stessa della regola nell'esperienza concreta, alla luce della centralità dell'essere umano.

La configurazione della dignità come meta-principio emerge, dunque, con particolare evidenza nella giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, dove essa viene frequentemente impiegata non soltanto per fondare singoli diritti soggettivi, ma per definire i limiti strutturali dell'azione legislativa e amministrativa²⁴. In questo utilizzo, la dignità opera come criterio di "ultima istanza", idoneo ad invalidare norme od applicazioni incompatibili con l'immagine della persona presupposta dall'ordinamento²⁵, immagine che validamente si lega ad un'estetica giuridica, ma come rappresentazione del vivere concreto, del manifestarsi del rapporto astratto determinato dalla fattispecie (che nella sua astrattezza e sterilità costituisce sì *fictio et symbolum*). Questa funzione metanormativa si manifesta in modo particolarmente evidente nei settori caratterizzati da elevata complessità etica e/o tecnologica, quali la bioetica, la protezione dei dati personali, l'intelligenza artificiale e non da ultimo il fine vita, nei quali il legislatore è chiamato a disciplinare ambiti privi di parametri normativi consolidati²⁶. In tali contesti, la dignità assume il ruolo di criterio orientativo primario, capace di guidare l'interpretazione in assenza di regole dettagliate e consolidate²⁷.

Sul piano teorico, la qualificazione della dignità come meta-principio consente, dunque, di superare l'alternativa tra fondazioni metafisiche rigide e relativismo normativo, essa non presuppone una concezione sostanziale predeterminata dell'essere umano (fondamento malleabile), ma rinvia a un nucleo minimo

²⁴ Corte cost. fed. tedesca, sent. 15 febbraio 2006, in tema di dignità e sicurezza; CEDU, *Pretty v. United Kingdom* (ric. n. 2346/02), 29 aprile 2002 (finale 29 luglio 2002)

²⁵ M. CARTABIA, *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, cfr. pp. 93 ss.

²⁶ D. BEYLEVELD – R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, OUP, Oxford, 2002;

²⁷ S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2013, cfr. pp. 41 ss.

d'intangibilità della persona, costantemente ridefinito attraverso il dialogo istituzionale e sociale²⁸.

La comunanza nella funzione fondativa della dignità delineata da autori quali Dworkin e Capps consiste proprio nella funzione architettonica del principio, la teoria dworkiniana dell'integrità del diritto presuppone l'esistenza di principi morali di fondo, capaci di conferire unità al sistema giuridico, ove la dignità, intesa come rispetto eguale per ogni progetto di vita autentico, si colloca al vertice di tale struttura²⁹. Parallelamente, la riflessione di Patrick Capps consente di comprendere come la dignità non operi soltanto come formula assiologica astratta, ma come criterio di giustificazione dell'ordine giuridico, nella misura in cui, attraverso la *practical reasonableness*, essa orienta il passaggio dall'*agency* individuale alla protezione dei diritti e, quindi, al diritto positivo. In questa prospettiva, la dignità non sostituisce i diritti fondamentali, ma ne rende possibile la loro lettura sistemica, fungendo da parametro di legittimazione dell'assetto normativo e da criterio di raccordo tra autonomia della persona, eguaglianza morale e protezione giuridica³⁰. Ne deriva una concezione della dignità come meta-principio, che non sostituisce i diritti fondamentali, ma ne governa l'interpretazione sistemica, fungendo da criterio di armonizzazione tra libertà ed eguaglianza, tra autonomia e solidarietà¹².

Tuttavia, proprio la natura meta-principiale del concetto espone la dignità al rischio di un uso retorico o arbitrario, che ne rappresenta anche la sua vulnerabilità teorica (disabilità concettuale). Quando essa viene invocata in assenza di un'adequata argomentazione, può trasformarsi in una formula vuota, funzionale alla sola legittimazione di decisioni discrezionali³¹. Secondo Capps è proprio la *practical reasonableness*, che impedisce la deriva retorica: la dignità, infatti, collegata alla persona come centro di *agency* e quindi alle condizioni che rendono possibile l'agire umano libero, resta una nozione piena, completa e legittimante.

²⁸ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, Laterza, Roma-Bari, 2009, cfr. pp. 127 ss.

²⁹ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard UP, Cambridge (MA), 2011, cfr. pp. 203 ss.

³⁰ P. CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, Hart, Oxford, 2009, cfr. pp. 112-113.

³¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Laterza, Roma-Bari, 2007, cfr. pp. 635 ss.

Per inverso, secondo Heritier, critica l'autosufficienza della dignità in una grammatica della giustificazione normativa, mostrando che la dignità, se isolata come valore astratto, diventa inevitabilmente vuota. Per Hérítier, infatti, il fondamento del diritto non è riconducibile alla sola dignità presa in forma pura ed autosufficiente, ma alla dignità nella sua relazione con le mediazioni simboliche, che rendono il diritto credibile e obbligante. In tale prospettiva, la dignità come meta-principio non svolge più una funzione di chiusura del sistema (*groundnorm*), bensì rinvia alla struttura simbolica e finzionale (aperta), che rende possibile l'esperienza stessa dell'obbligatorietà giuridica³².

Il diritto, infatti, non si legittima soltanto perché validamente prodotto secondo forme prescritte, ma anche perché capace di rappresentare e custodire le categorie antropologiche fondamentali attraverso cui una comunità riconosce sé stessa e i limiti del potere. Da questo punto di vista, la dignità appare come un principio metagiuridico in senso forte: non perché si collochi fuori dal diritto, ma perché dischiude la dimensione antropologica interna al diritto stesso (che nell'area più precettiva del diritto innesta la sintesi tra il comando e il consiglio).

Da questo punto di vista, la tesi di Heritier si rivela particolarmente feconda anche per il costituzionalismo multilivello: la "non catturabilità" integralmente positivistica della dignità³³, spesso rilevata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non costituisce un difetto del concetto, bensì il segno della sua funzione fondativa, relazionale e storicamente malleabile. La dignità, in altri termini, non è solo criterio di bilanciamento o limite sostanziale, ma figura della terzietà e del rinvio del diritto a ciò che, pur non esaurendosi nel comando della norma, ne rende possibile la pretesa di giustizia.

La sua centralità deriva proprio da tale ambivalenza: la dignità si presenta, al tempo stesso, come presupposto oggettivo dell'ordinamento e come esperienza soggettiva della persona. Sotto il profilo oggettivo, la dignità opera come

³² P. HERITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, cfr. pp. 84-85;

³³ Sul carattere polisemico del principio della dignità G. PECES-BARBA, *La dignità della persona umana*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. pp. 15 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 179 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, cfr. pp. 43 ss.

fondamento malleabile (ma anche quale criterio strutturante) dell'ordine giuridico (l'impalcatura architettonica da essa discendente si modella a seconda delle fluttuazioni che operano al nucleo del fondamento). Essa funge da limite invalicabile all'esercizio del potere, da parametro di legittimità delle norme e da criterio di coerenza dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, il fondamento si configura come valore indisponibile, intrinseco all'essere umano in quanto tale, indipendente da qualità, prestazioni o riconoscimenti esterni (dunque esterno all'*agency* individuata da Capps).

Parallelamente, la dignità si manifesta come esperienza soggettiva, legata all'autocomprensione dell'individuo, alla percezione del proprio valore e alla capacità di orientare responsabilmente la propria esistenza. In questa dimensione, essa non è soltanto un attributo ontologico, ma una pratica vissuta, che si costruisce attraverso le scelte, le relazioni e i processi di riconoscimento sociale, sui cui opera il sostrato simbolico del diritto.

La dignità, per Hérítier, non è soltanto il nome del valore intrinseco della persona, ma anche il luogo in cui si manifesta la "dignità del diritto", vale a dire la sua capacità di rinviare a un fondamento antropologico, che non si esaurisce né nel formalismo normativistico, né nella sola positivizzazione costituzionale del principio³⁴. Ne deriva una concezione più complessa del fondamento: non meramente sostantivo, ma neppure esclusivamente procedurale; non riducibile alla moralità dell'agente, ma nemmeno dissolvibile nel gioco delle pratiche democratiche. Il diritto esige, infatti, una mediazione simbolica, una rappresentazione della terzietà, una forma di affezione, che consenta al soggetto di riconoscere nell'ordinamento non soltanto un apparato coercitivo, ma un ordine dotato di senso.

In questa chiave, la dignità in Hérítier si rivela "disabile" non già perché indebolita, ma perché strutturalmente non autosufficiente: essa rinvia costitutivamente a mediazioni storiche, simboliche ed istituzionali, e proprio per questo resiste a ogni tentativo di ridurla a nozione puramente tecnica o regola giuridica positiva.

³⁴ P. HERITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, cfr. pp. 65-66;

Rispetto a Capps, l'orizzonte metodologico di Hérítier risulta più ampio nella misura in cui non si arresta alla ricostruzione della dignità come criterio di giustificazione normativa dell'ordine giuridico, ma estende l'indagine alle condizioni antropologiche, simboliche ed estetiche della sua stessa legittimazione. Se in Capps il problema del fondamento viene elaborato soprattutto entro la grammatica della *practical reasonableness*, dell'*agency* e della universalizzazione dei diritti, in Hérítier esso investe altresì la dimensione della terzietà, della rappresentazione, dell'*affectio iuris* e delle forme simboliche, senza le quali il diritto non riesce a presentarsi come credibile e obbligante.

3. Dote o prestazione.

L'aggettivo disabile, utilizzato da Heritier, è, tuttavia, a sua volta pari modo *emblematico*, svolgendo una funzione piuttosto critica, quanto costitutiva: serve a contestare l'immagine della dignità come nozione compatta, autosufficiente, pienamente trasparente a sé stessa ed immediatamente fondativa. Dunque, secondo l'autore il principio non è direttamente fondativo dell'ordinamento, poiché la sua stessa essenza non si lascia possedere in forma pura, lineare od integralmente concettualizzabile; esso rinvia invece ad un intreccio di simbolico, antropologico, estetico e giuridico, che espone il diritto a una costitutiva non-autosufficienza.

Secondo Hérítier, la tradizione che, a partire dall'art. 1 GG e dalla lettura offertane da Dürig, eleva la dignità a valore intangibile e fondamento assiologico dell'intero ordine dei diritti coglie certamente un passaggio decisivo del costituzionalismo postbellico, ma non esaurisce la questione del fondamento del diritto (ma ne rileva solo la punta dell'*iceberg*). Se assunta nella sola forma della "dote", infatti, la dignità tende a cristallizzarsi in una nozione troppo piena e conclusa, esposta al rischio di una ipostatizzazione teorica, che non riesce più a

spiegare le mediazioni storiche, simboliche ed intersoggettive da cui dipende la sua concreta operatività giuridica³⁵.

Per questo la seconda mossa è la critica all'idea di una dignità come pura "dote", esponendo la contrapposizione tra la *Mitgifttheorie*³⁶, che attribuisce alla persona un significato ontologico originario ed indisponibile, e la teoria della prestazione (*Leistungstheorie*), legata a Luhmann, che insiste invece sui processi di autorappresentazione e riconoscimento. Collocare il problema giuridico della dignità, nel solco della dicotomia della dote e della prestazione, significa pertanto sottrarre il principio, sia alla riduzione naturalistica del mero dato originario, sia alla sua dissoluzione nella logica competitiva del merito³⁷.

La dignità, infatti, non coincide né con una qualità empiricamente misurabile del soggetto, né con il risultato di una *performance* socialmente apprezzata; essa designa, piuttosto, il punto nel quale l'ordinamento riconosce che la persona precede ogni attribuzione funzionale, economica o produttiva³⁸. In questo senso, la dignità appare anzitutto come dote riconosciuta giuridicamente: non nel significato patrimoniale del termine, ma quale dotazione originaria, indisponibile e non comparabile, che rende ciascun essere umano titolare di un valore intrinseco egualitario, non condizionato dal successo, dall'efficienza, dalla salute, dalla reputazione o dall'utilità sociale. Tuttavia, proprio perché non si esaurisce in una proprietà statica dell'essere, tale dote dovrà rinviare, allora, alla persona come soggetto agente: secondo la linea sviluppata da Capps, la dignità rileva giuridicamente nella misura in cui l'ordinamento è chiamato a riconoscere e

³⁵ P. HÉRITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, cfr. pp. 32-33, sul rilievo assunto dall'art. 1, co. 1, GG dopo l'Olocausto come fondamento dell'ordinamento giuridico.

³⁶ La denominazione *Mitgifttheorie* è generalmente ricondotta a Hasso Hofmann, che la usa nella sua ricostruzione delle teorie della dignità umana in *Die versprochene Menschenwürde* (1993). Fonti successive richiamano espressamente Hofmann come l'autore della distinzione tra *Mitgifttheorie* e *Leistungstheorie*.

³⁷ M. J. SANDEL, *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2020.

³⁸ Non nella forma di riconoscimento autonomo *Anerkennung* come delineato da Thomas Gutmann, che collega la dignità alla reciproca riconoscibilità delle persone come soggetti di diritto T. GUTMANN, *Anerkennung in den Rechtswissenschaften*, in L. Siep, H. Ikäheimo, M. Quante (a cura di), *Handbuch Anerkennung*, Springer VS, Wiesbaden, 2021, pp. 375-384

proteggere l'essere umano quale centro di imputazione, cioè di libertà, scelta e orientamento finalistico, nonché le condizioni giuridiche che rendono possibile l'esercizio di tale capacità. Lungi dal ridurre la dignità alla prestazione, il riferimento all'*agency* consente, allora, di chiarire come la dotazione originaria della persona esiga la costruzione di un sistema di diritti idoneo a sottrarla all'arbitrio e a renderne effettiva l'autonomia. È questa la linea che, in modi diversi, percorre la riflessione contemporanea sulla dignità come *status* eguale e alto attribuito a tutti gli esseri umani, sottraendoli a ogni gerarchizzazione di rango o di funzione.

Tuttavia, arrestarsi in campo giuridico alla dignità come dote rischia di produrre un esito solo dichiarativo (dunque ancorata al solo normativismo giuridico). Se la dignità fosse pensata unicamente come possesso originario, essa potrebbe restare giuridicamente muta, incapace di misurarsi con le condizioni concrete nelle quali le persone vivono, agiscono e vengono riconosciute. Per questa ragione, accanto alla dote, si erige il polo della prestazione, che non deve però essere inteso nel senso neoliberale della resa produttiva o della misurazione meritocratica, bensì come capacità di apparire, agire, rispondere, entrare in relazione e partecipare al mondo comune. In una simile prospettiva, la dignità non è conferita dalla prestazione, ma chiede istituzioni capaci di rendere effettive le condizioni, perché ciascuno possa esprimere le proprie capacità senza essere degradato da *standard* normalizzanti di efficienza. Proprio da qui scaturisce la riflessione delle *capabilities*³⁹: la dignità fonda l'esigenza di garantire non solo un rispetto formale, ma anche le condizioni sostanziali di fioritura umana.

L'alternativa tra dote e prestazione, dunque, è fuorviante se formulata in termini meramente oppositivi: una teoria adeguata della dignità deve piuttosto pensare la prestazione a partire dalla dote, che in Héritier rappresenta solo un altro modo di concepire il principio del fondamento malleabile del diritto. Il valore della persona non deriva da ciò che essa produce; al contrario, è perché la persona è

³⁹ Sulla dignità come fondamento del *capability approach* e come criterio che esige condizioni effettive di fioritura umana, v. M. C. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; E. CHIAPPERO-MARTINETTI, *Human dignity in the capability approach*, in M. Düwell et al. (eds.), *The Cambridge Handbook of Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

originariamente degna, che la sua azione merita di essere riconosciuta, sostenuta e non umiliata, dalla sua stessa costruzione giuridico-istituzionale. Ne segue che il diritto tradisce la dignità ogni volta che rovescia tale rapporto e subordina il valore del soggetto ai suoi esiti performativi: ciò accade non solo nei dispositivi economici, che premiano esclusivamente produttività e competizione, ma anche in tutte le pratiche culturali e giuridiche, che fanno dipendere il riconoscimento dalla conformità ad un modello di soggetto autonomo, abile, vincente e autosufficiente.

L'intera e annosa teoretica della dignità non consiste, dunque, nello stabilire se questa qualità sia innata od acquisita, ma comprendere come il diritto sia fondato da un'eccedenza rispetto alla sola logica precettiva del dato normante. In questa chiave, la disabilità heritieriana non rappresenta una figura marginale cui estendere, in un secondo tempo, diritti già pensati per il soggetto performante; essa diventa piuttosto il luogo teorico, che rende visibile l'insufficienza di ogni antropologia performativa normocratica.

Su questo punto la prospettiva di Hérítier incontra, pur senza coincidere con essa, la linea della teoria del riconoscimento: se la dignità fosse solo dote, essa resterebbe un attributo silenzioso; se fosse solo prestazione, degenererebbe in premio sociale per alcuni. La mediazione è offerta dal riconoscimento reciproco: il soggetto è degno in sé, ma tale dignità domanda di essere istituzionalmente resa visibile e socialmente non umiliata. Nella scia di Ricoeur ed Hénaff, la mutualità corregge la riduzione della reciprocità a puro scambio: il *riconoscimento autentico*⁴⁰ non è la restituzione equivalente di una prestazione, ma il gesto simbolico mediante cui l'altro viene confermato come non sostituibile e non commensurabile. Questa è l'eccedenza del fondamento, che impedisce di ridursi in una convergenza univoca e pari modo in un bilanciamento parificante di valori.

Se ne ricava una tesi teorica precisa: la dignità è dote quanto al fondamento, ma domanda prestazione quanto alla sua storicizzazione giuridica e sociale. Essa è dote, perché precede ogni giudizio comparativo e vieta che il valore della persona

⁴⁰ M. HÉNAFF, *On the Norm of Reciprocity*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale / Theory and Criticism of Social Regulation*, n. 4, 2010

sia misurato secondo criteri di utilità o rendimento; ma domanda prestazione, perché il diritto non può limitarsi a proclamare un valore astratto, dovendo piuttosto creare le condizioni materiali, relazionali e simboliche, affinché ciascuno possa esistere nello spazio pubblico senza subire degradazione. In questa prospettiva, la prestazione degna non è quella da cui dipende il valore della persona, ma quella che l'ordinamento è tenuto a rendere possibile, predisponendo le condizioni materiali, relazionali e simboliche, affinché la dignità originaria di ciascuno possa trovare espressione senza essere piegata a criteri di efficienza, utilità o conformità performativa⁴¹.

Il punto, allora, non è scegliere tra dignità come dato e dignità come risultato, bensì articolare una teoria nella quale la dote originaria della persona limiti radicalmente ogni ordinamento della prestazione. Là dove il diritto dimentica la dote, esso cade nel funzionalismo; là dove dimentica la prestazione, scivola in un universalismo impotente. Solo tenendo insieme i due piani (in un ordine architettonico chiaro, nel quale la dote fonda e la prestazione segue) resta possibile elaborare una teoria della *dignità integrata*, capace di opporsi tanto alla riduzione economicistica dell'umano, quanto alla sterilità di una proclamazione puramente simbolica. In tal modo, la dignità si lascia intendere come il nome giuridico di ciò che nell'uomo eccede il prezzo, ma che proprio per questo obbliga il diritto a trasformare le istituzioni, affinché nessuno sia valutato unicamente per ciò che rende, produce o performa.

4. Questioni irrisolte di tecnica giuridica.

L'ampliamento dello spazio giuridico alla sfera del simbolico, del rito, dell'immagine, del sacro, della metafora, della fiducia, della terzietà e dell'antropologia del legame costituisce, nella prospettiva di Héritier, una mossa teoricamente ambiziosa e di indubbio fascino. Tuttavia, proprio sul terreno della tutela effettiva dei diritti, essa incontra un'obiezione difficilmente superabile: il

⁴¹ Non una prestazione dell'individuo da cui dipenda il suo valore, bensì una prestazione delle istituzioni, chiamate a predisporre condizioni materiali, simboliche e giuridiche nelle quali nessuno sia umiliato, escluso o misurato soltanto per ciò che rende. P. HÉRITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, cfr. pp. 45-47;

diritto vivente e la giurisdizione continuano ad operare, in via prioritaria, attraverso il dato positivo-normativo, che delimita le pretese azionabili, conforma i poteri del giudice e rende concretamente praticabile la protezione delle situazioni soggettive. Ne consegue che la dimensione simbolica, pur concorrendo alla legittimazione complessiva dell'ordine giuridico, pare restare sul piano della rappresentazione dell'autorità, più che su quello immediato della garanzia. Ad esempio, anche i simboli forensi mostrano, in fondo, questa dipendenza: la toga rileva non perché simbolo in sé, ma perché la norma ne prescrive l'uso nel processo e ne sanziona l'inosservanza (almeno deontologicamente). L'ampliamento della nozione di giuridico fino a ricomprendervi dimensioni troppo esterne rischia, pertanto, di offuscare il perimetro della tutela effettiva dei diritti, la quale, pur presupponendo condizioni simboliche e culturali di legittimazione, continua comunque a realizzarsi mediante forme giuridiche normativo-istituzionali⁴², che si radicano comunque a logiche performative, poiché non si limitano a registrare o proteggere diritti già dati, ma li producono, li qualificano e li rendono concretamente esperibili attraverso procedure, ruoli, linguaggi e decisioni formalizzate⁴³.

Se tutto ciò che rende il diritto credibile e simbolicamente efficace è, quindi, "interno" al diritto, il rischio risulta di diluire troppo l'autonomia del giuridico e di renderne troppo elastica (malleabile) la sua definizione. Una teoria del fondamento può certamente mostrare che il diritto presuppone pre-condizioni culturali e simboliche; ma un conto è sostenere che il diritto ne abbia bisogno, altro conto è identificare tali condizioni con il diritto stesso. La questione del fondamento risulta, infatti, ancora più complessa di quanto si immagini: includere nel giuridico spazi

⁴² P. CAPPS, *Human Dignity and the Foundations of International Law*, cfr. pp. 106-113 e 119-123;

⁴³ Il diritto, anche quando opera nelle sue forme più positive e istituzionalizzate, non si limita a "rispecchiare" la dignità o i diritti, ma li mette in forma, li traduce in pretese azionabili, in status riconoscibili, in tutele esperibili e in effetti giuridici opponibili. In questo senso, il processo è performativo perché non rappresenta soltanto una tutela preesistente, ma la realizza mediante atti, scansioni, oneri, qualificazioni e pronunce.

altri, quali l'antropologico e l'estetico, è infatti un'operazione puramente concettuale, partendo da concetti preformati di antropologia e di estetica⁴⁴.

La questione del fondamento presuppone certamente l'esame delle precondizioni stesse del manifestarsi del giuridico, cioè di quel complesso di mediazioni antropologiche, simboliche ed estetiche. Tali fattori, tuttavia, non rilevano come elementi meramente esterni o accidentali, ma nella misura in cui si traducono in forme, ossia in strutture costitutive attraverso le quali il diritto si rende visibile, credibile e socialmente operante⁴⁵.

Sotto questo profilo, la metodologia di Hérítier non risulta, poi, del tutto estranea a quella di Capps, che pari modo costruisce un'architettura giuridica a partire dalla dignità umana, che non si arresta alla sua enunciazione assiologica, ma ne ricerca le condizioni di giustificazione entro la struttura della regolazione internazionale. La differenza è che, mentre in Capps tale architettura resta prevalentemente affidata alla *practical reasonableness*, all'*agency* e alla progressiva traduzione della dignità in diritti, in Hérítier essa si estende sino a ricomprendere aree ulteriori — simboliche, estetiche e antropologiche — che, pur eccedendo il perimetro del normativo in senso stretto, vengono riportate entro la medesima struttura portante delle forme attraverso cui si organizza la regolazione sociale.

Una seconda annotazione concerne, poi, il modo in cui Hérítier contrappone la propria prospettiva al formalismo normativistico, quando insiste sul fatto che il fondamento del diritto non possa essere risolto nel solo linguaggio della validità, della norma, del prezzo o della razionalità tecnico-economica, e che il diritto non sia riducibile alla sola area del *Law and Economics*⁴⁶. Questo coglie un tasto dolente: il positivismo non spiega integralmente la circostanza che il diritto riesca a vincolare, a farsi riconoscere, a rappresentarsi come giusto. Tuttavia, il filosofo del diritto torinese tende a presentare il positivismo e il formalismo come se fossero incapaci, in blocco, di rendere conto della dimensione simbolica ed istituzionale del diritto. La sua ricostruzione rischia, a parere di chi scrive, di essere troppo frontale

⁴⁴ P. HÉRITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, cfr. pp. 84-85;

⁴⁵ Ibidem, cfr. pagg. 65-66.

⁴⁶ P. HÉRITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, cfr. pag. 84;

e poco differenziata: una cosa è contestare il riduzionismo normativistico, un'altra è suggerire che, fuori dalla sua prospettiva estetico-antropologica, resti solo una concezione impoverita del diritto, come mero comando o calcolo.

In termini teorici, la sua confutazione guadagnerebbe in forza se si distinguesse più rigorosamente tra le varie forme di positivismo, tra teoria della validità e teoria della legittimazione, tra analisi della struttura normativa e analisi delle condizioni simboliche dell'adesione. La critica al normativismo di Hérítier trae forza da un avversario costruito in modo troppo schematico, che resta comunque uno dei modi in cui il diritto esplicita la propria forza e cogenza. Per inverso, Capps non si limita a denunciare l'insufficienza del positivismo, ma offre una categoria intermedia che permette almeno di giustificare come si passi dalla persona, come centro di *agency*, alla universalizzazione dei diritti e, quindi, al diritto positivo, senza escluderne una sua capacità regolativa.

Il terzo nodo critico concerne, infine, il concetto stesso di "dignità disabile": Hérítier afferma esplicitamente che il fondamento del diritto non è riconducibile alla sola dignità, ma a "dignità e disabilità", e che ciascuno è, insieme, degno e disabile, collegando tale struttura all'*affectio*, alla relazione e alla non riducibilità del fondamento alla logica del prezzo. La formula è teoricamente feconda, perché incrina l'immagine di una dignità piena, autoevidente e autosufficiente. Proprio per questo, tuttavia, essa apre una difficoltà ulteriore: la nozione di "disabilità" sembra operare simultaneamente su piani diversi (antropologico, esistenziale, simbolico, giuridico e persino metodologico) senza che sia sempre agevole distinguere il livello al quale il termine viene di volta in volta impiegato. Talora essa designa la vulnerabilità costitutiva dell'umano; talora la non autosufficienza del fondamento; talora la dipendenza del giuridico da mediazioni simboliche; talora, ancora, la resistenza della dignità a ogni chiusura dogmatica. In ciò risiede, sicuramente, la forza e la fragilità del concetto: la sua ricchezza semantica gli consente di disarticolare una nozione irrigidita di dignità, ma, proprio perché esteso a una pluralità di registri, rischia di annientare quella funzione orientativa, e per l'effetto organizzativa, del sistema giuridico. Se, infatti, la dignità è già nozione

strutturalmente polisemica, una sua ulteriore estensione potrebbe esporre il discorso al rischio di dispersione e rendere incerto il confine tra chiarificazione critica e definizione concettuale. Se “disabile” significa insieme finitudine, relazione, non-autosufficienza, eccedenza sul prezzo, apertura all’*affectio* e limite della normatività, il problema resta ancora più capire quale sia il suo uso veramente decisivo e quali conseguenze normative derivino, in concreto, dall’assunzione di tale lessico.

In altri termini, la formula convince sul piano evocativo e critico, tuttavia risulta meno chiara sul piano della determinazione concettuale ai fini della sua giustiziabilità (la resa di giustizia sul piano pratico). Forse l’intento dell’Autore non è quello di individuare una categoria analitica, ma realizzare una costellazione metaforica, che orienti il pensiero attorno al problema, senza però fissarne con precisione i confini.

A tal riguardo, un passaggio fondamentale risulta il nesso tra dignità, fondamento, terzietà che incide, come del resto evidenzia anche Capps, proprio sulla legittimazione istituzionale, che necessita inevitabilmente di articolazioni più profonde per sopportare le spinte autocratiche. Secondo Heritier, tuttavia, tale connessione insiste sul ruolo della figura rappresentata del fondamento (nella sua estetica), sulla prospettiva rinascimentale, sull’emblematica, sulla metafora, sulla comunicazione simbolica, fino a sostenere che la giustizia non può essere pensata senza passare per tali forme. Questo è pacifico: il diritto non è solo testo, ma anche rito e scena (il processo ne è la principale manifestazione), tuttavia, una teoria che valorizza così intensamente il simbolico e l’estetico deve anche spiegare (se può) come distinguere tra simboli emancipativi e simboli oppressivi, tra rappresentazioni che fondano legittimazione democratica e rappresentazioni, che veicolano assoggettamento.

Nella misura in cui il fondamento viene legato alla credenza, all’immagine, alla grazia, al sacro e al fiduciario, resta in parte aperta la questione dei criteri di controllo. Il problema della regolazione sociale per il tramite del diritto non si risolve esclusivamente su questo campo (che giustamente fa parte

dell'architettura così edificata dell'istituzione). Se il diritto ha bisogno di *affectio iuris*, come evitare che questa venga catturata da forme carismatiche, identitarie o autoritarie del politico? Il rischio di estetizzare troppo il diritto è quello perdere di vista una delle principali funzioni della dignità umana esaltata dal costituzionalismo moderno, ovvero impedire la deriva irrazionalistica o mitopoietica. Una teoria del fondamento, che passa per il simbolo, dovrà, infatti, mostrare come anche il simbolo possa essere sottoposto a vaglio critico, democratico e giuridico.

In conclusione, l'analisi svolta consente di approdare ad un risultato ormai difficilmente contestabile: una concezione puramente normativistica del diritto si rivela insufficiente, così come insufficiente è una nozione di dignità ridotta a valore astratto, enunciato in forma solenne, ma privo di adeguata capacità ordinante. In questo senso, il contributo di Hérítier è sicuramente decisivo, poiché mostra come il fondamento del giuridico non possa esaurirsi nel solo linguaggio della validità, della norma o della razionalità tecnico-economica, ma debba aprirsi alle condizioni simboliche, antropologiche e relazionali che rendono il diritto credibile, condivisibile e obbligante.

Resta, tuttavia, un profilo di criticità teorica che non può essere eluso: la forza della costruzione heritieriana è direttamente proporzionale alla sua difficoltà di tradursi in criteri operativi di interpretazione, argomentazione e decisione. Là dove Capps, attraverso la funzione giustificatrice della *practical reasonableness*, offre una grammatica più immediatamente idonea a raccordare dignità, *agency*, e diritti azionabili, Hérítier affida il fondamento ad una architettura più ampia e più densa, ma anche meno agevolmente convertibile in parametri applicativi controllabili. Ne deriva che il suo discorso appare teoricamente fecondo, ma meno attrezzato sul piano della mediazione tra fondamento e prassi giuridica. Il punto non consiste nel negare che il fondamento debba essere costitutivo, profondo e persino eccedente rispetto alla mera positività; consiste, piuttosto, nel rilevare che esso, per continuare a sorreggere il diritto, deve potersi rendere riconoscibile anche nelle sue applicazioni concrete.

Un fondamento che non riesca a lasciare traccia nei procedimenti argomentativi, nei criteri interpretativi e nelle forme della decisione rischia, infatti, di restare confinato in una dimensione troppo “malleabile” per alimentare dall’interno l’esperienza giuridica concreta. Il fondamento è sì costitutivo e (sopra)elevato, ma deve poter essere anche rintracciabile ed alimentabile nelle applicazioni concrete, posto che altrimenti la mancata percezione della sua presenza, rende la sua stessa architettura vetusta, esponendo il rischio che sotto il suo stesso peso possa cadere in frantumi (si spera che non sia questo il momento del suo crollo).