

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

ALBERTO CADOPPI

PATERNALISMO E DIRITTO PENALE: CENNI INTRODUTTIVI

1. «L'obbiettivo di questo saggio è di affermare un principio molto semplice: che l'unico scopo per cui il potere può essere legittimamente esercitato sopra qualsiasi membro di una comunità civilizzata contro la sua volontà è per prevenire il danno ad altri. Il suo proprio bene, sia fisico che morale, non è una ragione sufficiente. Egli non può essere legittimamente obbligato a fare od omettere perché sarebbe meglio per lui agire in tal modo, perché lo renderebbe più felice, o perché nell'opinione di altri agire in tal modo sarebbe più saggio o persino più giusto; queste sono buone ragioni per rivolgergli rimostranze, o per discutere con lui, o per persuaderlo, o per supplicarlo, ma non per obbligarlo, colpirlo con qualche male nel caso in cui egli agisca altrimenti. Per giustificare ciò la condotta che si vuole prevenire deve essere orientata a produrre del male a qualcun'altro. L'unica parte del comportamento di ciascuno per cui egli deve rispondere alla società è quella che riguarda gli altri; nella parte che riguarda meramente se stesso la sua indipendenza è per diritto assoluta: su di sé, sul suo corpo e sulla sua mente l'individuo è sovrano».

Questo brano – tratto del *Saggio sulla Libertà* di John Stuart Mill (1859) – rappresenta il manifesto del liberalismo giuridico.

Allo stesso tempo, costituisce il più classico punto di riferimento per inquadrare la tematica del *paternalismo* nel diritto (penale) e per negarne validità come principio giustificativo della repressione statale¹.

Il liberalismo penale, così come espresso in Mill, accetta come unica giustifi-

¹ Sui rapporti fra paternalismo e diritto penale, per una più ampia e completa trattazione, rinvio ai miei *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, pubblicato in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, pp. 83-124; e in S. CANESTRARI - L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009 (atti di un convegno di Verona del 2007), pp. 283-326; e *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il "caso" dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, pp. 1311-1354. Mi permetto anche di rinviare ad A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, ed ivi soprattutto i contributi R. Shafer-Landau, H. Malm, M. Romano e S. Canestrari-F. Faenza. A questi lavori rinvio anche per tutti i riferimenti bibliografici e le citazioni che qui non si sono volute ripetere, visto il taglio eminentemente introduttivo del presente saggio.

cazione per l'intervento punitivo il divieto di arrecare danni ad altri; non ritiene invece che il diritto penale possa essere utilizzato per impedire agli individui di arrecare danno a se stessi.

Paternalismo deriva naturalmente dal latino "*pater*". Il padre, come è ovvio, si preoccupa del benessere dei suoi figli, e – almeno fino a quando essi hanno raggiunto la maggiore età – proibisce le loro azioni auto-dannose. L'autonomia personale di un figlio minorenne, d'altra parte, è limitata. E questa interferenza sulle scelte dei figli da parte del padre (oggi, dei genitori) è dunque, più che comprensibile, doverosa. Analogamente, è comprensibile che nei confronti dei minorenni lo stesso Stato sia autorizzato a proibire azioni auto-dannose.

Ma, raggiunta la maggiore età, le persone divengono per lo più indipendenti nelle decisioni che riguardano il loro benessere. E lo Stato non può violare questa loro autonomia personale, neppure quando la scelta appaia decisamente auto-dannosa.

La dottrina di Mills ha fatto discutere generazioni di giuristi e di filosofi soprattutto nei paesi anglosassoni. Sono note le dispute accese in Inghilterra fra lo stesso Mills e il giudice James Stephen; e, nel XX secolo, fra il filosofo Hart e il giudice Devlin, il primo più vicino alle posizioni di Mill, e il secondo a quelle meno *liberal* di Stephen.

Ma è stato soprattutto un filosofo americano, Joel Feinberg, ad approfondire mirabilmente la tematica in un'opera in quattro volumi dal titolo complessivo "*The Moral Limits of the Criminal Law*" (1984-1988), e il cui III volume ("*Harm to Self*") era dedicato espressamente al problema del paternalismo.

Per Feinberg il paternalismo non è una ragione sufficiente per la repressione penale. Essa sarebbe giustificata solo dall'*harm principle* o dall'*offense principle*, ovvero dal principio del danno, o dal principio dell'offesa. Detto altrimenti, si può punire chi reca un danno o un'offesa (nel senso di molestia) ad altri, ma non chi danneggia se stesso. Ciò deriva dal riconoscimento dell'autonomia personale come vera e propria intangibile "sovranità su sé stessi". In questa prospettiva, tutte le scelte *self regarding* (ovvero auto-dirette) dell'individuo non sono limitabili dal diritto, a meno che non siano carenti del requisito della volontarietà. La scelta non volontaria di per sé non è espressione di autonomia personale, e dunque nei confronti di scelte di questo tipo il diritto punitivo è autorizzato ad intervenire.

Per Feinberg, l'intervento paternalistico si distingue in due categorie: vi è il *soft paternalism*, e l'*hard paternalism*. Si ha la prima ipotesi nei casi di limitazioni nei confronti di scelte non volontarie da parte dell'agente; e la seconda ipotesi nei casi di limitazioni nei confronti di scelte volontarie da parte dell'agente. È

chiaro che il *soft paternalism* è ammissibile, non trattandosi neppure di “vero” paternalismo. L'*hard paternalism* è quello che entrerebbe in insanabile conflitto con la teoria *liberal*, limitando indebitamente l'autonomia personale e dunque la sfera di sovranità assoluta dell'individuo.

Il paternalismo può distinguersi anche in *diretto* e *indiretto*. Nella prima ipotesi lo stato interviene coattivamente a limitare la sovranità di un determinato individuo nei confronti di azioni che riguardano solo sé stesso. Nella seconda ipotesi vi sono due persone che entrano in gioco: la prima è l'individuo che compie l'azione, la seconda è quella che subisce l'azione dannosa per se stesso ma acconsentendovi o addirittura desiderandola. Il paternalismo diretto, secondo la tesi di Feinberg, sarebbe assolutamente ingiustificabile. Ma sarebbe ingiustificabile anche il paternalismo indiretto. Infatti, quando un individuo acconsente a che un terzo leda un proprio diritto, vien meno, per dirla con termini a noi noti, l'antigiuridicità del comportamento lesivo, e così anche l'illiceità del fatto. La massima *volenti non fit iniuria* per Feinberg è sacrosanta e non ammette eccezioni, essendo espressione diretta del principio di autodeterminazione e del riconoscimento dell'autonomia personale come sovranità su sé stessi. Al punto che, per Feinberg, un individuo può acconsentire anche a che gli siano sottratti o lesi beni supremi, quale la stessa vita. In questa prospettiva, l'omicidio del consenziente non dovrebbe essere punito, anche se naturalmente in relazione a questa drammatica questione, lo stesso Feinberg si rende conto che in siffatta ipotesi la volontarietà del consenso dev'essere accertata con particolarissimo rigore (ma sul punto torneremo tra breve). Anzi, in proposito, si può dire che per Feinberg più importante è il diritto che viene leso, più scrupolosa dev'essere l'indagine sulla volontarietà del consenso.

2. Le tesi di Feinberg, che peraltro rappresentano più che altro un compiuto sviluppo di quanto già *in nuce* lo stesso Mill aveva sostenuto, hanno ricevuto alcuni consensi da parte degli studiosi *liberal*, ma non sono mancate critiche alle stesse.

Da un lato, il pensiero di Feinberg viene criticato da chi non parte da una concezione *liberal* di fondo. Ma questo è ben comprensibile: tutta l'implacatura della concezione di Feinberg, e in particolare le sue idee sul paternalismo, si reggono sul presupposto dell'adesione al liberalismo giuridico più radicale à la Mill. Pertanto, chi non parte da questo presupposto non può dividerne gli sviluppi, e non può dunque neppure aderire alle tesi del filosofo americano sul paternalismo.

Ma anche fra studiosi che si definiscono fautori del liberalismo non mancano

coloro che hanno espresso riserve su alcuni aspetti del pensiero di Feinberg, e più in generale sulle tesi che accolgono un radicale antipaternalismo.

Non è il caso in questa sede di prendere in considerazione tutte queste critiche, e mi limiterò qui, rinviando ai miei studi sul tema già menzionati più sopra per altri approfondimenti sul punto, a esaminare i due scritti più recenti usciti sul tema in Italia. Mi riferisco in particolare ad un articolo di Mario Romano dal titolo *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*²; e ad un saggio di Domenico Pulitanò dal titolo *Paternalismo penale*³.

Mario Romano è in generale abbastanza scettico sull'individuazione di principi generali capaci di limitare *a priori* la discrezionalità del legislatore. La stessa teoria del bene giuridico non sarebbe in grado di impedire al legislatore di effettuare certe scelte relativamente alla repressione penale.

Analogamente, Romano ritiene che non si possa precludere al legislatore di imporre paternalisticamente certi divieti ai cittadini.

D'altra parte, l'illustre Studioso ritiene che ben poche siano le azioni dell'individuo veramente *autodirette*, e che quindi non abbiano alcun riflesso sui terzi. Ovvero, quasi tutte le azioni umane sarebbero anche *eterodirette*. Partendo da questo presupposto, è evidente che praticamente nessuna imposizione legislativa sarebbe espressione di vero *hard paternalism*, perché in fondo praticamente tutte le azioni degli individui sarebbero almeno potenzialmente produttive di danni ad altri, sicché la vera ragione giustificante dell'intervento penale nei riguardi di queste azioni sarebbe, a ben vedere, il principio del danno.

Mario Romano aggiunge che la repressione penale dell'omissione di soccorso, ovvero, per dirla all'inglese, la previsione di *bad samaritan laws*, costituirebbe un importante argomento contro l'antipaternalismo. Invero, secondo Romano – che segue sul punto una tesi già espressa ad esempio Heidi Malm – nel momento in cui il legislatore prevede un obbligo generalizzato di soccorso a carico di tutti i consociati, evidenzia che lo spazio autoreferenziale della libertà dei soggetti è alla fin fine ben poco, dal momento che tutti possono essere prima o poi tenuti al soccorso del proprio simile, quando questo si trovasse in difficoltà o in pericolo. Una ulteriore dimostrazione questa del fatto che le condotte veramente e solamente *self regarding* degli individui sarebbero sostanzialmente ridotte a zero.

Per quanto mi concerne, devo ribadire qui la mia adesione alle teorie di Feinberg. Non solo mi sento di aderire al liberalismo giuridico in generale, ma

² In A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., pp. 103-121.

³ In *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, pp. 489-524.

mi sento anche un convinto antipaternalista. Anch'io infatti ritengo che certe scelte dell'individuo siano espressione di una sua sovranità su sé stesso, e che tutta una serie di azioni umane debbono considerarsi autodirette, e quindi non tangenti diritti di terzi.

Nell'ambito di queste azioni, l'individuo è giusto che abbia piena libertà, ed è giusto che scelga il proprio bene o, eventualmente, il proprio male.

D'altra parte, la stessa definizione di "proprio bene" o di "proprio male" è soggettiva. Un individuo può ritenere bene ciò che un altro individuo può ritenere male, e viceversa. Limitare dunque la libertà personale degli individui al fine di tutelare il loro stesso bene è qualcosa di ingiusto ma anche di fallace. Infatti, quello che molti, e magari il legislatore stesso, ritengono essere il male di un altro, per quell'individuo, nella sua percezione soggettiva, può costituire un bene.

Non mi sembra che le critiche di Mario Romano sul punto siano da condividersi, o quantomeno mi sembrano da condividersi solo in parte.

Dire che praticamente tutte le azioni degli individui sono *other regarding* è cosa probabilmente eccessiva. È verissimo, e in questo Mario Romano ha ragione, che le azioni che in qualche modo toccano diritti dei terzi sono la stragrande maggioranza delle azioni umane. Ma credo che vi sia comunque spazio per un sia pur non numerosissimo novero di azioni che sono effettivamente e semplicemente *self regarding*. È vero che nelle nostre giornate siamo spesso tenuti ad occuparci degli altri ed è giusto che sia così. Ma è anche vero che vi sono spazi e momenti per l'estrinsecazione di scelte d'azione i cui effetti ricadono solo su noi stessi. Se così non fosse, nessuno sarebbe mai riuscito a leggere un libro intero, perché pressato da obblighi verso terzi o verso la società. Neppure l'argomento della repressione penale dell'omissione di soccorso sembra del tutto convincente. In fin dei conti, la giustificazione della repressione penale dell'omissione di soccorso non è il danno a sé stessi, ma il *danno ad altri*. La previsione dunque di obblighi di soccorso generali (*bad samaritan statutes*) non implica in alcun modo un'adesione alle teorie paternalistiche. Solo se l'obbligo di soccorso nei confronti degli altri fosse talmente assorbente e talmente esteso da tenere all'erta continuamente il cittadino si potrebbe dire che questi non ha più alcuno spazio reale per sé, e dunque con ciò sostanzialmente dimostrare che nessuna azione umana è realmente e solamente autodiretta. Ma neppure i codici penali che hanno ampliato più di altri le fattispecie di omissione di soccorso sono mai arrivati all'eccesso di trasformare tutti i cittadini in vigili di fuoco o poliziotti continuamente in servizio, giorno e notte, e in ogni luogo. E del resto, più in generale, si può dire che i reati omissivi – come già aveva rilevato Tommaso

d'Aquino nella *Summa Theologiae* – “*non obligant ad semper, sed at tempus determinatum*”, né obbligano normalmente tutti, ma determinati soggetti, o soggetti che si trovano in determinate situazioni (c.d. “situazioni tipiche”).

In sostanza, si può benissimo legittimare la repressione penale di diverse tipologie d'omissioni, compresa l'omissione di soccorso, senza perciò doversi rassegnare all'idea che tutte le azioni umane, e persino le inazioni umane, siano anche eterodirette. In conclusione: reprimere penalmente alcune tipologie di omissioni può coesistere con l'adesione a filosofie antipaternalistiche.

Un altro studioso che ha recentemente sottoposto a critica, nella dottrina italiana, alcune delle tesi di Feinberg, è, come si diceva, Domenico Pulitanò. L'Autore ha una posizione forse un po' meno favorevole al paternalismo rispetto a Mario Romano: accoglie un “paternalismo temperato”, rifiutando un autonomo “principio paternalistico”⁴.

La relativa apertura al paternalismo da parte di Pulitanò, comunque, si spiega per il fatto che lo stesso non parte come invece fa Feinberg, da una concezione di autonomia personale come sovranità assoluta su sé stessi, ritenendo questo punto di partenza una “morale comprensiva” troppo radicale. Egli parte invece dal principio dell'*eguale rispetto*. La critica di Pulitanò a Feinberg riguarda soprattutto, anche se non solo⁵, i casi di paternalismo indiretto, ovvero il paternalismo che implica due soggetti. Secondo lo Studioso, in questi casi non si dovrebbe pensare all'autonomia personale del soggetto passivo, ma si dovrebbe tener conto del fatto che i precetti penali si indirizzano *in primis* ai soggetti attivi dei reati. Di conseguenza, in certe ipotesi, sarebbe giustificabile proibire una certa lesione attuata da un soggetto nei confronti di un terzo, anche se quest'ultimo fosse per ipotesi consenziente. L'Autore fa l'esempio dell'omicidio: un divieto di uccidere può trovare senz'altro giustificazione anche laddove nel singolo caso vi sia il consenso dell'ucciso. Il precetto sarebbe senz'altro indirettamente paternalistico, ma troverebbe giustificazione anche ulteriore rispetto al principio paternalistico.

Le obiezioni di Pulitanò sono da tenere in seria considerazione perché ci fanno riflettere su casi in cui è davvero difficile prendere una posizione netta in favore o contro una certa incriminazione. L'omicidio del consenziente è certamente una di queste ipotesi. Il fatto peraltro di prendere in considerazione come punto di riferimento del precetto penale l'autore del reato piuttosto che la vittima non

⁴ D. PULITANÒ, *Paternalismo*, cit., p. 521.

⁵ Pulitanò ammetterebbe anche lievi sanzioni in casi di paternalismo diretto a tutela dell'incolumità fisica (*ibid.*). Su queste ipotesi tornerò successivamente.

pare argomento del tutto convincente. Il diritto penale, anche secondo la tradizionale ottica continentale, trova giustificazione nella tutela dei beni giuridici, e non nella repressione di autori di reati. Nel caso dell'omicidio del consenziente, il bene giuridico protetto è sicuramente la vita della vittima. Il problema dunque mi sembra quello di decidere se la vittima possa liberamente acconsentire alla perdita della propria vita oppure no. In sostanza si tratta di capire se il diritto di vivere sia un diritto disponibile o meno. Se il diritto di vivere è disponibile, e se si riconosce un contrapposto diritto di morire, a questo punto il consenso apprestato all'uccisore elimina l'antigiuridicità e quindi ne elimina la illiceità. Il punto dunque è tutto qui: decidere se la vita sia un bene giuridico disponibile dal singolo oppure no. Ma se questo è il punto, allora si ritorna al quesito più generale se l'individuo abbia piena libertà delle proprie scelte di autonomia personale, ovvero se questa autonomia personale debba essere davvero considerata piena sovranità su sé stessi. Il *liberal* convinto riterrà che nell'ambito dell'autonomia personale rientri anche un diritto di morire; e di conseguenza riterrà che il consenso ad essere uccisi abbia piena efficacia scriminante nei confronti dell'uccisore stesso. Negherà di conseguenza qualsiasi intervento paternalistico dello stato anche a tutela del bene vita. Chi parte viceversa da altri presupposti filosofici, giunge inevitabilmente a conclusioni diverse: in particolare, in questo caso, può arrivare alla conclusione che la vita non sia un diritto disponibile e che quindi l'omicidio del consenziente possa legittimamente punirsi.

Quanto sostenuto da Pulitanò non può dunque ritenersi criticabile in modo assoluto, ma semplicemente rappresenta una logica conseguenza del differente punto di partenza filosofico, basato sul principio dell'eguale rispetto, di questo studioso.

Le critiche rivolte a Feinberg finora esaminate, in definitiva, non sembrano mostrare contraddizioni interne al pensiero del filosofo americano. A ben vedere, chi critica gli sviluppi del pensiero di Feinberg sulla questione del paternalismo, sostanzialmente lo fa perché parte da presupposti filosofici di base differenti da quelli di Feinberg. Si tratta di critiche dunque che non sembrano incrinare l'organicità del pensiero stesso di Feinberg, ma che anzi rafforzano l'idea che, partendo dai presupposti filosofici del liberalismo à la Mill da cui Feinberg parte, i corollari da questi derivabili siano effettivamente quelli individuati da Feinberg.

Del resto lo stesso Feinberg non cerca di dimostrare la verità delle sue asserzioni anche riguardo alla tematica del paternalismo. Si limita a dire che partendo dalla concezione *liberal* di Mill e sviluppandola logicamente, essa porta a tutte le conclusioni che lo Studioso stesso individua, antipaternalismo compreso.

3. Una discussione sul paternalismo, in ogni caso sarebbe certamente poco proficua se si limitasse a esporre, magari anche in modo raffinato, questioni teoriche. Una teoria che voglia trovare applicazione nel campo del diritto penale deve confrontarsi con esempi pratici. Pur rinviando ai contributi successivi al mio, in questa rivista, per una approfondita disamina di questioni concrete, vale la pena partire da due o tre esempi per sviluppare qualche minima considerazione personale sull'argomento.

Prendiamo dunque alcune ipotesi quantomeno sospette di essere il prodotto di legislazioni paternalistiche, ed esaminiamole sia pur sinteticamente.

Come ipotesi di paternalismo *diretto*, ovvero a un soggetto solo, possiamo prendere l'obbligo di indossare caschi o cinture di sicurezza. L'imposizione di obblighi di questo tipo potrebbe ritenersi paternalistica e dunque, seguendo le tesi sin qui esposte, potrebbe ritenersi ingiustificata.

Peraltro, tutti o quasi tutti siamo oggi del parere che sia giusto imporre a chi viaggia in moto o in automobile obblighi di questo genere. Com'è possibile dunque che i principi antipaternalistici ci conducano a ritenere ingiustificati obblighi così conformi al buon senso e ritenuti accettabili dalla maggior parte dei consociati? I casi sono due: o è rintracciabile una giustificazione di obblighi simili al di fuori di quella paternalistica, oppure bisogna rassegnarsi al fatto che l'antipaternalismo conduce a risultati contrari al buon senso. Se questa seconda ipotesi fosse vera, allora io stesso sarei ben disposto a rinunciare al mio convinto antipaternalismo e a ritenere che almeno in taluni casi sia giustificabile un intervento paternalistico da parte dello Stato.

Non è mia intenzione qui analizzare approfonditamente l'esempio prospettato. Devo solo dire che lo stesso Feinberg esamina compiutamente queste ipotesi e giunge alla conclusione che obblighi di questo genere siano giustificabili anche in base al principio del danno. Queste omissioni infatti non riguarderebbero solo il soggetto obbligato, ma si riverbererebbero anche sugli altri. Feinberg in sostanza nega il mero carattere *self regarding* di simili condotte.

In effetti, non mancano argomenti per sostenere che il motociclista che non indossa un casco o l'automobilista che non indossa una cintura di sicurezza compia azioni che in qualche modo hanno anche effetti su terzi. Basti pensare al fatto che se un motociclista va a sbattere sul cofano di una automobile guidata da un terzo e, per non aver indossato il casco, muore, sostanzialmente rende autore di un'uccisione, magari anche incolpevole o solo colposa, lo stesso conducente dell'auto. Più in generale, nel momento in cui un individuo si pone in sella ad una motocicletta o al volante di una automobile, compie sicuramente attività che hanno effetti diretti ed indiretti sui terzi e che di per sé stesse non

sono autodirette. È naturale dunque che a queste attività siano connessi una serie di obblighi, alcuni dei quali possono apparire rivolti solo alla tutela di quello stesso individuo, ma sostanzialmente sono rivolti anche all'esterno.

Un altro modo di affrontare la questione potrebbe essere il seguente. Si potrebbe arrivare alla conclusione che obblighi come quelli appena menzionati siano davvero solo autodiretti, e dunque giustificabili solo attraverso un'ottica paternalistica. In questo caso si potrebbe peraltro giustificare questa imposizione in base a due considerazioni: la prima che queste imposizioni non sacrificano se non *lievemente* la libertà dell'individuo, né gli impediscono di portare avanti quelle che sono le vere e proprie loro scelte d'azione, ovvero, nei casi indicati, andare in motocicletta o viaggiare in automobile. La seconda è che in questi casi, a ben vedere, si utilizza normalmente (laddove il sistema la contempli) la *sanzione amministrativa*, e non la sanzione penale. Si potrebbe dunque ritenere, come ha già sostenuto Andrew Von Hirsch (e anch'io ho aderito in precedenza a quest'opinione, sia pur dubitativamente) che norme giustificabili paternalisticamente possono ammettersi, solo alla condizione di non utilizzare come sanzione la sanzione penale, ma esclusivamente quella amministrativa. In fin dei conti, non mancano gli studiosi che ritengono che vi sia una distinzione *qualitativa*, e non solo quantitativa fra i due tipi d'illecito. La sanzione penale stigmatizzerebbe il fatto come *criminoso* e il suo autore come *criminale*, mentre la sanzione amministrativa sarebbe eticamente più neutra e risponderebbe soprattutto a esigenze di organizzazione della vita sociale.

Si potrebbe, a questo proposito, fare un parallelo con ciò che è stato sostenuto relativamente alla *funzione propulsiva* delle norme penali. Da tempo autorevole dottrina ha evidenziato come non sia compito del diritto penale svolgere una funzione propulsiva o promozionale, volta ad attuare dei miglioramenti degli standard morali dei cittadini, oltre a ciò che già si percepisce come giusto nella coscienza sociale. Una funzione promozionale del diritto penale sarebbe sostanzialmente autoritaria e illiberale. La sanzione amministrativa, viceversa, si presterebbe maggiormente a svolgere funzioni promozionali. Se lo Stato mira a migliorare l'individuo, può essere che sia opportuno stabilire sanzioni amministrative al fine di incentivare questo miglioramento dell'individuo e pian piano fare in modo che la coscienza sociale stessa avverta l'inopportunità e addirittura l'illiceità di certi comportamenti. Si pensi al divieto di fumare in certi locali. Si tratta di un'ipotesi che riguarda a ben vedere il danno ad altri, ma comunque quando anni fa fu imposto questo divieto, la coscienza sociale non era così avversa ai fumatori da legittimare l'impiego della sanzione penale in caso di violazione dei divieti introdotti *ex novo*. L'utilizzo della sanzione amministrativa

è stato probabilmente un buon sistema per indurre pian piano la collettività ad interiorizzare divieti di questo tipo.

Il parallelo fra la funzione promozionale del diritto e il paternalismo non è improponibile. In effetti, anche un'intervento paternalistico mira a *migliorare* un soggetto, a fargli fare scelte maggiormente responsabili e meno dannose a sé stesso; scelte che sicuramente non sono interiorizzate dal soggetto medesimo. Dunque si potrebbe pensare, in analogia a quanto avviene alla funzione propulsiva, di ammettere interventi paternalistici prevedendo però solo sanzioni amministrative, e non eccessivamente severe. Sempre che, ben inteso, l'intervento paternalistico limiti *lievemente* la libertà del soggetto, come è il caso – lo abbiamo già detto – degli obblighi relativi a caschi o cinture di sicurezza⁶.

Un altro esempio che ci potrebbe illuminare sulla questione del paternalismo potrebbe essere quello relativo alla prostituzione.

In questo caso, abbiamo un'ipotesi di paternalismo *indiretto*, nel senso che normalmente non si punisce la prostituta che svolge un'attività che magari la collettività ritiene autolesiva; è più frequente, nei vari ordinamenti penali, la repressione penale di soggetti che in qualche modo agevolano o sfruttano l'attività della prostituta (uso qui il femminile, anche se evidentemente anche un maschio potrebbe svolgere questa attività). Qui, dunque, abbiamo due soggetti, la prostituta e il terzo agevolatore.

Punire l'agevolazione della prostituzione quando la prostituta è maggiorenne e non è stata forzata o indotta abusivamente alla sua attività sembra costituire una ipotesi di intervento paternalistico indiretto. In effetti, la prostituta non solo acconsente, ma riceve addirittura un beneficio dall'agevolatore, che per definizione ne "agevola" l'attività.

L'antipaternalista non potrebbe legittimare una simile proibizione, a meno che non riuscisse a trovare altri principi a giustificazione di una simile incriminazione. Sotto questo profilo, per quanto mi riguarda mi sento di ritenere ingiustificata la repressione penale dell'agevolazione alla prostituzione, in quanto pura espressione di paternalismo, e paternalismo "forte", come direbbe Feinberg, perché attuato ai danni di un soggetto consenziente.

Diversa potrebbe essere la soluzione relativamente allo sfruttamento. Qui, in realtà bisogna intendersi sulla nozione di sfruttamento. Se per sfruttamento si intende semplicemente ricavare guadagni proporzionati all'attività realizzata e conseguenti all'organizzazione o alla gestione del lavoro di prostitute, non mi

⁶ Come abbiamo visto, su questo punto la posizione di Pulitanò è simile, ma l'A. ammetterebbe forse anche lievi sanzioni penali.

sembra che una tale condotta dovrebbe essere colpita dal diritto penale. Un soggetto che non ha né obbligato né abusivamente o con l'inganno spinto un'altra persona a prostituirsi, ma ne gestisce in qualche modo l'attività con qualche forma di organizzazione, è comprensibile che debba ricevere un compenso per questa attività. E, se la prostituta è consenziente, non pare realizzare alcun illecito. L'unica giustificazione di una repressione penale di simili comportamenti sarebbe quella paternalistica. Ben diversa è la nozione di sfruttamento inteso quale attività di percezioni sproporzionate di compensi derivanti dall'attività della prostituta; o addirittura quale insieme di costrizioni relative alla tipologia e all'estensione dell'attività lavorativa della prostituta. In questi casi ben difficilmente la prostituta è consenziente. E, anche se la è, la sua scelta raramente sarà volontaria in senso pieno, e dunque anche applicando le teorie di Feinberg si dovrebbe ritenere giustificabile la punizione di simili condotte, in un'ottica dunque non paternalistica. Invero io troverei pienamente giustificabile la proibizione di simili comportamenti.

Va detto che, in molti altri paesi, la normativa sulla prostituzione è stata in anni più o meno recenti cambiata, e si sono decriminalizzate le ipotesi basate su giustificazioni esclusivamente paternalistiche come quelle menzionate. In Italia, è ancora oggi in vigore la legge Merlin del 1958, da questi punti di vista sicuramente arretrata, e intrisa di paternalismi (per lo più di "paternalismi morali").

4. Come abbiamo visto, nell'ambito della tematica della prostituzione, concernente un caso di paternalismo indiretto, è emersa la questione della *volontarietà della scelta* ritenuta auto-dannosa.

In effetti è questo uno dei punti più problematici della tematica del paternalismo. Tornando agli esempi sopra fatti, abbiamo visto che in certi casi non è facile stabilire se la prostituta sia davvero consenziente o no, se la sua scelta sia una scelta davvero libera e volontaria oppure no. D'altronde, il problema si pone, sia pur meno drammaticamente, anche relativamente ai casi di paternalismo diretto. Anche chi non si mette un casco potrebbe aver fatto una scelta volontaria oppure una scelta non realmente volontaria.

Il problema della volontarietà della scelta è il vero nodo di ogni discussione sul paternalismo, soprattutto se si parte dal rifiuto del paternalismo come valida giustificazione della repressione penale.

Essere antipaternalisti non significa, e non deve significare, essere insensibili alle sofferenze umane e alle debolezze dei meno fortunati o dei meno consapevoli. Il diritto penale non può e non deve trasformarsi in un padre, ma non deve

nemmeno cinicamente abituarsi alle disgrazie altrui rimanendo inerte. Liberalismo, insomma, non significa mancanza di solidarietà.

H. L. A. Hart, nel commentare Mill, ironicamente aveva scritto che l'illustre suo antecessore, nell'elaborare le sue teorie sull'autonomia personale, aveva preso a prototipo del suo individuo per "un signore di mezza età" i cui desideri sono relativamente consolidati, non suscettibili di essere stimolati artificialmente da influenze esterne; che sa ciò che vuole e ciò che gli dà soddisfazione e felicità; e che persegue questi obiettivi se può".

In realtà il diritto non può e non deve occuparsi solo di questi signori così responsabili e irreprensibili, ma deve pensare anche agli altri.

Un giovane che accetta uno spinello e che si droga per divertimento compie un'azione tutto sommato piuttosto innocente e magari in quel momento neppure troppo autodannosa. Fra l'altro, se quel giovane quando fuma lo spinello non ha particolari doveri verso gli altri, compie un'azione sicuramente autodiretta e non eterodiretta, e ciò dovrebbe indurre l'antipaternalista a ritenere pienamente legittima una tale condotta. Ma si sa che a volte si comincia con uno spinello e poi si passa a droghe più pesanti e alla fine, magari, si diventa tossicodipendenti e si entra in una spirale di autodistruzione.

La questione della droga e della tossicodipendenza è questione ardua, che qui non può essere che minimamente sfiorata. È vero che filosofi come Douglas Husak, allievo di Feinberg, hanno senza troppi problemi argomentato in favore della liberalizzazione delle droghe, e addirittura della incostituzionalità della loro proibizione⁷. Ma è anche vero che in casi come questi si pone drammaticamente il problema della reale volontarietà della scelta. La scelta apparentemente innocente di quel giovane si è trasformata in una tragedia. E quello stesso giovane, nel momento in cui si trova a lottare tra la vita e la morte per il degrado in cui è precipitato a causa della sua dipendenza, probabilmente se potesse tornare indietro, rinuncerebbe a fumare quello spinello, e a quella successiva *escalation* che lo ha portato fino a quel punto.

Sul problema della volontarietà della scelta non è certo mia intenzione spingermi più in là di questi semplici accenni in questa sede (né intendo prendere qui una posizione decisa in tema di droghe e diritto penale).

Tuttavia, va sottolineato che anche un antipaternalista come Feinberg ha riflettuto a lungo sul problema della scelta volontaria, problema che anch'Egli ha ritenuto centrale per una compiuta discussione sul paternalismo.

⁷ Si veda D. HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale" di Joel Feinberg*, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., pp. 3-39.

È chiaro che il problema della volontarietà della scelta diventa particolarmente drammatico nel caso della *scelta della morte*. Di qui i problemi relativi all'eutanasia, specialmente relativi all'eutanasia attiva. Lo stesso Feinberg, che riconosce un diritto a morire, e che dunque ritiene ingiustificabile la repressione penale dell'omicidio del consenziente, evidenzia il fatto che in tale ipotesi la volontarietà della scelta di morire deve essere accertata con straordinario scrupolo. Normalmente, le persone che chiedono ad altri di ucciderle lo fanno perché soffrono immensamente per gravi malattie o per altri motivi, e dunque la loro scelta non è forse giustificabile da certi punti di vista, ma è comunque comprensibile, e soprattutto credibile. Ma il vero antipaternalista, se non vuole contraddirsi, dovrebbe ritenere efficace il consenso ad essere uccisi anche da parte di persone che non sono ammalate e che non hanno particolari motivi per effettuare questa estrema scelta. In questi casi, naturalmente, è ancora più difficile accertarne la volontarietà.

A questo fine, Feinberg propone di istituire procedure gestite da una autorità apposita volte ad accertare la volontarietà e la libertà della scelta. Simili procedure sono state in effetti già adottate in alcuni Paesi dove si è riconosciuto un diritto a morire, come ad esempio in Olanda. Si tratta di "cause di giustificazione proceduralizzate", come le chiamerebbe Hassemer, che vengono accolte da vari studiosi, fra cui, proprio in alcuni lavori in tema di paternalismo, dal già citato Andrew Von Hirsch. Anche chi scrive si sente di accogliere simili proposte.

Ciò significa che l'omicidio del consenziente, laddove non siano state attuate simili procedure, può essere legittimamente sottoposto a pena. Ma questo non in base ad un principio paternalistico, ma perché in una materia così delicata, laddove tra l'altro la scelta è irreparabile, occorre qualcosa di più del semplice consenso per accertare la volontarietà della scelta stessa.

Ma se la questione del consenso si pone drammaticamente nei casi di eutanasia attiva, meno problematica – specie per l'antipaternalista – è la questione se il paziente possa rifiutare cure salva-vita. Ebbene, qui è chiaro che il rifiuto delle cure scrimina il comportamento omissivo del medico, il quale si limita a non violare la volontà del suo paziente. E d'altra parte nel nostro sistema la stessa Costituzione sancisce il diritto di rifiuto di cure (art. 32), il che porta a ritenere che già *de iure condito* dovrebbe essere pienamente scongiurato il rischio di indebiti paternalismi (anche se le discussioni sviluppatasi attorno a recenti noti casi dimostrano come, nonostante le chiare lettere dell'art. 32 Cost., non manca chi ritiene che esso non si estenda alle cure salva-vita).

Sicuramente più problematico appare risolvere *de lege lata* il problema del-

le c.d. direttive anticipate di trattamento (d.a.t.), o “testamenti di vita”. Il caso Englaro ha evidenziato la difficoltà di addivenire a decisioni giurisprudenziali capaci di mettere d'accordo tutti gli osservatori, anche nel mondo politico. D'altra parte, non è così chiara la possibilità di estendere il diritto al rifiuto di cure anche ad ipotesi di soggetti divenuti incapaci ma che quando erano lucidi avevano espresso chiaramente la loro opinione in proposito. Anche se la Cassazione (civile) con una coraggiosa sentenza ha mostrato che questa possibilità esiste anche a livello di interpretazione delle leggi vigenti, sarebbe opportuno intervenire legislativamente disciplinando le d.a.t.: ma in modo molto diverso da come ha fatto quasi beffardamente (per i *liberal*) il recente disegno di legge discusso al Parlamento, che, se approvato, avrebbe finito per negare quasi del tutto efficacia alle d.a.t. stesse. In questa materia, occorre naturalmente attenzione e scrupolo, proprio al fine di dar rilievo solo a quelle scelte che possono definirsi volontarie e libere, e chiaramente applicabili alla situazione concreta. Ma a queste condizioni, i testamenti di vita relativi a rifiuti di cure future dovrebbero essere previsti e riconosciuti dalla legge, pena un'indebita compressione della libertà di autodeterminazione dell'individuo⁸.

5. Per concludere, le tesi antipaternalistiche di Feinberg possono sicuramente essere criticate, ma non in quanto incoerenti sviluppi della dottrina *liberal* di Mill⁹; piuttosto, esse possono essere sottoposte a critica se si parte da presupposti filosofici di fondo diversi dal liberalismo “deciso” del classico autore di *On Liberty*.

Sotto questo profilo, ciascuno è ovviamente libero di avere le proprie idee. Feinberg, con la sua straordinaria monumentale opera, ci ha dato gli strumenti per accertare di volta in volta, nell'analisi dei singoli casi problematici (droga, prostituzione, gioco d'azzardo, usura, ecc.), se la giustificazione debba considerarsi paternalistica o meno. A questo punto, se nella singola ipotesi si ravvisa un intervento paternalistico “*hard*”, il *liberal* “deciso” potrà facilmente ritenere ingiustificabile quella proibizione. Chi invece non si riconoscesse nel liberalismo à la Mill, potrà anche legittimare alcune di quelle ipotesi, sapendo però che la loro unica¹⁰ giustificazione poggerebbe sul principio paternalistico.

⁸ Va detto che sotto questo profilo sembrano convergere le opinioni di Romano e Pulitanò negli scritti citati.

⁹ Sul punto andrebbero peraltro fatte precisazioni: ad es. per Feinberg anche l'*offense principle* legittima l'intervento penale, mentre per Mill è il solo “danno” ad altri a giustificare la compressione della libertà. Ma per questi ed altri aspetti rinvio ai miei scritti citati a nota 1.

¹⁰ Va precisato – ma sarebbe essere già chiaro – che Feinberg non esclude *in toto* proibizio-

Una volta chiariti questi aspetti, la discussione da parte degli studiosi e degli operatori politici su come trattare normativamente siffatte ipotesi diviene più agevole e trasparente, e meno nebulosa e ipocrita.

ni che abbiano anche effetti paternalistici o che poggino anche su ragioni paternalistiche; rifiuta solo le proibizioni che poggiano *esclusivamente* su ragioni paternalistiche e che non producono (neppure in potenza) danno o molestia ad altri.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012