

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

LUIGI CORNACCHIA

PLACING CARE

SPUNTI IN TEMA DI PATERNALISMO PENALE

SOMMARIO 1. Paternalismo: tutela, ingerenza, coazione. – 2. Incoercibilità legale della libertà personale nel pensiero di Feinberg: autonomia come diritto e valore fondamentale. - 2.1. Potere moralmente performativo del consenso e allocazione della responsabilità. - 2.2. Consenso invalido e paternalismo *soft*. - 2.3. Violazione dell'autonomia e danno. – 3. Paternalismo parziale. – 4. Paternalismo precauzionale *versus* paternalismo tutelare: gli obblighi di auto-protezione. - 4.1. Interventi precauzionali sulle pre-condizioni di esercizio della decisione. – 5. Limiti euristici del criterio del *volenti*: soluzioni riferite al rispetto della dignità. - 5.1. Paternalismo moralistico. - 5.2. Dignità bilanciata e dimensione relazionale della libertà decisionale. – 6. Atti dispositivi *manu aliena*: il ruolo dell'agente. - 6.1. La irriducibile complessità: volontarietà come qualità della relazione interpersonale. – 7. Paternalismo eudemonico *versus* paternalismo umanitario. – 8. La relazione terapeutica. – 9. I limiti morali del diritto penale libertario: progressione dei diritti, tutela dei più deboli, autocomprensione sociale, solidarietà minima.

1. *Paternalismo: tutela, ingerenza, coazione*

Il dibattito sul paternalismo in diritto penale riguarda, come noto, quegli “interventi che in maniera coattiva deprivano una persona di certe opzioni comportamentali, laddove la giustificazione per la rimozione di tali opzioni è che esse sono (potenzialmente) pregiudizievoli per la persona alla quale vengono tolte; pertanto, l'intervento è ‘per il bene’ della stessa persona”¹, e si realizzano attraverso ricorso alla sanzione criminale.

Sul presupposto dell'esistenza di valori oggettivi e di valore normativo a fondamento di ciò che è meglio per il destinatario, a prescindere dalle preferenze di quest'ultimo, sarebbe legittima la sua esclusione o comunque il consistente ridimensionamento della sua partecipazione al processo deliberativo: è perché una certa decisione è giusta, buona, razionale che prevale sull'autonomia del destinatario².

¹ A.P. SIMESTER, A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford, Portland, 2011, 149.

² Sul tema della prospettiva ‘*ideal regarding*’ v. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazio-*

Il paternalismo si definisce in base ai motivi o ragioni per agire di chi interviene, privato o pubblici poteri, non alla luce delle conseguenze (che possono semmai spiegare effetti nel senso della sua eventuale giustificazione): non è, in sé, il diritto a caratterizzarsi intrinsecamente come paternalistico, ma semmai le ragioni che lo supportano³. Ragioni peraltro di solito inesprese, perché il legislatore non ha l'obbligo di esplicitarle e perché possono anche essere solo alcune delle motivazioni di un'opzione di politica del diritto (es. divieto del lavoro infantile, che tende anche a preservare lavoro e paga degli adulti; vaccinazioni obbligatorie, anche per prevenire rischi di contagio; in generale, tutte quelle opzioni volte alla tutela di determinate categorie di soggetti, ma assunte anche per tenere unita una maggioranza, accontentare determinati gruppi di pressione o un certo elettorato, etc.).

Caratteristica saliente è il nesso tra tutela e coercizione: l'agente, titolare del bene, non può rifiutare l'assistenza offerta, che viene imposta obbligatoriamente.

Due modelli normativi possono individuarsi a fondamento del paternalismo giuridico.

Il primo, *deontologico*, presuppone in capo a ciascun individuo l'esistenza di obblighi giuridici verso se stesso, obblighi che vietano comportamenti autolesivi, e ravvisa quindi nell'intervento paternalistico lo strumento di prevenzione della loro violazione⁴. Esclusa l'eventualità che l'esistenza di tali obblighi possano dipendere da un interesse collettivo alla protezione del bene⁵ – in tal caso non si tratterebbe di intervento di tipo paternalistico, che per definizione è a salvaguardia di beni dello stesso destinatario – la loro configurazione sembra

ne "personalistica" della tutela penale, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, 67 s. in nt. 73.

³ M. GOLDMAN - A. GOLDMAN, *Paternalistic Laws*, in *Philosophical Topics*, 18, 1990, 65.

⁴ Per una lettura neokantiana del "dovere giuridico intrapersonale" verso se stesso dedotto dall'imperativo categorico (con particolare riferimento al suicidio) v. A. MAATSCH, *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß. Zum Strafunrecht einverständlicher Sterbehilfe*, Berlin, 2001, 210 s.

⁵ Variamente concepibile: nel senso che la società avrebbe un interesse alla conservazione delle condizioni normative del rispetto dei beni da parte dei cittadini e per questa ragione deve investire risorse per dotarsi di un apparato minimale di regole deputate a proteggere i beni stessi anche dalle azioni poste in essere dai loro titolari G. JAKOBS, *Rezension zu Andreas von Hirsch, Ulfried Neumann, Kurt Seelmann (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten (Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik, Bd. 1)*, Baden-Baden (Nomos) 2010, in *Rechtswissenschaft*, 2011, 95 ss. Così il tabù dell'intangibilità della vita e della marginalizzazione del suicidio garantisce sul piano simbolico la società dal rischio della propria distruzione.

dipendere, in misura più o meno espressa, da una certa concezione dei rapporti tra Stato e cittadino: quella secondo la quale la titolarità originaria dei beni anche personali è della società, della collettività, dello Stato e viene solo concessa al singolo, che non ne può disporre liberamente; prospettiva che, curiosamente, potrebbe essere avvalorata da una lettura strettamente “feinberghiana” del concetto di sovranità contenuto nell’art. 1, comma 2, Cost.⁶; ma che collide con l’ispirazione chiaramente personalistica del tessuto complessivo della Costituzione, radicata in una concezione della dignità umana come realtà originaria e intrasferibile⁷.

Partendo invece correttamente dal presupposto della titolarità esclusiva e originaria dei diritti in capo all’individuo e della loro afferenza alla sfera personale e inviolabile, di doveri verso se stessi sembra potersi parlare solo in un’accezione prettamente morale (secondo tradizione kantiana, obblighi afferenti alla virtù), non certo giuridica⁸. A ragionare altrimenti si correrebbe il rischio di eticizzazione del diritto, che invece ha come ambito esclusivo di incidenza la garanzia della *libertà di azione* della generalità dei consociati quale dimensione operativa del bene comune.

⁶ Ovviamente la sovranità assoluta, intangibile e non bilanciabile su se stessi di cui parla Joel Feinberg (*Harm to Self*, New York, 1986, 52 s.) è pensata in un’ottica prettamente individualistica, per cui non potrebbe applicarsi a quella “del popolo”: quantunque lo stesso Autore accosti volutamente il concetto di *personal Sovereignty* alla sovranità statale del diritto internazionale, proprio a rimarcare, in contrapposizione a quello di mera “autonomia”, il carattere olistico e illimitato della prima, nonché la natura di diritto fondamentale e originario e non di privilegio derivato e revocabile (*ibidem*, 48 ss.); l’analogia si arresta peraltro a fronte delle insuperabili differenze: uno Stato sovrano può intromettersi, in nome dell’intervento umanitario, negli affari interni di un altro a tutela di persone sovrane minacciate di sterminio, mentre un individuo non può fare lo stesso nei confronti di un altro per proteggere i “diritti” di desideri, organi, arti, che sovrani non sono; in generale, tra individui sovrani rimane intangibile il limite della *privacy* (*ibidem*, 50 s.).

⁷ A tacer d’altro, accogliere la concezione di cui qui si fa cenno comporterebbe che, se davvero la sovranità anche sulla dimensione individuale “appartiene al popolo”, questo potrebbe assumere la decisione sovrana di revocare la concessione fatta al cittadino. Invece l’idea del rispetto e del riconoscimento reciproco della dignità di soggetti morali come principio delle relazioni umane non dipende dalla volontà collettiva, è logicamente antecedente e fondativo rispetto allo stesso principio democratico: D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 499 ss., 500.

⁸ W. VOSSENKUHL, *Paternalismus, Autonomie und Rechtspflichten gegen sich selbst*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, 275 ss.; K. SEELMANN, *Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus?*, *ibidem*, 242 s.; nel contesto del pensiero neokantiano cfr. già M. KÖHLER, *Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht*, in *ZStW*, 104, 1992, 20 ss.

Il secondo modello, *tutelare*, riconosce speciali obblighi solidaristici, che impongono tanto ai singoli quanto ai pubblici poteri di intervenire a salvaguardia delle persone quando *non vogliono o non possano* tutelare da sé i propri beni fondamentali. Un'espressione che non a caso riecheggia quella adottata dal legislatore internazionale in uno specifico ambito di intervento umanitario di tipo giurisdizionale⁹: a sottolineare come tale paradigma di intervento giuridico abbia connotazioni in qualche modo analoghe, nel senso di essere deputato a proteggere soggetti deboli da possibili prevaricazioni, abusi o coartazioni, provenienti talora da circostanze ambientali piuttosto che da soggetti individuati.

Il *background* su cui si insedia l'istanza tutelare è il riconoscimento empirico di limiti conoscitivi e di carenze sul piano razionale che inficiano sempre i processi decisionali; limiti che rendono ardua al singolo individuo una corretta e completa ponderazione di tutti gli svantaggi, dei costi di ammortamento iniziali e dei possibili saldi negativi finali che ogni scelta comporta: rispetto ai quali il diritto dovrebbe provvedere destinando ai consociati meccanismi correttivi, talora anche di tipo coattivo. Peraltro tale linea direttrice normativa presuppone anche una concezione più o meno marcatamente *welfaristica* sul piano politico.

In una prospettiva liberale, si dovrebbero ammettere solo protocolli di intervento non invasivi (o minimamente invasivi) nei confronti della libertà, orientati a influenzare i comportamenti *correggendo deficit di razionalità* empiricamente documentati nelle decisioni individuali: predisposizione del miglior *set* disponibile di informazioni rilevanti; previsione di discipline giuridiche che incoraggino determinate scelte (ma comunque autonome) da parte dei destinatari; elaborazione di strategie di *opt-out* (anziché di *opt-in*) rispetto a normative di tipo tuzioristico¹⁰.

Diversamente quando, anziché a ovviare a carenze conoscitive, l'intervento è diretto a modificare preferenze individuali che contrastano con valori (supposti) universalmente riconosciuti (*paternalismo valoriale*)¹¹.

⁹ Quello della Corte Penale Internazionale ai sensi dello Statuto di Roma, in base al c.d. principio di complementarietà.

¹⁰ Nel terzo caso, sul presupposto che certe cautele a garanzia di se stessi probabilmente non verranno liberamente scelte dagli interessati (es. un'assicurazione previdenziale), l'ordinamento, invece di lasciare completamente aperta la possibilità di opzione, prevede la loro automatica adozione in certi settori, permettendo però ai beneficiari di rinunciarvi con decisione esplicita: cfr. recentemente H. EIDENMÜLLER, *Liberaler Paternalismus*, in *Juristische Zeitung*, 2011, 814 ss., in ptc. 818 s.

¹¹ Così l'esempio milliano del contratto con cui taluno diviene schiavo di un altro; o il cd '*dwarf throwing*' (o '*dwarf tossing*'): cfr. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen, 2005, 361.

La limitazione della libertà individuale è intrinsecamente e irrimediabilmente connessa all'ultimo tipo di intervento paternalistico; ma anche rispetto a paradigmi correzionali di *'bounded rationalities'*, quantunque l'ingerenza tutelare appaia più accettabile, si sottolinea come effetto indiretto la perdita del profitto da dinamica esperienziale dell'apprendimento ("sbagliando si impara").

In *positivo*, del paternalismo può essere sottolineato il carattere che rimanda alla dimensione "paterna" del "prendersi cura", ovvero di quella solidarietà riconosciuta secondo modulazioni variabili come irrinunciabile dalla società.

Normalmente peraltro nel dibattito contemporaneo il concetto assume una connotazione semantica *negativa*, quale ingerenza indebita di chi si fa rappresentante degli interessi altrui per decidere e agire al suo posto, sul presupposto di conoscere le reali esigenze altrui meglio del suo stesso titolare: pertanto sinonimo di dominio prepotente, usurpazione patriarcale dei diritti altrui, dispotismo, quindi insulto alla libertà di autodeterminazione¹².

Assunzione di rischi e decisioni autolesioniste rappresentano i principali ambiti di emersione della discussione sul tema.

2. *Incoercibilità legale della libertà personale nel pensiero di Feinberg: autonomia come diritto e valore fondamentale*

Come noto, la concezione liberale di Joel Feinberg contrappone al paternalismo legale l'*Harm Principle* mediato dalla clausola eccettuativa del *volenti non fit iniuria*: costituisce illecito (solamente) cagionare danno ad altri, a meno che non sia consentito dall'aveente diritto, in quanto il consenso esclude che si possa essere trattati in modo contrario ai propri desideri¹³.

In particolare, l'architrave della lezione di Feinberg è il concetto di *autonomia personale o sovranità assoluta su se stessi*, come *diritto fondamentale* e al tempo stesso come *valore fondamentale*. Si tratta infatti di vero e proprio diritto formalmente inteso (*'de jure autonomy'*), distinto e autonomo da quello dell'autorealizzazione e ad esso presupposto: l'autodeterminazione ("ciò che è mio diritto") non è funzionale al proprio bene o alla propria autorealizzazione ("ciò che è buono per me"), ma è *valore in sé*: pura *libertà da intromissioni ester-*

¹² D. BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 11.

¹³ V. J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York, 1984, 115 ss.; IDEM, *Harm to Self*, 11.

ne, indipendentemente dal fatto che le scelte compiute siano buone, razionali, vantaggiose o meno¹⁴.

Inoltre la *'personal sovereignty'* è assolutamente intangibile, non bilanciabile con altri interessi, avente assoluta priorità rispetto a qualunque di essi.

Il titolare del bene giuridico ha il *diritto morale* di disporre: le modalità concrete – inclusa quella *manu aliena* – sono rimesse integralmente alla sua scelta sovrana. Rientra pertanto nel modello dell'azione autolesiva tanto quella posta in essere dal titolare del bene giuridico, quanto quella eseguita materialmente da altri: nel secondo caso si tratterà di *auto-lesione indiretta*, e non di eterolesione. Ossia, l'autolesione diretta e la condotta di chi con il mio consenso leda il mio bene rientrano nella stessa categoria morale attraverso il principio *volenti non fit iniuria*: dal punto di vista morale il mio consenso alla sua azione la rende mia¹⁵.

In via di principio, si può affermare che per Feinberg paternalismo diretto e indiretto¹⁶ pongano lo stesso problema: la neutralizzazione di chi pone in essere una lesione a persona che consente non è che la neutralizzazione dello stesso titolare del bene giuridico e del suo diritto di disporre.

2.1. *Potere moralmente performativo del consenso e allocazione della responsabilità*

Due conseguenze possono essere tratte da questi primi tratti essenziali della visione libertaria feinberghiana.

La prima è che il consenso viene concepito come fattore capace di *trasformare*

¹⁴ J. FEINBERG, *Harm to Self*, 65.

¹⁵ J. FEINBERG, *Harm to Self*, 100; il *mercy-killer* che uccide il paziente su sua richiesta sta solo agendo come suo strumento, ma in realtà è il paziente che si sta uccidendo: (*ibidem*, 177). Sostanzialmente negli stessi termini cfr. A. VON HIRSCH - U. NEUMANN, "Indirekter Paternalismus" im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen § 216 StGB in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 81; nonché G. JAKOBS, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, in *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, München, 1998, 14 ss., 16: la richiesta di pratica eutanasi non è nulla di diverso da una modalità organizzativa del perseguimento del proprio suicidio, in particolare quella modalità strutturata sulla divisione dei compiti e sull'affidamento di una quota di questi ad altri; logico quindi che la lesione ricada direttamente nella sfera del richiedente.

¹⁶ Per una diversa chiave di lettura, nel senso che gli obblighi mediati di tutela sarebbero estranei alla problematica del paternalismo, cfr. M. HERMANN, *Staatlicher Paternalismus*, in S. GOSEPATH - W. HINSCH - B. RÖSSLER (Hrsg.), *Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, Bd. 2, Berlin, 2008, 962 ss.

*moralmente l'azione aggressiva altrui*¹⁷: in presenza del consenso valido dell'avente diritto la condotta lesiva esterna diventa non solo neutrale, ma addirittura *valore positivo*¹⁸.

La seconda riguarda invece il meccanismo di imputazione e quindi di *distinzione tra responsabilità propria e altrui*: nella misura in cui il titolare del bene sia competente, è egli solo responsabile delle conseguenze dell'intervento di chi lo lede con il suo consenso, non invece quest'ultimo; all'opposto se il suo consenso è invalido.

2.2. Consenso invalido e paternalismo soft

L'autonomia dell'individuo esclude qualsiasi forma di intromissione paternalistica esterna a tutela dei suoi beni, irrilevante che sia diretta nei confronti dell'avente diritto, oppure di altro soggetto che coopera alla auto-lesione o pone in essere la lesione consentita; e quantunque sia ben possibile, anche in prospettiva utilitarista, che un diritto a motivazione paternalistica produca *outcomes* utili¹⁹.

Specularmente, l'intervento nell'interesse di colui che, direttamente o indirettamente, lo subisce è legittimo solo quando manchi un atto giuridicamente efficace di volontà espressione di autonomia: onde evitare l'assunzione di decisioni dovute a avventatezza, fragilità psicologica, impulsività, instabilità emotiva – decisioni che, una volta prese, non permetterebbero più di tornare sui propri passi – è giustificata l'imposizione di "*waiting periods*", almeno quando si tratti di azioni che pregiudicano gravemente la vita o l'integrità fisica del titolare del bene²⁰.

Inoltre, in caso di invalidità del consenso – per debolezza, minore età, etc. – il

¹⁷ Ovvero '*transactional process*', idoneo a modificare la relazione normativa tra soggetti (i loro rispettivi diritti e doveri): A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 174 s.

¹⁸ A riguardo cfr. in senso critico, nell'ambito del c.d. *legal moralism*, H.M. HURD, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*, 2, 1996, 121 ss.

¹⁹ D. HUSAK, *Paternalism and Autonomy*, in *Philosophy & Public Affairs*, 10, 1981, 27 s., non senza ironia nei confronti dell'argomentazione rigorosamente utilitarista del discorso antipaternalistico di John Stuart Mill.

²⁰ Cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, 114 ss.; J. FEINBERG, *Harm to Self*, 113 ss.; A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 172 s., 179, 186. V. già J.S. MILL, *On Liberty*, 1859, trad.it. *Saggio sulla libertà*, Milano, 1997, 111, secondo il quale è ammissibile l'intromissione da parte dello Stato nella libertà di minori, persone temporaneamente o permanentemente incapaci di intendere e volere, popoli non civilizzati, allo scopo di impedire che cagionino un danno a se stessi.

comportamento di chi asseconda la richiesta integra lesione.

Ergo, nella relazione a due persone il c.d. paternalismo *soft* si risolve in una coniugazione dell'*Harm Principle*²¹: la legittimità dell'intervento dipende essenzialmente dalla volontarietà reale della decisione autolesionistica del titolare del bene²².

Proprio quest'ultimo accostamento appare discutibile.

2.3. Violazione dell'autonomia e danno

Secondo recente lettura critica, il difetto dell'impostazione di Feinberg risiede nella pretesa di accorpare situazioni completamente diverse sotto la medesima cornice di coercizione o prevaricazione. Nell'ipotesi di invalidità dell'atto di autonomia, infatti, non può parlarsi di aggressione a persona che si oppone, che esprime volontà contraria (o che è ignaro e quindi non ha espresso alcuna volontà); ma anzi, proprio nei casi che legittimano un paternalismo *soft*, l'agente ha a che fare con un soggetto passivo, titolare del bene giuridico, che è disponibile e coopera (ad es. minore che seduce il maggiorenne): il fatto che il suo consenso sia invalido *non fornisce ancora alcuna indicazione sulla caratterizzazione della condotta dell'agente come usurpazione*, non spiega perché l'agente dovrebbe essere vincolato all'intervento paternalistico a tutela del titolare del bene giuridico²³.

²¹ Dunque non avrebbe nulla di paternalista (J. FEINBERG, *Harm to Self*, 12 ss.). Sulla celebre distinzione tra paternalismo *hard* e *soft* v. *ibidem*, 98 ss.; e già IDEM, *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1, 1971, 113.

²² J. FEINBERG, *Harm to Self*, 13, 175: la "*soft paternalistic strategy*" sarebbe giustificata in termini di limitazioni della libertà, ma non penali (del tipo: diniego di permessi, di autorizzazioni, etc.: *ibidem*, 15). Rispetto allo specifico della relazione terapeutica, ritiene che possa considerarsi realmente paternalismo soltanto quello *hard*, perché unicamente rispetto ad esso il principio di cura viene sovraordinato al principio di rispetto dell'autodeterminazione, T.L. BEAUCHAMP, *Paternalism and Biobehavioral Control*, in *Monist*, 60, 1977, 67 s. Nel senso della superfluità della categoria del paternalismo *soft*, in quanto le misure ad essa riconducibili o dissimulano ipotesi realmente di paternalismo *hard*, o non integrano alcuna usurpazione della sfera di autodeterminazione del singolo, v. S. KIRSTE, *Harter und weicher Rechtspaternalismus. Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik*, in *Juristen Zeitung*, 2011, 805 ss., 808 ss. In senso speculare, propone il concetto di *antipaternalismo giuridico moderato* quale limite invalicabile all'uso della forza da parte dello Stato o di soggetto autorizzato dallo Stato contro la volontà di individuo adulto competente G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 2011, 134; v. già M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 988.

²³ A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus*, in

La soluzione di Feinberg sembrerebbe allora supporre, implicitamente, che in questi casi l'*Harm Principle* si traduca nella *lesione di un obbligo di tutela* del soggetto non competente (ad es. obbligo a non assecondare le sue richieste sessuali) in capo all'agente e non nel superamento di un consenso invalido: un obbligo che, peraltro, non sembra trovare alcun appiglio giuridico²⁴.

Sarebbe corretto quindi distinguere tra aggressione attiva (tipica dell'*Harm Principle*) e prevaricazione per mancanza di un valido consenso. In quest'ultimo caso, però, andrebbe tenuta in considerazione anche la posizione dell'agente: ogni forma di paternalismo indiretto incide *direttamente* su chi pone in essere la supposta lesione, il quale ha un *proprio* interesse a non subire l'intervento di terzi, in particolare dello Stato, in una situazione che riguarda lui e il titolare del bene giuridico sia pur incompetente.

Leterogeneità tra *Harm Principle* e consenso è ancora più rimarchevole rispetto alla stessa violazione del diritto all'autodeterminazione operata con intervento paternalistico.

La condotta di chi – Stato o privato – interferisca con l'autonomia decisionale di un individuo, limitandone la libertà di azione in funzione di tutela dei suoi interessi, non può dirsi cagionare propriamente una lesione ai medesimi: anzi, secondo una ponderazione di costi e benefici, li promuove salvaguardandoli. Purtuttavia, si tratta di una chiara violazione di un diritto, un diritto che, oltretutto, per Feinberg e in generale per la tradizione liberale è intangibile e refrattario a qualsiasi bilanciamento²⁵.

Quindi esiste un ambito giuridicamente rilevante di azioni che infrangono l'autonomia senza cagionare offesa²⁶.

A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, 2010, 44 s.

²⁴ Nel nostro ordinamento, al di fuori della possibilità di configurare una posizione di garanzia, l'illiceità del comportamento del soggetto attivo potrà trovare conferma in singole norme incriminatrici (ad es. art. 609 *bis*, comma 2, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, con la specifica previsione dell'*error aetatis* dell'art. 609 *sexies*).

²⁵ J. FEINBERG, *Harm to Others*, 115 ss.; IDEM, *Harm to Self*, 52 ss.; IDEM, *Harmless Wrongdoing*, New York, 1988, 130. Critica come inadeguato l'*Harm Principle* quale baluardo antipaternalistico, ritenendo che esso dovrebbe piuttosto essere rimpiazzato dal "*Sovereignty Principle*", A. RIPSTEIN, *Beyond the Harm Principle*, in *Philosophy & Public Affairs*, 34, 2006, 216 ss., in ptc. 233.

²⁶ R.A. DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 129 s.

3. *Paternalismo parziale*

Il peculiare fascino dell'*Harm Principle*²⁷ – il cui sostrato empirico ne fa un paradigma certamente di più immediata intelligibilità rispetto all'elaborazione del principio di necessaria lesività di alcune tradizioni continentali – sta già nel fatto di veicolare la tutela giuridico-penale a un obiettivo sociale identificabile (prevenzione di offesa a persone diverse dal soggetto il cui comportamento viene disciplinato come unica ragione legittima per usare la coercizione penale²⁸): quello di garantire un ordine sociale nel quale gli individui possano condurre la propria esistenza in sicurezza e liberi da aggressioni di terzi.

Il che sembra escludere a priori l'accettabilità di modelli ordinamentali orientati a salvaguardare *unicamente* gli interessi personali dei singoli individui (anche contro la loro volontà) senza che tale protezione sia *almeno anche* funzionale a soddisfare esigenze sociali: l'ispirazione paternalista di determinate discipline non è quasi mai esclusiva, in quanto di solito esse hanno di mira al contempo interessi della collettività, e necessitano di tale dimensione per giustificarsi²⁹. Allora però la giustificazione apparentemente non paternalistica, per non ridursi a un mero paravento, dovrebbe essere supportata da prove empiriche relative tanto agli effetti pregiudizievole di tali situazioni su persone diverse dal titolare del bene (es. evidenza degli effetti sulla popolazione di certi comportamenti), quanto all'*efficacia dell'intervento* rispetto all'obiettivo perseguito: tenendo presente oltretutto che in tali ipotesi non si promuovono gli interessi della persona che pone in essere l'autolesione, ma anzi viene in questione una vera e propria strumentalizzazione della medesima in funzione di scopi di deterrenza generale³⁰.

²⁷ Cfr. G. FORTI *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (cur.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, 283 ss.

²⁸ Come noto, secondo la prospettiva milliana dovrebbe essere escluso che l'intervento penale possa legittimarsi per altre ragioni (offesa a se stessi, mero disturbo ad altri, motivi di ordine morale): in questo senso, data l'esclusiva dell'*Harm Principle* come *ratio* e limite dell'incriminazione, l'antipaternalismo ne consegue come suo corollario.

²⁹ Cfr. J. KLEINIG, *Paternalismus und Menschenwürde*, 145 ss., 149, che fa l'esempio dell'idoneità ad assolvere gli obblighi del servizio militare usata in passato come giustificazione del divieto di certe menomazioni fisiche causate con il consenso della vittima; o della tranquillità pubblica.

³⁰ D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 144 s., 152 s.

4. *Paternalismo precauzionale versus paternalismo tutelare: gli obblighi di auto-protezione*

Quando un'incriminazione o comunque un intervento coercitivo ha come unica *ratio* la tutela del bene dell'individuo la cui libertà d'azione viene coattivamente limitata, in virtù dell'*Harm Principle* dovrebbe essere considerata illegittima. Proprio per il principio di inviolabilità dell'autonomia il paternalismo, quale lesione di un diritto fondamentale nel presunto interesse del suo titolare, assume carattere di intromissione dispotica.

Il che fa apparire coerenti, di converso, le aperture, da parte di quanti si ispirano al *libertarianism* di milliana tradizione³¹, a discipline – riconducibili al *genus* del paternalismo indiretto – orientate, specialmente in contesti in cui i consociati normalmente sottovalutano la probabilità di verificazione di lesioni a loro danno, a predisporre presidi e a incentivare l'adozione di appropriate precauzioni in vista della riduzione di rischi alla persona (es. sistemi di sicurezza nella produzione di automobili o macchine; prescrizioni che assoggettano la messa in commercio di certi prodotti ad autorizzazioni, superamento di determinati collaudi, etc. finalizzati a tutelare i consumatori di fronte a potenziali pregiudizi per la loro salute o incolumità), pur consentendo all'individuo, in base alla massima del *volenti*, di compiere volontariamente scelte auto-lesive³²: logico insomma che, proprio nella prospettiva feinberghiana, si giustifichino interventi paternalistici contro la volontà del soggetto in caso di autolesioni/autoesposizioni *colpose* (ad es. per carenza di informazione), proprio *perché* colpa significa assenza di autentica volontà, quindi mancanza di una scelta espressione di autonomia³³.

³¹ Come noto, lo stesso Mill giustificava la possibilità di pubblica coercizione in funzione del miglioramento di individui immaturi, o per proteggere lo Stato dal rischio che il rilassarsi della disciplina dei cittadini sortisca effetti pregiudizievoli di fronte ad attacchi esterni o ad agitazioni interne.

³² Cfr. D. HUSAK, *The Sequential Principle of Relative Culpability*, in *Legal Theory*, 1, 1996, 457 ss., ora in IDEM, *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford, 2010, 194 ss. (nella sezione intitolata "*Paternalism as Counter-example to the Sequential Principle*"), secondo il quale la ragione che giustifica la prevenzione di condotte meramente rischiose, a fronte della piena legittimità, in prospettiva libertaria, di atti di disposizione anche integrale della propria sfera personale quali espressione del diritto all'autodeterminazione, starebbe nel ruolo giocato nell'ambito della teoria della responsabilità penale dagli interessi individuali: laddove l'interesse del soggetto passivo dell'intervento stia chiaramente nell'evitare la lesione che può derivare dall'auto-esposizione a pericolo (es. il cancro ai polmoni è contrario anche agli *interessi* del fumatore attivo, in quanto l'assenso al rischio di malattia non significa accettazione del danno conseguente), l'intervento paternalistico, anche coercitivo, è ammissibile.

³³ Così A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, 107.

Ciò che potrebbe sembrare una sorta di contraddizione rispetto ai principi ordinari in materia di responsabilità penale (scalarità ascendente dalla colpa al dolo e, nel nostro ordinamento, responsabilità regolare solo dolosa, laddove quella colposa richiede espressa previsione legislativa): ma qui non si fa questione di responsabilità, bensì solo di legittimità di interventi anche coercitivi.

Pertanto sembra corretto distinguere queste tipologie di limitazioni delle scelte individuali rischiose, funzionali a impedire lesioni che chiaramente la persona stessa ha interesse a evitare (forme di *paternalismo precauzionale*), da quelle che sono invece orientate a garantire la reale volontarietà della scelta auto-lesiva³⁴, o comunque le condizioni della libertà e dignità individuale (*paternalismo tutelare*)³⁵.

Dunque opzioni di politica del diritto ispirate da ragioni di paternalismo precauzionale sarebbero legittime – nei limiti segnati dal livello di accettazione sociale di un determinato contesto storico – di fronte a scelte segnate da *deficit cognitivi, pregiudizi o lapsus volizionali*³⁶. Sono i casi, frequenti nella vita di ogni giorno, del c.d. “*misalignment*”, ossia dell’assunzione di decisioni che non sono conformi agli interessi e obiettivi a lungo termine del disponente³⁷: chi non vuole indossare le cinture di sicurezza non ha come obiettivo quello di rimanere pregiudicato fisicamente da un incidente, ma semplicemente non considera suf-

³⁴ Secondo la prospettiva *libertarian* feinberghiana: impregiudicato si tratti dell’unica e autentica *ratio* che legittima questo tipo di intromissioni.

³⁵ Douglas Husak distingue, ulteriormente, la categoria del *paternalismo simbolico o a funzione espressiva*, cui afferiscono incriminazioni *deputate* a mandare un messaggio circa il disvalore della condotta (come potrebbe essere quella del possesso di una quantità anche minima di droga: D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008, 69).

³⁶ Sull’argomento cfr. anche J.D. TROUT, *Paternalism and Cognitive Bias*, in *Law and Philosophy*, 24, 2005, 393.

In questo ambito interventi di tipo paternalistico si giustificherebbero secondo Husak a condizione che: a) siano di bassa intensità (la minima sufficiente al raggiungimento dello scopo), concretandosi in restrizioni tollerabili alla libertà, escluse quindi sanzioni penali; b) gli obiettivi perseguiti siano riconosciuti come utili da tutti; c) i mezzi utilizzati possano essere considerati corrispondenti alle finalità; d) soprattutto, che permanga disponibile un *opting out* non oneroso per il soggetto tutelato (consumatore, lavoratore, etc.), vale a dire, la possibilità materiale e giuridica di modificare le regole poste a sua tutela (es. slacciarsi le cinture, depennarsi dalla lista dei lavoratori assicurati, disattivare airbags): D. HUSAK, *Anmerkungen zu “Indirekter’ Paternalismus im Strafrecht”*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 132; v. già IDEM, “Legal Paternalism”, in H. LAFOLLETTE (ed.), *Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford, 2003, 387 ss.

³⁷ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation, Part IV: Paternalism*, Oxford and Portland, 2011, 149 s.

ficientemente il rischio o non assegna ad esso eccessiva importanza³⁸.

Peraltro, nella normalità dei casi non sembra venire in questione tanto l'errata o limitata rappresentazione del rischio o della sua portata (che oltretutto difficilmente in una persona matura potrebbe valere a escludere la sua auto-responsabilità), quanto piuttosto un atteggiamento di mancanza di timore, di sprezzo di fronte ad esso, di c.d. *self-serving bias* (eccesso di ottimismo o di fiducia nelle proprie capacità)³⁹, o addirittura di scelta per il rischio per esigenze di gratificazione emozionale (o di sfida verso le imposizioni statuali)⁴⁰: sarebbe allora corretto distinguere, coerentemente con le premesse di una prospettiva libertaria, i casi in cui questo atteggiamento derivi effettivamente da una incapacità di apprezzamento del rischio da quelli in cui la decisione di assumersi il rischio sia davvero consapevole e informata. Solo nel primo caso, con tutta evidenza, si potrebbe giustificare un intervento paternalistico, che peraltro diventerebbe allora di tipo *tutelare*.

In sostanza, quest'ultimo modello di paternalismo appare l'unico degno di cittadinanza nella cornice di una concezione che voglia essere realmente rispettosa dell'intangibilità dell'autonomia individuale⁴¹. Opzioni politico-giuridiche di stampo paternalistico precauzionale trovano allora piuttosto la loro giustificazione alla luce di altri motivi concorrenti: anche rispetto alle scelte di autoesposizione a pericolo può essere individuato un profilo generale di *harm to others*, nel senso che i danni conseguenti a tali scelte possono ricadere a danno della collettività (dell'erario pubblico, ad es. in termini di spese mediche; della libertà di allocazione politica delle risorse, etc.)⁴².

La previsione di obblighi di auto-protezione (casco, cinture di sicurezza) – normalmente mediati dall'imposizione di ulteriori obblighi a carico di soggetti terzi, in particolare produttore, ascrivibili al paradigma del c.d. paternalismo indiretto – presenta l'inconveniente della difficile individuazione del tipo di

³⁸ B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus Problem?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 239; A.P. SIMESTER, *Betrachtungen über Moral und Paternalismus*, *ibidem*, 270.

³⁹ Cfr. ad es. B. FISCHHOFF - P. SLOVIC - S. LICHTENSTEIN, *Knowing with Certainty: The Appropriateness of Extreme Confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 3, 1977, 552 ss., 561 ss.

⁴⁰ N. PERŠAK, *In den Nebengebieten des Strafrechts: Paternalistische Interventionen im Recht der Ordnungswidrigkeiten*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 180.

⁴¹ Cfr. D. HUSAK, *The Sequential Principle of Relative Culpability*, 197 s.

⁴² Così ad es. nel caso già menzionato dell'obbligo legale delle vaccinazioni, posto *anche* per interessi generali (evitare la diffusione di epidemie).

sanzione adottabile in caso di infrazione: vuoi per l'ispirazione comunque paternalistica, vuoi per l'evanescenza del soggetto passivo dell'*Harm* (che quantomeno fornisce un'indicazione rescissoria in punto di sussidiarietà, escluso un profilo di offesa a beni giuridici), dovrebbero comunque portare a escludere la possibilità di ricorrere a incriminazioni.

Secondo la regola aurea del *libertarian paternalism*⁴³, l'ordinamento giuridico dovrebbe limitarsi a fornire limitazioni alla libertà parametriche a una ponderazione costi/benefici che possa determinare un saldo finale positivo, nel senso di "*offer nudges that are most likely to help and least likely to inflict harm*"⁴⁴.

Sarebbero ammissibili dunque solamente soluzioni extrapenali e, prima ancora, extra-coercitive, modellate sull'interesse sociale pregiudicato: in particolare, sotto quest'ultimo aspetto, sarebbe forse preferibile ricorrere alla previsione di *incombenze normative*, la cui violazione sia collegata a conseguenze, più che di tipo sanzionatorio nei confronti del trasgressore, a contenuto esonerativo per la collettività (ad es. esclusione dalle prestazioni gratuite o agevolate del servizio sanitario nazionale; soccorso a spese del trasgressore; incremento degli obblighi contributivi e fiscali).

4.1. *Interventi precauzionali sulle pre-condizioni di esercizio della decisione*

Frequentemente, poi, rispetto a ipotesi di assunzione di rischi per la propria persona, l'opzione autolesiva viene eliminata "a monte" piuttosto che criminalizzata: l'intervento dello Stato (a carattere di paternalismo indiretto) emerge come una forma di "*ingegneria situazionale*", di "*prevenzione dell'offesa di tipo profilattico*", nel senso che la coazione, anziché sulla scelta del disponente, incide, a mo' di "*choice architecture*"⁴⁵, "*sulle pre-condizioni del suo esercizio*" (ad es. imposizione alle industrie automobilistiche di dotare le vetture messe in circolazione di speciali strumentazioni a salvaguardia dell'incolumità del conducente e dei passeggeri; obbligo di previa autorizzazione o rispetto di determinati

⁴³ Basato sul '*welfare-promoting*', ma senza eliminare la libertà di scelta: v. R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *The American Economic Review*, 93, 2003, 175 ss. ; C.R. SUNSTEIN - R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, 70, 2003, 1159 ss.

⁴⁴ R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, 74 ss.

⁴⁵ Secondo il *libertarian paternalism* "*it is legitimate for choice architects to try to influence people's behavior in order to make their lives longer, healthier, and better*" (R.H. THALER - C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 5).

standard nella produzione a garanzia della sicurezza dei consumatori, diretto ai produttori o ai rivenditori; divieto di somministrazione di certi medicinali senza prescrizione medica)⁴⁶.

Secondo recente interpretazione, l'istanza paternalistica sottesa a tale tecnica preventiva – modulata sull'eliminazione della possibilità di scelte auto-lesive in capo all'ultimo beneficiario (che non subisce personalmente alcun tipo ulteriore di coazione) – andrebbe identificata nell'esigenza di evitare che soggetti pur competenti possano compiere scelte "povere" sul piano morale (ad es. acquistare un'auto più economica, in quanto non dotata di certi dispositivi di sicurezza, per investire il denaro risparmiato in altri beni di consumo)⁴⁷.

Ovviamente si può parlare di paternalismo indiretto solo nella misura in cui la regolazione statale si limiti a operare il *risk-assessment*, assumendo la decisione su come dotare i prodotti in termini di sicurezza (es. equipaggiare obbligatoriamente le auto di cinture di sicurezza): una modalità, sia pur particolarmente incisiva, di informazione pubblica sui rischi e sui rimedi per prevenirli. Diversamente, invece laddove si subordinino a tali decisioni anche le preferenze fondamentali dell'individuo, imponendo l'uso dei sistemi di sicurezza (es. obbligo di usare le cinture di sicurezza)⁴⁸.

Determinati presidi servono poi a *generare uno specifico affidamento normativamente fondato* sulla sicurezza di certi prodotti: spetta certamente ai genitori verificare l'utilizzo sicuro dei giocattoli da parte dei figli, quindi anche controllarne le condizioni; ma la marcatura CE, obbligatoria per questo tipo di prodotti (paternalismo indiretto) vale a fornire una speciale garanzia normativa della loro sicurezza secondo i migliori standard accreditati a livello comunitario.

Comunque, sembra indiscutibile l'esistenza di un livello minimo di condizioni di sicurezza dei cittadini che non può essere rimesso al libero gioco delle forze in campo in una società. Ovviamente, lo standard che i pubblici poteri garantiscono non può essere mai ottimale, né dovrebbe neppure essere del tutto arbitrario, ma piuttosto tarato sulle caratteristiche dei singoli settori in

⁴⁶ Cfr. ad es. A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 151 s., 166 ss. In realtà, con riguardo ai primi due esempi accennati, si è osservato che il produttore, più che subire l'imposizione, coopera (è complice), avendo un interesse precipuo a regole per prodotti sicuri, *i cui costi carica sul consumatore* (il quale non ha alcuna possibilità di scelta e deve rinunciare a usi alternativi delle sue risorse): un paternalismo a protezione di soggetti sui quali, per le leggi del mercato, ricadono le spese (*ibidem*, 167).

⁴⁷ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 151.

⁴⁸ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 168.

cui emerge come problema: circolazione stradale, produzione di alimenti, tutela dell'incolumità e della salute dei lavoratori, presidi sanitari, etc.

5. *Limiti euristici del criterio del volenti: soluzioni riferite al rispetto della dignità*

Al di là del problema della tenuta dei due cardini della costruzione feinberghiana – *Harm Principle* e canone complementare dell'intangibilità della sovranità personale – a fungere da criteri di definizione della *ratio* delle scelte di incriminazione e al tempo stesso di individuazione dei limiti morali della censura penale, nonché delle critiche arcinote che analogamente denunciano la carenza euristica e definitoria del principio di offensività in ordinamenti come il nostro⁴⁹, avanzano comunque forti dubbi sulla possibilità di risolvere correttamente – e in senso realmente non paternalistico – casi problematici sulla base della presenza o meno di una lesione ad altri e/o del consenso dell'avente diritto.

In tale direzione Anthony Duff, patrocinando una concezione liberale a sfondo perfezionista che incardina il carattere illecito dei fatti nel loro significato morale obiettivo, ritiene che proprio al consenso si assegnino prestazioni supererogatorie quando, come nella prospettiva di Feinberg, se ne fa l'opposto speculare dello stesso *Harm Principle* – ciò a cui consento in piena autonomia non può veramente cagionarmi lesione (*volenti non fit iniuria*) –; ovvero la negazione della *wrongfulness*; o elemento che radicalmente degrada la condotta a fatto privato, quindi giuridicamente irrilevante. Secondo Duff, in una prospettiva autenticamente liberale di politica del diritto l'autonomia personale deve essere intesa nei termini di una *capacità di scegliere e perseguire obiettivi dotati di valore*, laddove questi ultimi non vanno riferiti alle concezioni assiologiche soggettive dominanti nella società⁵⁰, ma vanno individuati nelle *finalità che favoriscono quel mutuo interesse intersoggettivo e rispetto e quella relazionalità che integrano la vita collettiva come sistema organizzato*⁵¹. In particolare, per stabilire

⁴⁹ Cfr. ad es. G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. FIANDACA e G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, 154 s.; IDEM, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2007, 546 ss. Sul rilievo dei concetti di 'danno' e 'offesa' nel lessico penalistico italiano cfr. M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1548 ss.

⁵⁰ O a ciò che corrisponde al mio o al tuo *set* personale di valori.

⁵¹ Una visione dell'autonomia che, con tutta evidenza, riecheggia l'idea kantiana secondo

se un comportamento è meritevole di censura (*wrong*) occorrerebbe valutare, piuttosto che la sua lesività, il *significato dell'azione nel contesto di riferimento*⁵².

A dimostrazione della diversa dimensione comunicativa di situazioni apparentemente accomunate dal consenso valido a lesioni anche rilevanti all'incolumità individuale, Duff mette a confronto il celebre caso *Brown* tratto dalla giurisprudenza britannica, concernente i membri di un gruppo sado-masochista che, nell'ambito di pratiche tra adulti consenzienti, si infliggono reciprocamente lesioni significative, con quello, già commentato da Feinberg, dell'organizzazione di lotte di gladiatori come evento commerciale. Laddove la differenza essenziale sta nel significato morale di ciò che viene consentito: nel primo caso si tratta di attività proprie di una precisa sub-cultura, nell'esercizio delle quali i partecipanti esprimono, attraverso un rituale ludico, forme di affettività (correlate a modelli sia pur stravaganti di gratificazione sessuale) e di fiducia e rispetto reciproco, che nel particolare contesto di riferimento non violano (ma anzi implementano, sia pure in modo inusuale) proprio quel "mutuo rispetto" di cui si è detto⁵³; completamente all'opposto per quel che riguarda l'esempio di combattimenti tra esseri umani organizzati per un pubblico pagante, attratto proprio dalla brutalità e dalla violenza dello spettacolo. Nel secondo caso la "mutua disumanizzazione" cui tali attività sono funzionali – e non il rischio per la vita dei contendenti (un rischio che peraltro rappresenta non un'eventualità, ma in qualche modo il "piatto forte" dello spettacolo) – è l'aspetto che non può venire eluso dalla ricorrenza del reciproco consenso dei partecipanti: un aspetto (assente nell'esempio delle pratiche sado-maso) che rappresenta un danno *ulteriore* rispetto a quello materiale che ne può derivare ai singoli combattenti (*harm*) e che è l'obiettivo specifico per il quale si genera la relazione intersoggettiva (*wrongfulness*), il quale, costituendo seria violazione dei più basilari valori di rispetto reciproco tra esseri umani, assume un significato che non può essere ridotto a questione puramente privata⁵⁴.

cui può essere riconosciuta dignità di scelte razionali solamente a quelle la cui massima può armonizzarsi con un possibile regno dei fini, nel senso di trattare gli altri soggetti dotati di razionalità deliberativa sempre anche come fini e non come meri mezzi: ciò che fa dell'autonomia il motivo della dignità della natura umana e di ogni natura razionale. Rimarca – in polemica con concezioni moderne *lato sensu* "libertarian" che pur si richiamano a Kant – come la concezione kantiana dell'autonomia e prima ancora della libertà sia inscindibile dalla legge morale e dai doveri conformi ad essa J. FINNIS, *Duties to Oneself in Kant*, in IDEM, *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford-New York, 2011, 58 ss.

⁵² R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 130 ss.

⁵³ R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 131 s.

⁵⁴ R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 132 s.

Una chiave di lettura, evidentemente non aliena a motivi propri del *Legal Moralism*, che individua il connotato differenziale nella mercificazione della natura umana, nel suo svilimento a scopi lucrativi, nella *violazione di qualcosa che è più fondamentale e inviolabile della stessa autonomia* (che invece può essere strumentalizzata in funzione delle più svariate finalità, anche di quelle che, pur nel rispetto formale della sovranità individuale, sostanzialmente tendono a demolirne il significato morale): la *dignità*.

Non si tratta, quindi, semplicemente di stabilire l'eventuale ispirazione paternalista o meno di determinate scelte di politica criminale e di valutare quale peso abbiano rispetto ad altre (problema puramente quantitativo, al pari di quello della gravità della lesione necessaria a far scattare l'incriminazione); ma piuttosto di verificare se una certa condotta incide o meno su diritti o interessi che richiedono una protezione giuridica, quelli che cementano una convivenza sociale basata sul rispetto reciproco dell'altro come persona: ciò che rende pubblicamente illecito un comportamento è la sua connotazione intrinseca di denegazione dello status di membro della *civitas* alla vittima, anche consenziente e del tutto a prescindere dalle conseguenze lesive che ne possano derivare (per il soggetto passivo o per terzi)⁵⁵.

5.1. *Paternalismo moralistico*

Esclude la possibilità di definire a livello di principio una linea di demarcazione tra condotte immorali e condotte '*harmful*', tale che giustifichi l'incriminazione solo delle seconde, Gerald Dworkin⁵⁶, il quale, abbracciando espressamente un paradigma paternalistico che arriva ad ammettere persino l'intervento dei pubblici poteri⁵⁷, ritiene legittima la prevenzione, da parte dello

⁵⁵ Così, rispetto alla considerazione o meno dell'insulto razzista come "*offense*", Duff ritiene che la risposta affermativa dipenda non già dagli effetti sociali del comportamento (induzione alla violenza, allarme diffuso, etc.), ma dal suo significato, nei confronti dei destinatari, di minaccia del loro senso di appartenenza alla comunità: il che sembrerebbe giustificare l'incriminazione di tali comportamenti solo quando siano rivolti a minoranze, non quando abbiano come bersaglio membri di una maggioranza già affermata e privilegiata (R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 134). Sulla *violenza epistemica* da discriminazione cfr. C. BARTOLI, *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Catanzaro, 2008, 32 ss., 54 ss.

⁵⁶ G. DWORIN, *Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality*, in *William and Mary Law Review*, 40, 1999, 928, 936 ss.

⁵⁷ Un obiettivo difficile da conseguire in assenza di norme limitative della libertà: G. DWORIN, "Paternalism", in *The Monist*, 56, 1972, 64 ss. Sostanzialmente analogo il paternalismo

Stato, di lesioni di ordine *morale* (e non fisico, psicologico o economico) alla stessa persona alla quale si proibisce una certa condotta, per ragioni di rispetto della sua natura di persona, a prescindere dalle preferenze personali⁵⁸: l'interferenza non ha lo scopo di implementare il benessere di chi la subisce (come per il paternalismo legale), ma piuttosto di migliorarne l'esistenza sul piano morale ("*Moralistic Legal Paternalism*")⁵⁹.

limitato di John Kleinig, ma limitato solo a situazioni interpersonali, in quanto lo Stato e gli agenti pubblici hanno molto di rado la possibilità di accedere ai progetti a lungo termine degli individui (cfr. J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984, 67 ss.; IDEM, *Paternalism and Personal Identity*, in *Jahrbuch f. Wissenschaft und Ethik*, 14, 2009, 93 ss.).

⁵⁸ Nel senso dell'ammissibilità di interventi coercitivi per impedire scelte moralmente degradanti o auto-lesive sul piano morale, sia attraverso sanzioni anche di tipo penale, sia attraverso minaccia rivolta a terzi che supportino in vario modo tali scelte, in funzione del bene comune (cooperazione, anche coattiva, alla riduzione di tali effetti dannosi e al mantenimento di forme di vita orientate alla fioritura umana) v. anche J. FINNIS, *Duties to Oneself in Kant*, in IDEM, *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford-New York, 2011, 67 ss., 70 (pur avvertendo dei rischi, sempre connessi a opzioni coattive, che possono derivare dallo "zelo maldestro" di chi assume decisioni pubbliche): l'Autore peraltro specifica come tali misure non possano essere puramente paternalistiche (violazione di supposti obblighi verso se stessi), ma piuttosto rivolte contro attività interpersonali lesive del bene comune, come l'induzione di bambini (anche solo attraverso l'esempio) all'uso di droghe, pornografia, all'incesto, etc. o la pubblica propaganda di tali comportamenti (*ibidem*, 71).

Altrove Finnis esclude che si possano giustificare delle incriminazioni propriamente paternalistiche di atti a rilevanza puramente privata (del resto, la distinzione tra privato e pubblico è patrimonio già della tradizione tomista: v. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 96, a. 3 c; q. 98 a. 1 c; q. 100, a. 2 c); l'incriminazione di un comportamento è autorizzata solo se questo assume carattere pubblico e mette a rischio la *temporalis tranquillitas civitatis* o i diritti altrui (in discontinuità con la tradizione platonico-aristotelica, che ammetteva la possibilità di punire atti meramente immorali): J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford-New York, 1998, 219 ss., in pt. 223 ss. Resta aperta invece la questione se e in che termini le istituzioni possano adottare politiche del diritto (anche di tipo penale) in relazione a condotte di promozione o di ausilio ad atti autolesivi (es. aiuto al suicidio o eutanasia), che secondo il filosofo australiano non possono essere considerati meramente privati, esplicando sempre conseguenze anche per altri (spesso in termini di vantaggio o beneficio: eredi, ma anche chi si accolla l'onere, economico, morale e psicologico, delle condizioni altrui; inoltre è compito della pubblica autorità investigare circa l'autenticità della dichiarazione di volontà del disponente): J. FINNIS, *Hart as a political philosopher*, in IDEM, *Philosophy of Law, Collected Essays: Volume IV*, Oxford-New York, 2011, 268, nt. 42.

⁵⁹ G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 24, 2005, 308, 318 s. Una posizione che Gerald Dworkin considera intermedia tra il *Legal Moralism* (non interessa solo impedire degli atti sul presupposto che essi sono intrinsecamente immorali) e il *Legal Paternalism* (non si tratta di rendere la vita di una persona migliore *per lei*, ma di renderla *moralmente migliore*): *ibidem*, 319. Per una prospettiva esplicitamente paternalista che riconosce la giustificazione della sanzione penale solo e unicamente nella cura per il bene dello stesso reo, cfr. H. MORRIS, A

A simili impostazioni viene tradizionalmente contrapposto il c.d. argomento della coazione, che escluderebbe la moralità della scelta (se sono costretto, non compio alcuna scelta morale). In realtà, è stato controbattuto come l'istanza pedagogica e di indirizzo culturale sottesa al diritto espliciti necessariamente i suoi effetti in una dimensione cronologicamente dilatata: non si può escludere che l'apparato coercitivo dello Stato svolga un ruolo come agenzia educativa nella formazione del carattere individuale (allo stesso modo dell'ambiente familiare in fase di crescita), cosicché le azioni imposte coattivamente vengano successivamente assimilate e approvate come moralmente giuste⁶⁰.

Il problema semmai è predefinire quali agenzie siano competenti a migliorare sul piano morale gli individui e a fornire direttrici sui fondamentali etici: in un assetto democratico ispirato alla tutela delle libertà, escluso che agli apparati dello Stato vengano *ipso facto* attribuiti simili compiti, sembrerebbe residuare una simile potestà soltanto a istituzioni a cui si aderisce per libera scelta. Il moralismo giuridico – nella sua pretesa di anticipare le ragioni del paternalismo già sul piano di una fondazione 'omogenea' di morale e diritto – non sembra in grado di fornire una spiegazione convincente rispetto alla questione della legittimazione di enti sovraordinati a decidere delle opzioni morali dei cittadini.

5.2. *Dignità bilanciata e dimensione relazionale della libertà decisionale*

Il discorso sulla priorità della dignità rispetto all'autodeterminazione è un motivo che peraltro ritorna anche all'interno di teorizzazioni lontane da paradigmi di *Legal Moralism*.

Esplicitamente nella prospettiva di una rivalutazione di soluzioni orientate a massimizzare la dignità nel mondo in polemica con la "tirannia" dell'au-

Paternalistic Theory of Punishment, in *American Philosophical Quarterly*, 18, 1981, 263 ss., poi in R.A. DUFF - D. GARLAND, *A Reader on Punishment*, Oxford, New York, 1994, 95 ss., secondo il quale il sistema deve *implementare un particolare bene, di ordine morale, per il reo potenziale o attuale*, vale a dire la capacità di apprezzare la natura del male commesso e le conseguenze per sé e per gli altri, in sostanza la *capacità di empatia con la vittima e di rimorso*; a questo scopo la pena costituisce fattore che contribuisce a sviluppare il colpevole come persona morale, permettendogli di restaurare la relazione lesa.

⁶⁰ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 147 (ove si esclude anche che in via di principio l'imposizione coercitiva elida il valore dell'azione, in quanto quest'ultimo è indipendente dalle ragioni, virtuose o meno, che lo ispirano); analogamente J. FINNIS, *Duties to Oneself in Kant*, in IDEM, *Human Rights and Common Good. Collected Essays: Volume III*, Oxford-New York, 2011, 67 ss. Cfr. anche G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, 312 s.: l'obbligo di versare i contributi previdenziali può essere rivisto dal soggetto come saggio una volta che sia pensionato.

tonomia, e della natura “essenzialmente relazionale” dell’essere umano⁶¹, va registrata, anche per l’impatto che ha avuto sul piano divulgativo, la tesi sviluppata da Charles Foster, che pone al centro la dignità del paziente, ma anche dei sanitari, dei ricercatori, e della stessa comunità nella sua massima estensione⁶².

Un concetto che peraltro, nella sua ottica di “dignità bilanciata”, sembra rimandare a una matrice ingenuamente utilitarista: nel senso che l’utile di tutti, o del maggior numero possibile di soggetti, appare, nelle soluzioni concrete, il parametro della stessa dignità. Quantomeno, il fondamento del concetto di dignità, al di là dell’apodittica affermazione della sua derivazione dalle più fondamentali caratteristiche dell’umano (peraltro rifiutandone una giustificazione metafisica) sembra risiedere unicamente nella sua funzionalità rispetto allo scopo di unificare altri concetti: in specie, quelli di autonomia, beneficenza-non maleficenza, giustizia.

Tuttavia l’indicazione proveniente da tale riflessione non va sottovalutata.

È noto come sia diffusa una certa propensione ideologica prima ancora che culturale a postulare che l’autonomia – concetto soggettivo di dignità, quale libera espressione di scelte autonome – debba avere la prevalenza su un concetto oggettivo di dignità, ovvero semplicemente che coincida con esso: un postulato, perché, partendo dalla condivisibile assunzione dell’autoresponsabilità come presidio della stessa dignità, ne trae surrettiziamente la conclusione che quest’ultima si identifichi esattamente con l’autodeterminazione individuale, che ne rappresenterebbe il riflesso sul piano dinamico, l’esplicitazione prasseologica⁶³. L’assetto precomprensivo di questa visione generale dell’uomo esprime, probabilmente, una sfaccettatura tipica della modernità⁶⁴.

⁶¹ C. FOSTER, *Human Dignity in Bioethics and Law*, Oxford and Portland, 2011, 1, che vede proprio nel concetto di dignità “the bioethical Theory of Everything” (*ibidem*, 19).

⁶² In quanto “descrivere un essere umano è necessariamente descrivere un nesso” (FOSTER C., *Human Dignity in Bioethics and Law*, 20).

⁶³ Cfr. C. FOSTER, *Choosing Life, Choosing Death. The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Oxford and Portland, 2009, 4 (ovviamente in senso polemico, dato che si tratta di un contributo che, come detto, è fortemente critico nei riguardi della “ortodossia” del principio di autonomia e del suo “potere incantatore”).

⁶⁴ Cfr. A. FINKIELKRAUT, *Nous autres, modernes*, Paris, Palaiseau, 2005, trad.it a cura di M. VALENSISE, *Noi, i moderni*, Torino, 2006, 12, 14: “... da quando è moderno, l’uomo non ha abbandonato il concetto di natura umana per concepirsi e definirsi come *libertà*?... La dignità dell’uomo sta... nell’abolizione del definitivo. Perché l’uomo non è colui il cui agire deriva dall’essere, ma colui il cui essere deriva dall’agire... Il fenomeno umano non è più sostanza ma libertà, e la volontà d’artificialismo prevale sulla propensione a uniformarsi a un modello determinato o a un’autorità normativa... Poiché la dignità dell’uomo non consiste più nel compimento della sua

La fallacia argomentativa sta nel risolvere la dimensione assiologica della dignità umana *unicamente* sul piano della libera scelta individuale, tanto che il riferimento a questa dimensione diviene necessario presupposto di legittimità (esclusa la possibilità di una fondazione di carattere ontologico) di qualsiasi discorso di ordine etico, obliando che *la libertà personale si esprime sempre in contesti relazionali*.

Un discorso sospetto, quello del richiamo alla necessaria interdipendenza delle decisioni, perché sembra celare una più o meno larvata giustificazione di forme di controllo paternalistico sulle scelte individuali da parte della collettività, dei suoi membri, o addirittura di intromissione da parte dei pubblici poteri nella *privacy*.

Il fatto è che qualsiasi scelta non è mai semplicemente l'*output* della libera autodeterminazione di chi l'assume, ma è sempre anche il prodotto di complesse interazioni con l'ambiente circostante, che la condizionano in misura maggiore o minore a seconda del grado di vulnerabilità del soggetto stesso: il che appare tanto più evidente laddove il conclamato principio di intangibilità delle libere scelte individuali è invocato rispetto a soggetti non competenti, la cui volontà viene presunta o la cui decisione rimessa in via di supplenza ad altri.

La mistica *pro-choice* e dell'autonomia assoluta, limitata solo dalla speculare libertà altrui, si traduce così nella legittimazione della prassi di assecondare chi è dotato del potere di scelta, a discapito di quanti (malati, anziani, nascituri, bambini) ne sono privi, quindi in forme – spesso dissimulate (magari sotto sembianze umanitarie e rispettose dell'intimità) – di dispotismo nei confronti dei soggetti più deboli⁶⁵.

Esaltare il ruolo dell'autodeterminazione in capo a chi, per ragioni di vulnerabilità, è particolarmente esposto a fattori condizionanti esterni può condurre facilmente a legittimare interessi estranei a quello del singolo e alla sua autonomia.

Il che non esclude, ma anzi rende indispensabile un bilanciamento tra principio di autodeterminazione e principio di cura (che dovrebbe espandersi in misura direttamente proporzionale al rilievo che si assegna alla concreta condizione di fragilità della persona).

La dimensione necessariamente relazionale delle scelte individuali emerge

natura, ma nelle sue infinite possibilità, egli ha il dovere di andare sempre più avanti e di superare se stesso...".

⁶⁵ Sottolinea, in senso fortemente critico, l'ampliamento delle pretese individuali e il concomitante processo di anonimizzazione dei soggetti sofferenti come "segno dei tempi" D. MIETH, *Was wollen wir können? Ethik im Zeitalter der Biotechnik*, Freiburg im Breisgau, 2002, 479 ss.

poi in maniera nitida quando l'attuazione delle scelte medesime richiede il coinvolgimento, la cooperazione o comunque l'intervento di altri soggetti.

6. *Atti dispositivi manu aliena: il ruolo dell'agente*

Parlare di strumentalizzazione della dignità umana non significa necessariamente deprezzare il valore "costituente" dell'autonomia personale⁶⁶, ma certamente spostare l'attenzione su quel soggetto che esegue materialmente la volontà dell'avente diritto o che comunque coopera all'atto dispositivo rendendolo possibile.

Quantomeno va rilevato, in via di prima approssimazione, come l'esistenza di una richiesta o un consenso valido da parte del titolare del bene nessuna indicazione sembra poter offrire rispetto alla condizione personale, morale e giuridica dell'agente: il fatto che quest'ultimo abbia agito per indifferenza o addirittura disprezzo degli interessi ovvero della dignità del richiedente, ovvero che abbia violato specifici obblighi morali o persino giuridici nei suoi confronti non vale a inficiare la validità ed efficacia del consenso stesso.

Nella prospettiva feinberghiana, come noto, un parziale rilievo viene assegnato indirettamente agli obblighi morali e motivi dell'agente, ma solamente nel senso che il consenso va considerato invalido qualora venga dato a qualcosa che il titolare del bene giuridico, pur acconsentendo, in realtà non vuole e che rappresenta una deviazione non gradita di qualcosa che egli può normalmente attendersi in base al test dello "standard statistico", tanto da potersi dire coartato⁶⁷.

Sulla scorta di questa interpretazione del "*volenti*" è possibile risolvere alcuni casi, suggeriti dallo stesso Feinberg, in cui la condotta dell'agente si configura tanto come minaccia (una giovane povera si trova nell'impossibilità di pagare la rata del mutuo; il direttore della banca che detiene l'ipoteca la pone di fronte alla prospettiva di finire sul lastrico se non accondiscende alle sue richieste sessuali); quanto come proposta (stesso tipo di richieste da parte di milionario che si offre di aiutare economicamente la madre di un bambino gravemente malato che non può permettersi di pagare le cure necessarie). Situazioni in cui, sul

⁶⁶ Che, pur non assicurando il compimento di scelte eticamente apprezzabili o funzionali all'autorealizzazione, comunque eleva l'individuo a soggetto morale: v. L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, vol. III, 957.

⁶⁷ J. FEINBERG, *Harm to Self*, 219 ss., 220 s., 227, 261.

piano dell'*Harm*, non può dirsi che l'agente abbia peggiorato la situazione del titolare del bene (anzi, ha offerto a quest'ultimo una *chance* che non aveva, nella forma di minaccia o proposta poco importa). E purtuttavia l'evidenza della *contrarietà del comportamento dell'agente al minimo imprescindibile di rispetto della dignità umana* è sufficiente a far ritenere quel consenso estorto con la violenza, assolutamente non assimilabile a espressione di una scelta sovrana.

Forse però la valutazione potrebbe risultare più problematica modificando leggermente i termini dell'ultimo esempio, nel senso di una condotta, da parte dell'agente, almeno giuridicamente corretta: la stessa madre si rivolge a un rinomato specialista medico, peraltro amico di vecchia data, il quale, per curare il bambino, richiede inderogabilmente un elevato compenso professionale che la donna non è in grado di pagare.

Quello che preme sottolineare è come il modello esplicativo monistico incentrato sulla volontarietà appaia riduttivistico nella misura in cui assume come punto di riferimento unicamente la posizione del titolare del bene, trascurando quella dell'agente⁶⁸.

6.1. *La irriducibile complessità:*

volontarietà come qualità della relazione interpersonale

Sembra arduo, insomma, interpretare alla luce del principio del consenso valido tutte le poliedriche situazioni che possono venire in questione: i motivi che muovono l'agente a porre in essere la lesione; le relazioni interpersonali tra i soggetti in gioco; soprattutto, la condizione esistenziale del titolare del bene, in termini di fragilità psicologica, disposizioni caratteriali all'imprudenza o avventatezza, mancanza di esperienza, esperienze di vita condizionanti o traumatiche, fattori educazionali, ideologici, morali, religiosi, pressioni ambientali anche subdole, prospettazioni manipolate della realtà da parte di terzi. Cosa incide, e in che termini sulla "volontarietà", sulla formazione di scelte realmente libere?

È stato rimarcato, con grande acutezza, come la volontarietà sia concetto polisemantico, che rimanda a questioni non sovrapponibili: in particolare, la prima, relativa al processo di formazione e allo sviluppo di decisioni in capo al titolare del bene (quindi agli aspetti che permettono di ritenerlo "soggetto competente": maturità, capacità critica rispetto alle proprie opzioni, dominio sui

⁶⁸ A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, 47.

propri impulsi, etc.)⁶⁹ non va confusa con la seconda, ben più rilevante, relativa alla *qualità dell'interazione, della relazione interpersonale* tra l'aveute diritto e l'agente esterno, in particolare sotto il profilo dell'emersione eventuale di inganno, manipolazione, utilizzo strumentale da parte di quest'ultimo⁷⁰: questa diversa categoria concettuale, eterogenea rispetto alla prima e irriducibile ai fattori che riguardano soltanto il titolare del bene, è quella che propriamente permette di comprendere la linea di demarcazione tra volontarietà e costrizione⁷¹.

Il fatto che il comportamento abusivo dell'agente esterno abbia *intaccato la volontarietà del titolare del bene* è invece una *questione ulteriore e distinta* (che potrebbe anche non dipendere dall'azione altrui, ma, eventualmente, da errore, debolezza, ingenuità dell'aveute diritto): questione che *rileva giuridicamente solo in quanto la sua fonte sia ascrivibile alla condotta prevaricatrice dell'agente*; non invece, ovviamente, se si risolve in una *condizione* del titolare del bene⁷².

Perdere di vista questa ricchezza semantica e soprattutto la necessaria dimensione relazionale dell'intera problematica può portare facilmente a ridurre il paternalismo a concetto che esprime solo una semplificazione ideologica orientata a ridurre la complessità dell'esistente.

7. *Paternalismo eudemonico versus paternalismo umanitario*

Il paternalismo è una variabile del contesto storico e culturale di riferimento, di cui ricalca assetti valoriali e anche pregiudizi, configurando un modello di vita "buona" (oggi ad esempio certe forme integraliste di salutismo) e tendendo spontaneamente a imporre scelte operative di comportamento: il rischio di dispotismo emerge quando questa imposizione dal piano culturale viene tradotta in strumenti giuridici di tipo coattivo.

⁶⁹ Come noto, la volontarietà della scelta è esclusa, secondo Feinberg, in caso di coazione, errore, incapacità (*Harm to Self*, 98-169, 143 ss., in ptc. 150 ss.).

⁷⁰ All'interno della quale ci sembra rientri anche il tema del *deficit informativo*, ossia del caso in cui l'agente disponga di un *surplus* di informazioni che al titolare del bene leso non erano nemmeno lontanamente accessibili, conoscenze che l'agente può supporre manchine a quest'ultimo, non essendo ragionevolmente prevedibile che le possieda: G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, 65 s.

⁷¹ In senso critico nei confronti della concezione feinberghiana, tutta incentrata sul primo profilo, v. recentemente A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, 48 ss.

⁷² A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, 49 s.

A esiti non dissimili peraltro può condurre anche il suo antagonista storico: l'atteggiamento "astensionista" dello Stato non può garantire la libertà a quanti, per ragioni fragilità, dipendenza, infermità non sono in grado di garantirselo da sé, mentre facilmente lascia spazio a situazioni di reale prepotenza nei confronti dei più deboli e indifesi.

Il diritto quale espressione storica contingente si trova così facilmente in bilico tra questi due opposti: paternalismo statale e liberalismo necessariamente *asimmetrico*, ove estremizzati, configurano un mondo – in larga misura e sia pur per diverse ragioni – eterodiretto e tecnocratico, che considera alcuni individui, invece che come soggetti responsabili, alla stregua di bambini bisognosi di tutela (o di scimmie ammaestrate) e che assume altri come oggetti da sacrificare in nome degli interessi o dei valori superiori di altri.

Ma va anche sottolineato il rischio di un nuovo e radicale paternalismo: quello dell'eliminazione di persone handicappate o dalle capacità diminuite (nel grembo materno, nell'età avanzata, o in altri momenti) "per il loro stesso bene", "poiché la loro vita è, o sarebbe, non degna di essere vissuta"⁷³.

Del resto, se si affermano degli standard nella coscienza giuridica (standard "umanitari", o almeno supposti tali), non può che apparire pura crudeltà volere denegare a chi è incapace di esprimere una richiesta ciò che ad altri è concesso come normale.

Così, se l'opzione eutanasi appare "ragionevolmente" la migliore per chi la richiede, perché non dovrebbe esserla anche rispetto a soggetti che, in quanto impossibilitati o incapaci di intendere e di volere, non possono esprimere tale richiesta? Le ragioni umanitarie che sorreggono la prospettiva di liceizzazione dell'aiuto al suicidio o dell'interruzione di presidi salva-vita contengono in sé i semi della sua inesorabile estensione e della discriminazione e marginalizzazione di categorie di soggetti vulnerabili la cui vita, in ragione della loro condizione di disabili, infermi, svantaggiati, morenti, viene immancabilmente deprezzata⁷⁴.

È estremamente semplice tradurre opzioni di politica del diritto realmente paternaliste nel linguaggio dei diritti e dell'eguaglianza, specialmente nei confronti di soggetti deboli, rispetto ai quali la società decide quale sia la scelta migliore o più razionale⁷⁵.

⁷³ J.M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford-New York, 1992, trad.it. *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di VIOLA F., Torino, 1996, 249.

⁷⁴ Così recentemente KEOWN J., *Against Decriminalising Euthanasia; For Improving Care*, in JACKSON E. - KEOWN J., *Debating Euthanasia*, Oxford and Portland, 2012, 83 ss., 140 ss., 172 s.

⁷⁵ In questo senso l'argomento del c.d. *slippery slope* è tutt'altro una mera eventualità o l'esito

Così lo stesso diritto all'autodeterminazione rispetto alle scelte di fine vita, se elevato a affermazione astratta dell'onnipotenza del soggetto che ne dispone – un soggetto che invece, proprio in ragione della sua malattia e fragilità, non è onnipotente ma *strutturalmente dipendente* –, può tradursi in strumento per giustificare e anzi favorirne la “spontanea uscita di scena” (per il “suo” bene) quando le sue condizioni fisiche o mentali non sono più – o non sono ritenute dai più – tollerabili.

8. *La relazione terapeutica*

Nel contesto della medicina, è da qualificarsi come paternalistica in quanto contraria all'autonomia personale qualsiasi decisione relativa al bene del paziente assunta in nome del *'therapeutic privilege'* da curante o sanitario o autorità pubblica senza rispettare la sua volontà attuale, espressa con consenso informato.

In questi termini, il conflitto tra *principio di autodeterminazione* e *principio di cura* è solo apparente: rispetto a soggetti competenti deve prevalere il primo. Mentre per i soggetti incapaci, deboli o vulnerabili la portata del principio di cura tende progressivamente a estendersi in misura direttamente proporzionale alla concreta condizione di vulnerabilità della persona.

Va rigettata quindi come forma di paternalismo dispotico la tentazione di delegittimare la libera volontà del singolo ogni volta che le sue scelte possano essere giudicate irrazionali, definendo patologica – quindi bisognosa di soluzione terapeutica – o coartata o manipolata (quindi non autonoma) qualsiasi richiesta non conforme alle aspettative generali, o al suo migliore interesse (quasi che chi si determina a tali scelte debba necessariamente essere insano di mente o comunque incompetente)⁷⁶: quella di incapacità dovrebbe essere sempre una *diagnosi*, bisognosa di dimostrazione⁷⁷.

imponderabile di prassi deviate, abusi o difficoltà di stabilire linee guida sanitarie univoche: piuttosto rappresenta il logico sbocco di una scelta che per determinati infermi appare irrinunciabile.

⁷⁶ Un paternalismo che si potrebbe definire “eudemonologico”, corrispondente a un modello di giustizia “a simmetria circolare o radiante”, in funzione di “difesa contro l'arbitrio del soggetto”, secondo l'immagine offerta da G. ZANETTI, *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Roma, 1998, 143 s.

⁷⁷ D. BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 14.

Costituisce però, come detto, altrettanto una forma di paternalismo – in questo caso anche più pericolosa, perché dissimulata sotto le spoglie del rispetto dell'autodeterminazione – l'ipervalutazione del principio di autonomia rispetto a soggetti deboli, particolarmente esposti a pressione ambientale (che non di rado si può tradurre anche nella richiesta subdola di “farsi da parte”): inaccettabile perché in nome dell'autodeterminazione individuale – intenzionalmente o meno – si dà la prevalenza a interessi e motivi che con quelli del singolo e con la sua autodeterminazione stessa non hanno nulla a che vedere.

Va riconosciuta invece la relazione terapeutica medico-paziente come alleanza in funzione della cura basata sulla fiducia, nella quale trovano piena legittimità la libera scelta di autodeterminazione tanto del paziente che “si affida” al medico, quanto quella del medico che “si fa carico” del paziente. Laddove l'enfatizzazione unilaterale del solo principio di autodeterminazione del paziente in funzione antipaternalista – che sottintende una visione della relazione sanitaria quale situazione intrinsecamente conflittuale, connotata dal sospetto – può produrre facilmente esiti di c.d. medicina difensiva che si riverberano a danno del soggetto in cura⁷⁸.

Se il consenso informato, anziché come modello comunicativo dell'alleanza terapeutica funzionale a fornire una corretta informazione al paziente, viene inteso come mera procedura burocratica, come formulario con apposizione di firma a garanzia del sanitario da possibili conseguenze in sede giudiziaria, il risultato è una divaricazione tra i due soggetti della relazione che paradossalmente *produce nuovi scenari paternalistici*: il sanitario si trincererà sempre più dietro il paravento del rispetto dei protocolli e della volontà formalizzata dal malato, evitando più possibile di coinvolgere attivamente e anche emotivamente quest'ultimo nel percorso verso il programma terapeutico ottimale, ma presentando anzi la cura come modello oggettivo e standardizzato cui assentire o meno⁷⁹.

La prospettiva radicalmente autonomistica e la visione negativa della

⁷⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 1085 ss.; IDEM, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale? Il ruolo del consenso alla luce di Cass. s.u. 21-1-2009, n. 2437*, in *Criminalia*, 2011, 423 ss.; G. FORTI - M. CATINO - F. D'ALESSANDRO - C. MAZZUCATO - G. VARRASO (cur.), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010

⁷⁹ Tipica forma di paternalismo nelle relazioni di cura è rappresentata dal potere del medico di imporre al paziente un lessico scientifico a lui non accessibile, precludendogli di fatto la possibilità di esprimere il senso autentico della sua sofferenza.

‘*freedom from interference*’ del paziente – garantita dal consenso informato – tende a offrire a questi una protezione proprio da chi dovrebbe rappresentare fonte di sostegno (e al medico l’esigenza di approntare adeguate strategie difensive).

Considerazioni che assumono rilievo peculiare rispetto alla problematica delle c.d. *direttive anticipate*: già in sé *non assimilabili al consenso informato* – atto giuridico che riguarda una situazione specifica e individuata sia sul piano della patologia e della cura sia come segmento temporale del vissuto del paziente, da cui dipende direttamente –, si tratta di dichiarazioni che illustrano scelte relative a condizioni eventuali e future, rivolte a soggetti ignoti con i quali la relazione terapeutica non è ancora instaurata (e in vista di una situazione in cui essa non verrà liberamente instaurata): necessariamente segnate dal timore di ciò che non si conosce, sono tendenzialmente orientate alla rinuncia alle cure, mentre è assai improbabile che possano contenere richieste propositive relative a percorsi terapeutici di cui non si ha ancora contezza. Utili opzioni di ausilio al sanitario a conoscere le preferenze del paziente, se intese invece come documenti (o magari moduli precostituiti) che generano specifici diritti, le dichiarazioni anticipate potrebbero sortire i medesimi effetti di medicina difensiva paventati rispetto a una concezione distorta del consenso (la rinuncia generica alle cure legittimerebbe facilmente un disimpegno dei sanitari, specialmente di fronte al rischio di conseguenze legali in caso di inottemperanza)⁸⁰.

La verità è che, al di là delle affermazioni di principio, manca nelle trattazioni penalistiche una riflessione sul significato del “consenso informato”: ma a livello di prassi operativa il vero problema del paternalismo nasce proprio a questo livello⁸¹.

Il fattore di progresso oggi potrebbe consistere nel passaggio dalla valorizzazione dell’informazione in funzione di autodeterminazione a quella della *comunicazione* nell’ambito dell’alleanza terapeutica: perseguendo un modello relazionale di tipo *deliberativo*, nel quale il sanitario non si limita a fornire al paziente informazioni tecniche sugli aspetti terapeutici, ma al contempo si impegna a consigliare e offrire un aiuto nell’assunzione della decisione, argomentando sui

⁸⁰ Su tali questioni cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell’intervento medico e consenso*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2008, 1227 ss.

⁸¹ Non va sottaciuta l’epocale importanza che ha avuto la riflessione sull’autonomia individuale nel ridisegnare il ruolo del medico e il modo di concepire la relazione sanitaria: tanto che oggi è impensabile assumere l’atto terapeutico in termini di mera beneficiabilità in senso ippocratico-galenico, senza assegnare il giusto rilievo alle prerogative anche esistenziali del paziente: cfr. G.G. PASINELLI (cur.), *Il consenso informato. Una svolta nell’etica medica*, Milano 2004.

diversi valori implicati da ogni singola opzione di intervento alla luce del proprio *background* professionale ed esperienziale⁸².

9. *I limiti morali del diritto penale libertario: progressione dei diritti, tutela dei più deboli, autocomprensione sociale, solidarietà minima*

Se il grande merito del manifesto *libertarian* – inaugurato dal pensiero milaniano, che poi ha trovato nella imponente teorizzazione di Feinberg il suo coerente sviluppo – è stato quello non soltanto di denunciare la natura dispotica del paternalismo quantomeno nella sua versione *hard* e di renderne visibili le propaggini più insidiose⁸³, arricchendo la riflessione sui limiti morali del diritto penale di argomenti di estrema modernità, alcune questioni sembrano rimanere inevase.

Si è già fatto cenno alla carenza euristica del principio *individual-oriented* dell'*Harm Principle* (e ancor più dell'*Offense Principle*) sul piano della sua irriducibile tendenza espansiva⁸⁴, solo in parte emendabile da una prospettiva integrata dall'apporto del principio *social-oriented* di necessaria lesività⁸⁵. E diciamo solo in parte perché ciò che il concetto indifferenziato di bene giuridico non può permettere di recuperare è un criterio sicuro per individuare, a fronte della progressiva estensione del riconoscimento dei diritti (sulla corporeità, sulla sfera affettiva, psicologica, etc.)⁸⁶, cosa sia lesivo delle prerogative altrui nelle

⁸² Su tale paradigma v. il celebre saggio di E.J. EMANUEL - L.L. EMANUEL, *Four models of the physician-patient relationship*, in *JAMA (The Journal of the American Medical Association)*, 267, 1992, 2221 ss. (in ptc. 2222, 2226), ove si prospettano anche, accanto al modello *paternalistico*, quello *informativo* (detto anche scientifico o ingegneristico o dell'utente), in cui il sanitario fornisce le informazioni circa i rischi e i benefici dei singoli interventi, sulla base delle quali il paziente applica i propri valori e decide (*ibidem*, 2221, 2225); e quello *interpretativo*, in cui il medico, oltre a fornire informazioni, assiste tramite *counseling* il paziente nell'elucidazione del significato delle sue scelte (*ibidem*, 2221 s., 2225 s.).

⁸³ Ammettono la legittimità di alcune istanze di paternalismo forte in base al principio di beneficiabilità (ad es. messa al bando del fumo, divieto di droghe pesanti) J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984, 67 ss.; D. SCOCCIA, *In Defense of Hard Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 27, 2008, 351 ss. consultato in <http://www.nmsu.edu/~philos/documents/defense-of-hard-pat.pdf> il 6.2.2012.

⁸⁴ In questo senso v. ad es. R.A. DUFF, *Answering for Crime*, 124 ss., 135.

⁸⁵ Secondo la proposta di A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, 121 s. (in realtà presentata, nell'ottica "continentale", a partire dal nostro principio di offensività).

⁸⁶ Estensione che spesso poi reca come conseguenza l'estromissione dal godimento dei diritti fondamentali di quanti sono incapaci attualmente di compiere scelte libere: i diritti uma-

relazioni intersoggettive⁸⁷.

Esiste un vero e proprio diritto a morire? In caso di risposta affermativa, può essere oggetto di intervento coercitivo (anche penale) chiunque interferisca con il suo godimento o, trovandosi in una speciale relazione con l'avente diritto (ad es. di cura), non ne garantisca l'effettività. Ma se esiste un simile diritto (al suicidio), attivabile come pretesa da soddisfare anche *manu aliena* laddove l'avente diritto lo richieda, pare una forzatura limitarlo alla mera casistica della morte pietosa, dovendosi logicamente estendere invece a *qualsiasi forma* di autodisposizione oggetto di libera decisione: suicidio liberatorio (es. per debiti), espiatorio (dovuto a sensi di colpa), per motivi religiosi (secondo le prescrizioni di una setta, di un guru, in linea con una interpretazione di testo sacro), ideologico (per protesta contro una certa situazione politica), umanitario (per spirito di immolazione, es. sperimentazione del medico su se stesso), sentimentale (per creare sensi di colpa alla persona amata che non ricambia), ludico (per imitazione di personaggi famosi, o per gioco estetizzante), per mero capriccio. E, se le scelte autolesive sono essenzialmente private, rispetto alle quali va quindi evitato un ruolo anche solo coordinativo e normativo in capo ai pubblici poteri⁸⁸, desta qualche perplessità, nella logica di un diritto garantito, ammettere un'intromissione paternalistica che possa sindacare quale sia il motivo di una certa decisione, se la persona davvero non possa più soddisfare le proprie aspirazioni, se la decisione risponda davvero alle sue preferenze personali, se sia davvero genuina e meditata⁸⁹.

ni, nella dinamica post-moderna della loro esplosione illimitata, stanno e cadono in funzione dell'autonomia individuale, per cui appare coerente escludere chi non ne dispone ("Ciascuno dei cosiddetti diritti dell'uomo è la negazione di altri diritti dell'uomo e, se esercitato separatamente, genera *ingiustizie*": M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, trad.it. a cura di L. BOTTERO, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Siena, 2009, 26).

⁸⁷ A meno di non ritornare al diritto soggettivo di memoria pre-birnbaumiana quale oggetto di tutela (con gli inconvenienti che ne hanno decretato storicamente l'abbandono).

⁸⁸ A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 160.

⁸⁹ In questi termini, sostanzialmente, la tesi di A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 168 ss.: l'intervento si giustifica per proteggere le capacità delle persone di dirigere il corso della loro vita in modo moralmente responsabile, di fronte alla possibilità di errore o di scelta avventata; si deve trattare di intervento *temporaneo* e di portata limitata, destinato solo a proscrivere l'esecuzione della richiesta in mancanza di un'adeguata opportunità di riconsiderazione, vigendo altrimenti il divieto di forzare indefinitamente una persona a vivere una vita non corrispondente alla propria scelta, dato che il suo benessere non dipende dal conseguimento di un bene oggettivo, ma di un bene scelto dallo stesso agente, di ciò che corrisponde alle sue preferenze e alla sua scala di valori (divieto di imporre una 'buona' vita: *ibidem*, 179). Allo scopo di assicurare che il consenso sia davvero genuino, sarebbe necessaria un'analisi a due stadi: il primo

Inoltre, trattandosi di un vero e proprio diritto a morire, l'intervento di salvataggio da tentativo di suicidio, in quanto intromissione nella sfera privata giuridicamente tutelata, potrebbe integrare violenza privata; mentre la reazione dell'aspirante suicida che uccida il soccorritore per liberarsene potrebbe essere ritenuta scriminata come legittima difesa.

A meno di non voler scardinare la logica dell'ordinamento, pare giocoforza dover riconoscere al suicidio il rango di mero *esercizio di una libertà negativa*, rispetto alla quale lo Stato si limita a un atteggiamento di non intromissione, in ragione del necessario rispetto della sfera personale più intima⁹⁰.

Senza contare le conseguenze che la configurabilità di un diritto a morire dispiegherebbe in termini di pressione sociale e ambientale sui malati⁹¹.

In secondo luogo, la connotazione *welfaristica* dell'antipaternalismo liberale – prodotto della matrice utilitarista – fa sì che risultino ammissibili limitazioni alla libertà individuale solo di tipo *procedurale*, riguardanti le modalità e le circostanze temporali in cui realizzare i desideri e i progetti esistenziali delle persone, a garanzia di condizioni di sufficiente razionalità delle scelte⁹²; mentre non pare venire assegnata sufficiente rilevanza al tema della tutela dei soggetti più deboli⁹³.

è quello dell'accertamento di una condizione in cui il richiedente soffre di un serio pregiudizio di quelle risorse vitali e capacità che in circostanze normali sarebbero necessarie per garantire un minimo di qualità della vita; il secondo vertice invece sulla considerazione delle preferenze personali; nessun rilievo assumerebbero invece altri aspetti talora proposti come condizioni di legittimità dell'eutanasia, quali l'inizio della fase finale che conduce alla morte e l'accertamento di un dolore acuto e insopportabile (*ibidem*, 92; cfr. anche A. VON HIRSCH - U. NEUMANN, "Indirekter Paternalismus" im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 91 s.).

⁹⁰ V. D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, 516 s.; e, volendo, L. CORNACCHIA, *Euthanasia. Il diritto penale di fronte alle scelte di fine vita*, in *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2002, 391 ss.

⁹¹ "La previsione del «diritto a morire» produce l'aspettativa che di esso, sussistendone le condizioni, si faccia effettivamente uso, determinando la *colpevolizzazione* dei malati e dei loro congiunti che dovessero richiedere ulteriori investimenti di risorse socio-sanitarie, una volta superate – pur in assenza di sproporzione dell'intervento – soglie relative allo stato di salute oltre le quali si proponesse come giustificata la rinuncia alla tutela. In condizioni di precarietà esistenziale, dunque, la tutela non costituirebbe più un fatto ordinario, ma l'effetto di una scelta: e la pressione psicologica a che simile scelta, socialmente onerosa, non avvenga si renderebbe molto forte." (L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, 1236).

⁹² G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, 147 ss.

⁹³ Sull'insostenibilità dell'identificazione del benessere personale con l'utilità, che può sortire effetti profondamente iniqui verso chi è deprivato in modo permanente v. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, 69 ss.

Se deve considerarsi insuperabile il *limite alla coercibilità di scelte che non si giustificano per ragioni di vulnerabilità del soggetto portatore* (ma piuttosto per il loro contrario), perché in caso contrario, verrebbero violati i principi di eguaglianza e di ragionevolezza, al contempo va ribadito che proprio il diritto ha senso in quanto destinato a proteggere chi si trova in condizione di fragilità e di dipendenza e non è in grado di salvaguardare le proprie prerogative da sé: il principio della protezione dei più deboli (di ogni essere umano in quanto debole, ma *in misura crescente in funzione della maggiore vulnerabilità*) rientra in quello di sussidiarietà, nel senso che è necessario investire maggiori risorse rispetto a chi è più bisognoso di cure.

Una tutela che non può risolversi, dunque, nella mera garanzia formale della validità del consenso.

Riteniamo che, allo stato attuale del dibattito, la maggiore divaricazione tra le concezioni della libertà individuale non stia più tanto nel binomio paternalismo-antipaternalismo, dovendosi riconoscere che solo il secondo ha legittima cittadinanza nel contesto di una visione rispettosa delle prerogative del cittadino di fronte ai pubblici poteri, ma semmai nel rilievo che si ritiene di dover assegnare alla tutela della persona in condizione di vulnerabilità: rispetto a tale questione fondamentale è necessario un serrato ma corretto confronto dialettico tra punti di vista relativi alle opzioni normative ammissibili, che, tra l'altro, sia in grado di rinunciare alla facile etichettatura di paternalismo.

Eccessivamente semplicistico appare anche l'utilizzo del binomio offesa-autonomia per escludere la legittimità dell'incriminazione o prevenzione coattiva di condotte autolesionistiche⁹⁴.

Le medesime ragioni di vulnerabilità dei soggetti esposti possono spiegare le forme di intervento di tipo coercitivo apprestate in tale ambito dall'ordinamento – basti pensare alle discipline, certamente discutibili, della detenzione di stupefacenti per uso personale, o dell'assunzione di sostanze dopanti da parte dell'atleta –, le quali certamente non esauriscono la loro funzione nella tutela di beni giuridici esterni: è soggetto fragile il tossicodipendente, così come lo sportivo la cui attività viene fagocitata dalle aspettative e dalle pressioni dell'ambiente circostante (spesso davvero soltanto una pedina di un meccanismo complesso legato a grandi interessi economici). Ciò che caratterizza tali scelte è la persisten-

⁹⁴ In questi termini (e in particolare secondo lo schema del '*misalignment*'), sulla base del '*living-standard approach*' ammettono spazi per interventi paternalistici indiretti rispetto a forme di auto-lesioni diverse dal suicidio, laddove precludano un adeguato *range* di opportunità (ad es. mutilazioni), A.P. SIMESTER - A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, 184 s.

za nel tempo degli effetti lesivi: così, se può qualificarsi come espressione di autonomia la decisione trasgressiva iniziale di assumere stupefacenti, non sembra potersi dire lo stesso per la reiterazione del comportamento nella fase in cui si è ormai consolidata la dipendenza⁹⁵.

Più in generale, escluso che sia legittimo censurare penalmente un comportamento autodistruttivo⁹⁶, al di là degli eterointeressi⁹⁷ che possono giustificare il divieto – interessi indispensabili, in prospettiva *liberal*, a giustificare l'intervento coercitivo nei confronti di chi cooperi a quella che altrimenti andrebbe rivista come mera espressione di autonomia da parte del soggetto autolesionista⁹⁸ – rimane oltretutto aperta la questione di quali esiti possa sortire la legittimazione di qualsiasi scelta di questo tipo in quanto espressione di libertà in termini di comprensione e di accettazione diffusa di una società libera.

Il quarto profilo critico della concezione liberale risiede nell'inadeguatezza del concetto astratto di libertà personale, intorno al quale ruotano le ricostruzioni alternative o, preferibilmente, cumulative, dell'*Harm Principle* e del prin-

⁹⁵ Risponde invece verosimilmente a una forma di *legal moralism*, e non di paternalismo giuridico, il principio secondo cui si devono ammettere restrizioni a scelte autolesive dovute a futili motivi (es. suicidio dovuto all'insuccesso della propria squadra sportiva, o a delusione d'amore, etc.): R. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11, 2005, 280 (cit. da <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/feinberghardpaternalismArnesonmoreorevised.pdf> 14, consultato il 12.2.2011). In realtà, se è vero che simili condotte possono essere limitate, non sembra del tutto legittimo pensare a un intervento coercitivo, e ancor meno di tipo penale (ma al più di allocazione di risorse in funzione assistenziale: es. di fronte a soggetti che manifestano simili intenzioni è legittimo far intervenire presidi di sostegno sociale).

⁹⁶ D. BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 25.

⁹⁷ Ad es., rispetto al consumo di droga, evitare i costi sociali in termini di aumento della criminalità organizzata, di disintegrazione del tessuto sociale attraverso diffusione di stili di vita devianti, di disturbo alla quiete pubblica: W. WHOLERS, F. WENT, *Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen, dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande*, in A. VON HIRSCH - U. NEUMANN - K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 302, 313 ss. Rispetto al doping, escluso che l'incriminazione dello stesso competitore che se ne avvale risponda solo a ragioni di correttezza sportiva (perché allora la scelta della sanzione penale sarebbe senz'altro censurabile), probabilmente la *ratio* è quella di favorire l'emersione del fenomeno (quantunque il metodo potrebbe risultare inopportuno, proprio in vista della possibilità di ricercare piuttosto una collaborazione da parte dell'atleta).

⁹⁸ Altrimenti perché dovrebbe essere considerato lecita la condotta del medico che asseconda la volontà eutanasi del paziente e non quella del farmacista che, dopo un'accurata verifica della piena capacità del richiedente e della genuinità della sua richiesta, procuri a questi la sostanza dopante?

cipio di necessaria lesività di beni giuridici, a dar conto di quali presupposti rendano possibile la coesistenza libera dei consociati, garantendo le condizioni della stessa libertà personale⁹⁹: si intende fare riferimento a livelli polimorfici di solidarietà, cristallizzati nelle istituzioni (presidi normativi irrinunciabili, non surrogabili dal libero sviluppo delle scelte individuali), ovvero, secondo il lessico corrente nella giurisprudenza italiana, giuridicamente rilevanti a livello di posizioni di garanzia e di specifiche incriminazioni di reati di pura omissione¹⁰⁰.

La natura solidaristica dei rapporti intersoggettivi trova infatti espressione

⁹⁹ G. JAKOBS, *Rezenson*, 102.

¹⁰⁰ La violazione di puri doveri di solidarietà nell'ambito di interazioni anonime – al di fuori di speciali relazioni strutturate giuridicamente in posizioni di garanzia (o, meglio, in competenze istituzionali) – potrebbe essere sanzionata penalmente solo quando si tratti di *easy rescue*, con esclusione dell'incriminazione del mancato compimento di atti supererogatori (sul punto v. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. II: Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, 1061 ss., 1113 ss.; sulle '*bad samaritan laws*' come rottura delle posizioni liberali antipaternalistiche e ingerenza nell'ambito di insindacabile libertà individuale v. M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, 997 ss.). Di conseguenza, chi compia atti di tipo altruistico correndo pericoli o subendo danni dovrebbe essere premiato e indennizzato (A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, 1114; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, 999 e op. ivi cit.). Ovviamente, con le cautele che la situazione concreta presenta: in particolare, quelle che impongono di precludere qualsiasi eventualità di coartazione, pressione o necessità nella scelta altruistica, che, proprio a garanzia di chi la pone in essere, deve rimanere del tutto spontanea. Così ad esempio, rispetto alla questione della cessione "filantropica" di rene a beneficio di sconosciuti, quindi tra persone non motivate da vincolo affettivo (c.d. donatori "samaritani"), si ritiene che debbano essere rispettati i seguenti canoni: principio dell'anonimato tanto del donante quanto del ricevente, a garanzia di una donazione autenticamente spontanea e non condizionata, e inoltre non strumentalizzata mediaticamente (con il rischio che perda la sua genuinità); principio di esclusiva delle strutture ospedaliere e divieto di interposizione di soggetti diversi, che potrebbero trarne vantaggi economici; principio dell'assoluta gratuità e rifiuto di qualsiasi forma anche indiretta o larvata di mercato (es. compenso mascherato da "rimborso spese"), onde garantirne la spontaneità, evitando che la decisione del donante dipenda da necessità economica; in generale predisposizione di linee guida trasparenti e accessibili, destinate a prevenire ogni forma di commercio occulto e a combattere il fenomeno del c.d. traffico di organi. Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha espresso a riguardo parere favorevole, ma ha indicato ulteriori cautele di tipo "paternalistico": carattere non sostitutivo del trapianto da donatore vivente consanguineo o affettivamente legato, o da cadavere; accertamento della piena comprensione da parte del donante dei rischi e delle conseguenze; previsione di registri riservati a garanzia dell'anonimato; accertamento sulle condizioni cliniche e psichiche del donatore e sulle motivazioni del gesto attuato da una "parte terza" rispetto all'organizzazione medica che effettuerà il prelievo e il trapianto di rene; previsione di un criterio di preferenza per il donatore nelle liste di attesa in caso di bisogno sopravvenuto di un rene (v. Comitato Nazionale per la Bioetica, *La donazione da vivo del rene a persona sconosciuta – c.d. donazione samaritana –*, 23.4.2010, in http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_1965_allegato.pdf, consultato il 12.2.2012).

in particolare proprio nelle strutture organizzative fondamentali della società in un determinato contesto storico: assetti irrinunciabili del sistema sociale (la famiglia, il rapporto di matrimonio, le pubbliche funzioni), destinati alla preservazione e *stabilizzazione delle condizioni esistenziali fondamentali della libertà*, dai quali discendono speciali obblighi positivi orientati alla cura di interessi collettivi, il cui fondamento discende da una serie di principi costituzionali, tra i quali *in primis* quelli degli artt. 2 e 3 Cost¹⁰¹. In questi ambiti la matrice solidaristica cui sono improntate le relazioni impone prestazioni positive, a carico dei soggetti a ciò istituzionalmente deputati, di salvaguardia di altri soggetti (ad es. dalla famiglia deriva per i genitori una serie di obblighi nei confronti dei figli; e così per chi ne fa le veci nei confronti di minori o incapaci): limitatamente a tali obblighi di tipo istituzionale la dimensione “paterna”, del “prendersi cura”, può essere riconosciuta addirittura come uno dei pilastri dell’attuale assetto costituzionale solidaristico.

¹⁰¹ Sul tema v. S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 193 s.

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