

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

DARIO MICHELETTI

IL PATERNALISMO PENALE GIUDIZIARIO
E LE INSIDIE DELLA *BAD SAMARITAN JURISPRUDENCE*

SOMMARIO: 1. Variabili concettuali dell'offesa quale limite dello *ius puniendi*. – 2. I prodromi e i tratti del paternalismo giudiziario. – 3. Un primo paradigmatico esempio: la responsabilità dell'autista per la morte del passeggero privo delle cinture di sicurezza. – 4. Una verifica della tesi. - 4.1. Ideale razionalità deliberativa *vs* autonomia personale. - 4.2. Paternalismo conflittuale *vs* libertà di trasgredire a proprio danno. – 5. Ulteriori espressioni di paternalismo giudiziario nel campo della responsabilità penale omissiva e colposa. – 6. La rara giurisprudenza, specie di merito, antipaternalista. – 7. Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie omissive: il criterio della tipicità della vittima. – 8. Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie colpose: la normatività della colpa e il problema del consenso scriminante.

1. *Variabili concettuali dell'offesa quale limite dello ius puniendi*

Comprensibilmente, la letteratura che si è di recente occupata dei limiti razionali del diritto punitivo tende a registrare le analogie funzionalistiche tra il pensiero liberale-antipaternalistico e le concezioni, non solo italiane, ispirate dal principio di offensività¹. Malgrado la diversa matrice ideologica e culturale, entrambi i modelli convergono nell'indicare nella presenza di un danno, o meglio di un'offesa, la scaturigine legittimante del diritto penale, con la comune conseguenza di negare che la pena possa presidiare una mera opzione morale, in spregio della necessaria offensività del fatto di reato per i cultori del bene giuridico, ovvero del principio di autodeterminazione del singolo per il pensiero liberale.

Non mancano, tuttavia, profonde differenze, che riguardano tanto il merito delle soluzioni prospettate quanto l'ambito di penetrazione delle stesse.

In breve: il pensiero liberale-antipaternalistico, filtrando il concetto di danno

¹ V. per tutti gli atti pubblicati in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, nonché, nello specifico, E. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle"*, in *Goldammer's Archiv*, 2002, 2 ss.

alla luce dell'autonomia personale², ha rivelato una migliore capacità selettiva rispetto al principio di offensività, scongiurando così quella forzata omologazione del giudizio di illiceità che si annida nel riferimento a un generico bene giuridico. Lo si deve all'inversione della logica punitiva intrinseca nel c.d. *Harm to Others Principle*: il quale, anziché concepire lo *ius puniendi* come una potestà *generale* antecedente e superiore al piano *individuale*³, muove proprio dalla necessità di protezione del singolo quale giustificazione dell'intervento punitivo⁴. Partendo "dal basso", anziché procedere assiologicamente, quest'ultima impostazione ha finito quindi per offrire un più duttile strumento diagnostico del potere punitivo nell'ambito di una società multiculturale⁵. È evidente soprattutto nelle materie eticamente pregnanti dove, per contro, le generalizzazioni che si specchiano nell'oggetto di tutela si prestano a alimentare contrapposizioni ideologiche, come quella tra i sostenitori del diritto *alla vita e alla integrità personale* quali beni giuridici intangibili, e i propugnatori di un diritto *sulla propria vita e sul proprio corpo* come prerogative valoriali che l'ordinamento non può misconoscere.

D'altro canto, non vanno sottovalutati i benefici dell'approccio continentale, ispirato al bene giuridico, rispetto a quello anglosassone di stampo liberale. In favore del principio di offensività va riconosciuto infatti che esso ha dato prova di una maggiore concretezza delimitativa rispetto all'*Harm Principle*, mostrando, non solo a livello legislativo, ma soprattutto nella fase dell'interpretazione, la propria funzione di argine. Benché non fosse questo l'intento principale dei suoi promotori, è stato anzi proprio in sede applicativa che la logica dell'offensività ha registrato i migliori risultati. Se infatti la funzione critica del bene giuridico non ha mai oltrepassato il piano delle elaborazioni teoriche⁶, il riferimento all'oggetto della tutela si è oramai imposto come fulcro dell'attività interpretativa, prestandosi a espungere di continuo dall'area di tipicità fatti apparentemen-

² Cfr. fondamentalmente S. MILL, *On Liberty* (1859), tr. it. Milano, 1983, 32 s.

³ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 11 ss.

⁴ Per tutti J. FEINBERG, *Harm to Others*, New York-Oxford, 1984, 3 ss.

⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 85 ss.

⁶ Sulla "vacuità" del bene giuridico quale limite della politica criminale v. fra gli altri G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 509; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 295 s., 300.

te conformi allo schema legale ma inoffensivi⁷.

Più che della *legge* penale, quindi, il bene giuridico si è rivelato un limite d'intervento del *giudice* penale.

Di un'analogia rilevanza in concreto non sembra invece esservi traccia rispetto all'*Harm Principle*, relegato com'è, sin dalla sua origine, in un empireo filosofico dove è chiamato a svolgere nulla più che il ruolo di metro di valutazione di prodotti normativi, da giudicarsi alla sua stregua "buoni o cattivi, giusti o ingiusti"⁸. Lo sottolineò del resto anche il suo più strenuo teorizzatore, il quale riconobbe che tutto il ragionamento minuziosamente architettato nella monumentale opera *The Moral Limits of Criminal Law* intendeva rivolgersi, non già a un'ideale Corte suprema, bensì a un illuminato legislatore⁹. Né tale assunto trova smentita nel fatto che le Corti statunitensi ricorrono talvolta al principio del danno per decidere casi particolarmente delicati come, ad esempio, quelli riguardanti il rifiuto delle cure mediche¹⁰. Più che una rilevanza interpretativa, questo fenomeno pare riflettere la tendenza dei sistemi *common law* ad assimilare il piano normativo e quello giudiziario: di modo che si consente al giudice, non diversamente dal legislatore, di "congegnare" la *regola iuris* pur sempre nel rispetto del principio del danno.

2. I prodromi e i tratti del paternalismo giudiziario

Dunque, è un fatto che quando si discute di antipaternalismo l'obiettivo tende fatalmente a concentrarsi sulla necessità di contenere l'arbitrio del legislatore; sicché – se non fosse per il crescente interesse mostrato dalla dottrina penalistica per talune questioni bioetiche – la tematica ben potrebbe essere lasciata ai fi-

⁷ V. per esempio, di recente, Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2011, n. 25674, in *www.dirittoegustizia.it*, che ricorrendo a una motivazione ampiamente riepilogativa delle ragioni dogmatiche che impongono un'interpretazione della tipicità penale teleologicamente orientata alla lesione del bene giuridico, ha escluso la rilevanza penale della condotta di coltivazione di una singola pianta di canapa indiana proprio in ragione della inoffensività in concreto di tale condotta.

⁸ E. DICIOTTI, *Principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 366. Amplius 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'"offens" e di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, 43 ss.

⁹ J. FEINBERG, *Harm to Self*, New York, 1986, 5.

¹⁰ Cfr. S.D. SMITH, *The Hollowness of the Harm Principle*, in *University of San Diego Legal Working Paper Series*, 2004, 2 ss. (*law.bepress.com*).

losofi del diritto: vuoi per «il numero piuttosto limitato di norme paternalistiche presenti negli ordinamenti giuridici contemporanei»¹¹, vuoi per la sostanziale insindacabilità delle scelte legislative riguardanti l'estensione dell'intervento penale¹². Quel che è certo, al di là della sua concreta rilevanza pratica¹³, è che il dibattito sul paternalismo giuridico è dominato dalla convinzione che una siffatta tendenza possa essere ad appannaggio solo di chi "produce" norme penali: quasi che una disposizione incriminatrice, una volta superato il filtro generale del principio del danno così da trovare ingresso nel sistema positivo, non possa mai andare incontro a un'*applicazione paternalistica*.

In realtà così non è. E taluni autori italiani, forse perché plasmati dalla cultura dell'offensività – e quindi adusi ad affrontare il tema della legittimazione tanto del diritto penale "legislativo" quanto di quello "giudiziario" – hanno per lo meno intuito che un deleterio paternalismo può annidarsi non solo nella fase produttiva delle norme, ma non di meno in quella della loro applicazione¹⁴. Illiberale, con altre parole, può rivelarsi non solo il legislatore, ma parimenti (se non ancor più) il giudice, al quale, nonostante il principio costituzionale di legalità, l'ordinamento affida vere e proprie *clausole d'illiceità* talmente generiche (basti pensare agli artt. 40, comma 2; 43, III alinea, e 110 c.p.) da aprire la strada – ove non correttamente delimitate tramite costruzioni teoriche che si

¹¹ Così E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion pratica*, 2005, 112, il quale – pur essendo il primo studioso italiano ad avere approfondito il tema – non esita a definire «marginale» la questione del paternalismo.

¹² Sulla scarsa effettività del principio del danno, cui non è riconosciuta una capacità di contenimento della discrezionalità legislativa superiore alla funzione critica del bene giuridico – e quindi inesistente – v. fra i molti S.D. SMITH, *The Hollowness*, cit., 8; B.E. HARCOURT, *The Collapse of Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1999, 113 ss.; W. WOHLERS, *Le fattispecie penali (...)*, in G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., 134; il tutto nel quadro più generale di una dottrina anglofona comprensibilmente scettica – al pari della nostra – sulla possibilità di controllare le opzioni punitive del legislatore: v. per esempio M.P. GOLDING, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, 1975, p. 59, 64 ss. Del resto, è sufficiente considerare la facilità con cui la giurisprudenza costituzionale rinviene un connotato offensivo nelle norme solitamente additate come paternaliste per comprendere quanto inconsistente sia il supposto argine legislativo offerto dall'*harm to others principle*: sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca che ha motivato la legittimità dell'obbligo di indossare il casco (BVerfG 59 p. 275 ss. 278-279) v., nella nostra letteratura, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, 112 ss.

¹³ Ne nobilita comunque il valore politico-culturale G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, G. FIANDACA - G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., 152 ss. spec. 161 ss.

¹⁴ Plurimi spunti in tal senso si rinvencono per esempio in A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 104, 114 s., 119 s., non a caso personalmente incline a una lettura "*in action*" delle questioni penali.

prefiggono per l'appunto di contenere la discrezionalità giudiziale in nome del principio di legalità – a un potere di “interpretazione” così ampio da surrogare quello normativo¹⁵.

Quindi, non solo esistono tutte le premesse affinché si manifesti una forma di paternalismo penale giudiziario, inteso come punizione di un soggetto in mancanza di una reale “offesa ad altri” e, all'opposto, nell'ottica del perseguimento di una superiore idea di bene. Ma un tale fenomeno, come si avrà modo di esemplificare, risulta ben più ricorrente del paternalismo legale, nonché assai più infido e illiberale.

Basti considerare che quest'ultimo si traduce pur sempre in una sopraffazione ideologico-morale della *maggioranza* rispetto al diritto di libertà dei singoli¹⁶, mentre il paternalismo giudiziario esprime la sopraffazione ideologica di singoli *individui* (coloro che assumono la funzione giudicante) rispetto al diritto di libertà di altri individui (la supposta vittima e l'imputato). Ma non solo: il paternalismo legale è di solito manifesto, ostentato nel professare il valore che si antepone, in fase di bilanciamento, all'autonomia personale; mentre quello giudiziario è sottinteso, dissimulato sotto la copertura di una disposizione incriminatrice forzosamente interpretata in senso pelosamente solidaristico. Senza trascurare, infine, che il paternalismo legale è prevalentemente *diretto*, perché tende a sanzionare frontalmente lo stesso soggetto la cui libertà morale è conculcata; mentre – come tra breve si chiarirà (v. *infra* § 3) – il paternalismo giudiziario è strutturalmente *indiretto*, o meglio *mediato*, traducendosi nella punizione (per omicidio o lesioni) di un soggetto ritenuto colpevole di non avere preservato altri dalle conseguenze autolesive delle proprie scelte di vita¹⁷.

¹⁵ In argomento v. da ultimo F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, 259 ss.

¹⁶ Per questa definizione di legge paternalistica v. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., 16. In argomento M. ALEMANY GARCÍA, *El concepto y la justificación del paternalismo*, Alicante, 2005, 267, di cui si veda, per un'analisi ancora più approfondita *El paternalismo jurídico*, Madrid, 2006, cap. I, 557 ss.

¹⁷ In genere questa manifestazione di paternalismo viene definita «*indiretta*» [così, fra i tanti, J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., 8 ss.] o «*impura*» [così, isolatamente, G. DWORKIN, *Paternalism*, (1971), in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, 22]. Qui si preferisce l'espressione “paternalismo *mediato*” per indicare le ipotesi di punizione di un soggetto per aver collaborato o interagito con le altrui opzioni autolesioniste, in quanto i filosofi del diritto ricorrono all'espressione paternalismo «*indiretto*» anche per indicare fenomeni di paternalismo per così dire “anticipato”, che si verificano cioè quando si sanziona non già la condotta autolesionista (ad esempio l'uso di determinati medicinali) ma condotte prodromiche (nell'esempio sanzionando i farmacisti che li vendano): così E. DICCIOTTI, *Preferenze*, cit., 100.

Sotto questo profilo, il paternalismo giudiziario è quindi doppiamente illiberale riducendoci tutti a potenziali responsabili delle opzioni comportamentali espressive dell'altrui autonomia personale. È il prodromo dello scenario peggiore paventato dai pensatori liberali: una società in cui gli individui, costretti da un malsano comunitarismo, sono chiamati a sorvegliarsi a vicenda, non già in forza di un confortante spirito solidale, bensì con l'intento di correggere i comportamenti "devianti", vale a dire quelli che non si allineino al modello di vita razionale stabilito da chi detiene il potere di additarlo.

3. *Un primo paradigmatico esempio: la responsabilità dell'autista per la morte del passeggero privo delle cinture di sicurezza*

Poiché può non essere intuitivo comprendere come si manifesti il paternalismo giudiziario, è opportuno muovere dall'illustrazione di un esempio paradigmatico, sul quale converrà soffermarsi a riflettere per enucleare la matrice di un siffatto orientamento (v. *infra* § 4 ss.), così da saperlo riconoscere (v. *infra* § 5) e fronteggiare nelle sue varie declinazioni (v. *infra* § 7 e 8).

Ebbene: uno degli esempi più nitidi di paternalismo giudiziario si coglie nella giurisprudenza che punisce per omicidio colposo l'automobilista che non abbia fatto indossare le cinture di sicurezza al passeggero maggiorenne successivamente deceduto nell'incidente¹⁸. Non si riscontra, in questo caso, una norma positiva che prescriva al guidatore di far indossare le cinture di sicurezza al passeggero maggiorenne¹⁹ – ché diversamente la questione si sposterebbe sul piano del paternalismo legale indiretto. E nondimeno, la giurisprudenza ritiene

¹⁸ Così, da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2010, n. 3585, in *Foro it.*, 2010, II, 395. Giova peraltro sottolineare che in tal caso il guidatore non aveva alcuna responsabilità nell'incidente, ché altrimenti la sua responsabilità colposa non starebbe nel non aver fatto indossare le cinture le cinture bensì nell'aver colposamente provocato l'incidente. A conferma della compattezza di un siffatto indirizzo giurisprudenziale v. Cass. pen., sez. IV, 20 giugno 2006, Scagnetti, in *Foro it.*, 2008, II, 48; Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2003, Sulejmani, in *Foro it.*, 2004, II, 431; Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 1996, Comensoli, in *Arch. circolaz.*, 1996, 896. *Contra*, isolatamente, Cass. pen., sez. IV, 27 ottobre 1992, Socchi, in *Arch. circolaz.*, 1993, 537, la quale per lo meno ipotizza che la negligenza del passeggero possa interrompere l'imputazione dell'evento all'autista.

¹⁹ Tale mancanza è rafforzata dal fatto che, all'inverso, un tale obbligo è esplicitamente previsto dall'art. 172, comma 10, c.strad. nel caso di passeggeri minori di età: lo sottolinea I. GIACONA, *Passeggero adulto senza cintura di sicurezza e responsabilità del guidatore per omicidio colposo: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2010, 399.

in via interpretativa che ogni automobilista, per ciò solo, si erga a garante dell'integrità fisica delle persone trasportate sino al punto da imporgli di preservarli dalle loro scelte autolesionistiche: il che significa, nel caso di loro «renitenza, a rifiutarne il trasporto o ad omettere l'intrapresa della marcia»²⁰. Il tutto favorito da un'infelice (quanto infedele) applicazione di quell'orientamento teorico che individua la posizione di garanzia in termini sostanziali: prescindendo cioè da una norma che espliciti l'obbligo *giuridico* di impedire l'evento richiesto dall'art. 40, comma 2, c.p., e valorizzando semplicemente il rapporto sostanziale di supremazia che s'instaura tra un bene meritevole di tutela e il supposto garante²¹.

Ora: non v'è dubbio che l'indirizzo giurisprudenziale concernente l'obbligo dell'autista di far indossare le cinture di sicurezza al passeggero maggiorenne ben potrebbe essere criticato sotto il profilo tecnico-giuridico²². In particolare, la concezione sostanziale di cui si avvale la Corte di cassazione mostra qui tutti i propri limiti, rivelando quanto pericoloso sia sollevare il giudice dalla necessità di riferirsi a un indice normativo per riscontrare l'esistenza di un obbligo d'impedire l'evento, con il conseguente rischio di concedergli l'assoluta libertà di discernere gli stati di inerzia penalmente rilevanti²³. La questione non va però ridotta alla schermaglia dogmatica tra formalisti e funzionalisti. Anzi, paradossalmente, è proprio quest'ultimo approccio a fornirci la prospettiva migliore per svelare l'autentica matrice paternalistica della sopra citata giurisprudenza.

Anche secondo i sostenitori della concezione sostanziale, infatti, la posizione di garanzia non discenderebbe dall'esistenza purchessia di una qualunque condizione di superiorità o di controllo di un soggetto rispetto a un altro, ma ha motivo di configurarsi solo in presenza di un presupposto logico-sostanziale ben preciso: ossia «*l'incapacità (totale o parziale) del titolare di un bene o un in-*

²⁰ Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2003, Sulejmani, *cit.*

²¹ Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 197 ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 129 ss.

²² V. diffusamente, oltre a I. GIACONA, *Passeggero adulto*, *cit.*, E. BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, 4329 ss.; M. GROTTI, *La responsabilità penale del guidatore nel caso di decesso del trasportato non facente uso dei prescritti dispositivi di ritenzione: causazione colposa o commissione mediante omissione?*, in *Cass. pen.*, 2005, 3466 ss.; L.D. CERQUA, *Mancato uso delle cinture di sicurezza e responsabilità per lesioni colpose*, in *Giudice di pace*, 2005, 86.

²³ V. fra gli altri, anche per un riepilogo del dibattito, F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620 ss.; N. PISANI, *Obbligo di impedire l'evento*, in S. CASSESE (diretto da) *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 3859 ss. M. RIVERDITI, *L'obbligo di impedire l'evento: una ricostruzione critica*, in S. VINCIGUERRA - F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 745 ss.

*teresse di proteggerlo autonomamente*²⁴. Non è pertanto l'esigenza di salvaguardare un bene primario che giustifica la configurazione di una responsabilità penale per omissione, così come talvolta si afferma in modo (troppo) sintetico. La legittimazione si rinviene semmai nella speciale *vulnerabilità* del titolare del bene, che si trova nell'impossibilità di proteggerlo autonomamente. Con la necessaria conseguenza – a voler essere coerenti con questa impostazione – che qualora manchi tale stato di vulnerabilità soggettiva, e quindi ove faccia difetto il presupposto legittimante dell'omissione, *non avrebbe ragione alcuna di configurarsi un obbligo di agire né l'equiparazione dell'inerzia alla causazione dell'evento*.

È il caso, per l'appunto, del passeggero maggiorenni che decida di non allacciarsi le cinture di sicurezza: il quale, lungi dall'incorrere in una condizione di debolezza meritevole di essere compensata, *sceglie* di autoesporre al rischio, così da non potere che assumere su di sé, in base al principio di auto-responsabilità²⁵, le conseguenze della propria azione. Non v'è infatti qui alcuna fragilità sistemica da rimediare; alcuna condizione naturale o stato sociale tale da richiedere che gli altri membri della collettività si attivino in soccorso. V'è solo la libera e consapevole decisione di un singolo di assumere un rischio (nell'esempio, non allacciare le cinture di sicurezza) per le più svariate e irrilevanti ragioni: perché, ad esempio, la persona non vuole sgualcirsi la camicia, ha il mal d'auto, la pelle ustionata dal sole, o è semplicemente stupida (su quest'ultima eventualità v. *infra* § 4.1)²⁶.

Vero quanto sopra, ove ci si ostinasse a configurare una posizione di garanzia anche in assenza di un'effettiva vulnerabilità soggettiva, altro non si farebbe che declinare la responsabilità omissiva in chiave paternalistica. La si concepirebbe cioè come *strumento punitivo di correzione delle decisioni individuali pienamente consapevoli, ma non condivise dall'ordinamento, ancorché esse ledano esclusivamente gli interessi del soggetto che le adotta*. Tutt'altro, dunque, che *Bad Samaritan Jurisprudence*²⁷, dato che in questi casi non vi sarebbe alcun "biso-

²⁴ G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 133 s.; *Amplius* sulla «situazione di garanzia» v. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 184 ss.

²⁵ In argomento, per tutti, S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 452 ss.

²⁶ Così I. GIACONA, *Passeggero adulto*, cit., 399 s.; M. GROTTI, *La responsabilità penale del guidatore*, cit., 3472 s., 3475.

²⁷ L'espressione – che si ritrova anche nel titolo del lavoro – è mutuata dalla letteratura anglosassone riguardante le norme penali che impongono un dovere di soccorso, e per questa ragione denominate, in modo evocativo, come *Bad Samaritan Laws*: cfr. F.J.M. FELDBRUGGE, *Good and Bad Samaritans: A Comparative Survey of Criminal Law Provisions concerning Failure to Rescue*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1965, 630 ss., nonché la dottrina citata *infra* § 7.

gnoso” da soccorrere. Il diritto giurisprudenziale ambisce qui null’altro che a una “correzione della scelta autolesionistica”, chiamando per questo motivo a rispondere dell’evento un terzo estraneo che semplicemente si trovava nella possibilità d’interferire e non l’ha fatto.

In conclusione, dall’analisi di questo primo caso paradigmatico si possono trarre le seguenti indicazioni. La giurisprudenza mira qui alla sostituzione della volontà del passeggero con quella del guidatore. Lo strumento su cui si fa leva è la minaccia di pena rivolta a quest’ultimo nell’ipotesi in cui il rischio che il primo sceglie di correre si verifichi. Il tutto muove (ed è viziato) dall’assenza di una reale giustificazione logica, giuridica e sociale atta a supportare tale duplice surrogazione di volontà e di responsabilità, così da svelare l’autentica matrice paternalistica di una siffatta costruzione giuridica di origine eminentemente pretoria.

4. *Una verifica della tesi*

Per fronteggiare l’accusa di paternalismo giudiziario appena formulata si potrebbe ricorrere a due principali argomentazioni.

In primo luogo, si potrebbe obiettare che il soggetto cui dovrebbe imporsi di allacciare le cinture di sicurezza, lungi dal non essere vulnerabile – come si è precedentemente sostenuto – lo è invece a tutti gli effetti: solo che un tale stato gli deriverebbe non già da un fattore esterno, ma dalla sua intrinseca stupidità e/o dall’ignoranza del grave rischio cui egli si espone²⁸. In ambo i casi, imponendogli di indossare le cinture, l’autista non ne prevaricherebbe la personalità ma, al contrario, la tutelerebbe, garantendo cioè che l’altro si comporti coerentemente con le proprie intime preferenze esistenziali, i propri desideri di vita²⁹. Altro dunque che paternalismo: il guidatore sarebbe chiamato ad “aiutare” il

²⁸ Così fra i molti J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983, 88 s.; G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione*, cit., 78.

²⁹ Risuona un tale argomentazione in A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 107, ove si osserva «pensiamo ai caschi e alle cinture di sicurezza. Chi di noi, alla domanda “vuoi veramente morire?”, risponderebbe “sì”? Risponderebbe più facilmente: “no, non mi metto la cintura di sicurezza perché non farò un incidente stradale; e se farò un incidente non sarà certo la cintura a salvarmi!”. È chiaro che una simile risposta evidenzerebbe seri difetti di conoscenza da parte dell’intervistato: la sua scelta forse, non potrebbe dirsi pienamente volontaria» [corsivi aggiunti]. Un analogo paradigma argomentativo trova del resto ampia diffusione nella letteratura sul paternalismo: v. per esempio J.D. HODSON, *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht, 1983, 43 ss.

passaggero, preservando il suo “io futuro” transitoriamente messo a repentaglio da un “io presente” affetto da un’esziale irrazionalità.

In secondo luogo, si potrebbe obiettare che non è l’organo giudicante a imporre una propria idea di bene, essendo l’ordinamento, e non già il singolo giudice, ad avere stabilito l’obbligatorietà delle cinture di sicurezza; cosicché se tale obbligo non può essere considerato paternalistico, non si vede perché lo dovrebbe essere la sentenza che ne imponga *in via mediata* l’effettività. All’inverso, la previsione da parte dell’ordinamento di qualunque obbligo giuridico non potrebbe che sottendere e legittimare un corrispondente obbligo, gravante su tutti i consociati, di farlo rispettare.

Si tratta, all’evidenza, di obiezioni cruciali alla tesi che s’intende qui sostenere, ragione per cui risulta indispensabile prenderle seppure brevemente in esame.

4.1. *Ideale razionalità deliberativa vs autonomia personale*

La prima delle due obiezioni considerate, alludendo all’esistenza di “persone difendibili da loro stesse”, conduce diritto al centro del dibattito sull’antipaternalismo. In esso assume un ruolo cruciale proprio la determinazione delle condizioni richieste affinché le opzioni comportamentali, sebbene potenzialmente o concretamente autolesionistiche, siano considerate libere e consapevoli, e quindi realmente volute³⁰. Va da sé, infatti, che in mancanza di una piena capacità deliberativa – così come accade, per esempio, nel caso di minori d’età, persone affette da demenza senile o altre patologie psichiche, ma anche nel caso di particolari condizioni sociali, come quella dei detenuti o dei lavoratori subordinati, in cui manca una piena autoderminabilità – l’impedimento dell’azione autolesionista è perfettamente compatibile con l’*Harm principle* non potendosi qui rinvenire un autentico consenso tale da escludere l’offesa giuridica³¹. Qualora però non ricorrano tali *status* occorre chiedersi se vi siano scelte individuali che l’ordinamento è tenuto a rispettare in quanto espressione della personalità. Qualunque decisione purché *self-regarding* è insindacabile nel merito, oppure esiste la possibilità di calibrare una razionalità deliberativa idealtipica, in mancanza della quale sarebbe consentito al giudice penale – *rectius*: al sistema giuri-

³⁰ V. da ultimo diffusamente G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 136 ss.

³¹ Sul principio *volenti non fit iniuria*, anche per quanto riguarda l’analisi dei molteplici casi di inoperatività, v. per tutti e analiticamente J. FEINBERG, *Harm to Other*, cit., 26; ID., *Harm to Self*, cit., 11 s.

dico – intervenire per preservare l'individuo da sé stesso?

Stante la sua evidente crucialità, numerosi sono stati gli studi dedicati alla questione³². Nessuno di essi, però, sebbene abbia colto indubitabili aspetti di verità, è stato in grado di avvalorare la sindacabilità delle scelte esistenziali altrui, né tanto meno di identificare e circoscrivere precise categorie di *bad choosers*³³: vale a dire individui che, pur non trovandosi in una delle condizioni tipiche cui corrispondono presunzioni di incapacità, sarebbero affetti da una “volontà fallace” tale da giustificare, in chiave correttiva, l'irrogazione di una sanzione antagonistica rispetto alla scelta autolesionistica.

Beninteso, rilevare il fallimento di tali tentativi non significa scadere nell'assioma inverso: ritenere cioè che qualsivoglia opzione comportamentale esprima la vera essenza dell'individuo che la attua. È innegabile che ciascuno subisce il condizionamento di una miriade di fattori esterni (imput culturali, coercizioni sistemiche, stati emotivi indotti) ed è affetto da carenze deliberative così numerose (mancanza di informazioni rilevanti, incompetenza, settoriali limiti cognitivi, ecc.)³⁴ da doversi ritenere assurda la tesi secondo cui qualunque opzione comportamentale manifesterebbe le preferenze e le più intime aspirazioni della persona. Pur senza saperle riconoscere, dunque, incontestabile è la possibilità di scelte incoerenti o irragionevoli, nonché – addirittura – l'intermittente mancanza di un'autentica volontarietà, intesa come piena riferibilità della decisione al soggetto che l'ha adottata³⁵. Il punto, però, non è questo, ma quali soluzioni sia consentito all'ordinamento adottare per fronteggiare tale “marginale” incoerenza-irragionevolezza, nella premessa già acquisita che un tale stato psicologico, irrefutabile in astratto, non lo si riesce tuttavia a circoscrivere in concreto con precisione.

Ebbene: non v'è dubbio che, per fronteggiare tale evenienza, l'ordinamento ben può attivarsi per rimuovere gli ostacoli e gli impedimenti che si frappongono all'adozione di una scelta quanto più possibile consapevole e autonoma:

³² Per una rassegna delle varie posizioni E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 578 ss.

³³ Cfr. R. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 2005, 275 ss.

³⁴ Per un'analisi di tali fattori impeditivi v. soprattutto J.D. HODSON, *The Ethics of legal Coercion*, cit., 43 s. L'esistenza di questi condizionamenti è del resto riconosciuta anche dallo stesso FEINBERG quando osserva: «L'idea della scelta che parta zero non ha senso» (*Harm to Self*, cit., 35); «siamo animali sociali. Nessun individuo sceglie “in modo autonomo” la propria eredità genetica (...) il proprio paese, la propria lingua, la propria comunità e tradizioni. (...) Acquisiamo consapevolezza di noi stessi come parte di un continuo processo sociale» (*Harm to Self*, cit., 46).

³⁵ Così esplicitamente J. FEINBERG, *Legal paternalism* (1971), in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, 7 ss.

e quindi informare (come nel caso dei messaggi sui pacchetti di sigarette)³⁶, oppure all'opposto proteggere da informazioni perniciose (come nel caso di divieto di pubblicizzazione del tabacco). E ancora l'ordinamento può ideare procedimenti deliberativi che ritardino l'attuazione delle decisioni potenzialmente autolesive favorendo una maggiore ponderazione delle stesse³⁷. Volendo il sistema giuridico potrebbe finanche attivarsi per *sfavorire* la scelte di vita ritenute irragionevolmente nocive (v. ad esempio la recente tassa danese sui grassi saturi nei cibi o quella francese sulle bevande gassate), e al limite – ma resta il punto più controverso – ricorrere a simboliche sanzioni pecuniarie dal valore dissuasivo-pedagogico³⁸.

Ciò che l'ordinamento invece non potrebbe fare – per le ragioni che subito s'illustreranno – è *ricorrere alla punizione per impedire la scelta autolesionistica*: sia che la pena venga rivolta con intenti dissuasivi al supposto *bad chooser* intenzionato a realizzare l'atto *self-regarding*; sia – e ancor più – che la minaccia di pena riguardi un soggetto terzo (istituito “garante dell'altrui irrazionalità autolesionista”) cui viene imposto di costringere i soggetti incompetenti-avventati-incoerenti ad essere consonanti con le proprie preferenze più profonde. Tutte indistintamente siffatte logiche punitive, essendo ispirate da un preponderante quanto evanescente consenso ipotetico³⁹ – un io futuro da difendere da quello presente⁴⁰ – altro non servono che a veicolare un arbitrario «giudizio di merito» sulle condotte di vita⁴¹ camuffato da una pericolosissima «finzione»⁴². Il primo scaturisce dalla evidente inesistenza di uno stato di benessere oggettivo e universalmente riconosciuto come ottimale, sicché nel giudicare insensato o irragionevole una specifica scelta di vita in realtà non si fa altro che esprimere

³⁶ In tale prospettiva v. già J.S. MILL, *op. cit.*, 131, il quale, pur non lesinando il ricorso alla “ipotetica volontà auto-conservativa della persona” quale giustificazione di misure paternalistiche di fronte all'inconsapevole esposizione dell'uomo a un danno certo, ritiene che sia possibile solo informare, e non impedire con la forza, l'uomo che sta per assumere un rischio.

³⁷ Ciò costituisce l'essenza delle c.d. scriminanti procedurali che in taluni ordinamenti rendono lecite pratiche eutanasiche: cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 117 ove ulteriori riferimenti. Per un approfondimento del tema nella prospettiva antipaternalistica v. da ultimo F. SERRAINO, *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Torino, 2010, 37 ss., *passim*.

³⁸ V. per l'appunto la sanzione amministrativa prevista per il mancato utilizzo del casco o delle cinture di sicurezza dagli artt. 171 e 172 c. strad.

³⁹ Cfr. R. CARTER, *Justifying Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1977, 133 ss.

⁴⁰ V. in tal senso D.H. REGAN, *Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment*, in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, cit., 113 ss., 122 ss.

⁴¹ Cfr. E. DICIOTTI, *La giustificazione paternalistica di norme*, in *Studi senesi*, 1988, 107 ss.

⁴² Così E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 583.

un personale punto di vista sulla stessa. La finzione deriva a sua volta dall'impossibilità di mettere a punto un paradigma idealtipico di razionalità, al quale un sistema giuridico secolarizzato e immune da preponderanti ideologie massimaliste avrebbe il potere di conformare l'esistenza dei consociati.

Breve: se è vero che i condizionamenti comportamentali sono indiscutibili e ineluttabili – *prova ne sia che riguardano ciascuno di noi, nessuno escluso* – è altresì vero che le ragioni ultime dei comportamenti umani restano insondabili, se non per approssimazione⁴³. Con la conseguenza che, di fronte a questa ineffabilità, tale da non consentire di distinguere la scelta autentica da quella in-autentica, legittimare l'uso della pena in chiave "correttiva" significherebbe esporre l'ordinamento a un duplice esiziale inconveniente. Da un lato, si correrebbe il rischio che il meccanismo sia sfruttato per sindacare il merito di qualsiasi scelta esistenziale, pur non lesiva di interessi esterni al singolo che la esprime, sol perché divergente dallo stile di vita e dai valori professati da chi detiene il potere di additare il modello di razionalità ideale (il legislatore o il giudice). Dall'altro lato, l'imposizione coercitiva di un paradigma esistenziale finirebbe per degradare l'uomo a strumento negandone al contempo la dignità e, sul piano giuridico, il principio dell'autonomia personale⁴⁴.

È il solito argomento – si obietterà – «dell'oppressione dell'individualità» che regge e infiamma l'antipaternalismo⁴⁵. Sarà. Va comunque segnalato, al riguardo, un recente progresso speculativo⁴⁶, che accredita l'autonomia personale quale limite invalicabile dall'ordinamento, mettendola al contempo al riparo da talune ricorrenti obiezioni.

Invero, stando a tale impostazione, il valore dell'autonomia personale non andrebbe banalmente desunto dalla strumentalità di questo principio al pieno sviluppo e al benessere della persona⁴⁷. Né lo si potrebbe fondare sull'equazione, tuttora cara ai moderni pensatori liberali, della corrispondenza tra autonomia della persona e sovranità degli Stati, così da attribuire anche alla prima il crisma

⁴³ Sulle ragioni per l'azione, nell'ambito di una letteratura sterminata v. G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, 78 ss. ove ulteriori ampi riferimenti.

⁴⁴ Sul punto, oltre ai classici, v. per tutti J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986, p. 369 s.

⁴⁵ Cfr. diffusamente J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983, 28 ss.

⁴⁶ Il riferimento è a D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 489 ss., 499 ss.

⁴⁷ Così invece J.S. MILL, *op. cit.*, 28 ss., 88, *passim*. Per una critica delle tesi che fondano l'insindacabilità delle scelte autolesionistiche sul supposto benessere della persona v. condivisibilmente E. DICOTTI, *Preferenze*, cit., 117.

dell'inviolabilità⁴⁸. Quest'ultima equazione si traduce in un'affermazione apodittica e vuota tale da svelare, più che sopire, l'assioma che la sorregge. Mentre la prima classica tesi – presupponendo un irrealistico individuo perfettamente razionale e autonomo, una sorta di “io noumenico” – finisce irrealisticamente per millantare la capacità di ognuno di cogliere il proprio autentico benessere, in ciascun frangente della propria vita, immune da condizionamenti esterni⁴⁹.

Così ovviamente non è: e il principio dell'autonomia personale non può che muovere proprio da una siffatta constatazione; dall'acquisizione cioè che l'uomo è continuamente esposto a condizionamenti esterni, ma che questi fattori esogeni, e soprattutto la loro incidenza, non sono determinabili con precisione, né tanto meno misurabili⁵⁰. È proprio da questa ineffabilità, da questo insuperabile limite gnoseologico, che scaturisce a ben vedere il principio dell'autonomia personale: il quale null'altro serve che a garantire tramite una presunzione l'enigmatica incognita del libero arbitrio: una presunzione *di libertà* che ciascuno è chiamato a accordare all'altro in forza del *vincolo di reciprocità* che regola ogni rapporto personale prim'ancora che giuridico. Se, infatti, non è dato conoscere fino a che punto gli individui esprimano scelte pienamente volute, rivelatrici della loro autentica personalità, occorre concludere che – ove non ricorrano cause socialmente o scientificamente fondate d'incapacità – la libertà del volere e del decidere non può che essere supposta negli altri perché ciascuno la desidera riconosciuta per sé. È dunque, in definitiva, il *principio di reciprocità*, su cui si fonda ogni pensiero etico o religioso prim'ancora che l'idea stessa di diritto⁵¹, che giustifica e dà forza al dogma dell'autonomia personale quale limite invalicabile dell'ordinamento⁵²: principio di reciprocità *che non può infatti non sottendere un eguale rispetto* (sotto forma, nel caso di specie, di potere di

⁴⁸ Così soprattutto J. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., 27 ss., 52 ss.; H.M. MALM, *Liberalism, Bad Samaritan Law, and Legal Paternalism*, in *Ethics*, 1995, 7; A. CADOPPI, *Liberalismo*, cit., 105 s.

⁴⁹ Per questa classica obiezione del pensiero liberale antipaternalistico v., anche per gli ulteriori richiami, F. GHINI, *Una rilettura comunitarian del diritto penale italiano*, in *Ius/17-Diritto penale*, 2010, 157 ss.

⁵⁰ Sullo sterminato tema del libero arbitrio gli spunti recenti di O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, 194 ss.; nonché per una recente stimolante ricognizione critica delle varie concezioni deterministiche M. PRIAROLO, *Il determinismo. Storia di un'idea*, Roma, 2011.

⁵¹ Cfr. fondamentalmente H. KÜNG, *Etica mondiale per la politica e l'economia*, Brescia, 2002 con riferimento alla *Dichiarazione per un'etica mondiale*, adottata su iniziativa dello stesso Küng, dal Parlamento per le religioni mondiali il 4 settembre 1993. In argomento v. di recente H. KÜNG, *Ciò che credo*, Milano, 2010, 92, 227, *passim*: «L'esigenza fondamentale dell'umanità viene precisata in quell'antica *regola aurea* che è il principio della *reciprocità*».

⁵² Cfr. D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, cit., spec. 499 ss.

decidere per sé) *che ogni uomo-soggetto di diritto è tenuto a riconoscere all'altro in quanto parimenti uomo-soggetto di diritto*⁵³.

Altro dunque che concetto «vuoto di valore» o bilanciabile come sostiene l'ideologia comunitaria⁵⁴: l'autonomia personale, qualificando il destinatario del diritto (l'uomo), costituisce un vincolo *a priori* del diritto. Donde la conseguenza che non la si può sacrificare sol perché si ha ragione di temere che le scelte autolesionistiche siano il frutto di non escludibili, ma in realtà ineffabili, condizionamenti esterni. Nella misura in cui reclama il rispetto delle proprie scelte se effettuate in uno stato di piena capacità d'intendere e di volere, chiunque deve eguale considerazione alle scelte di vita altrui, quand'anche non condivise, senza che alcuno – fosse anche legislatore o giudice – possa ergersi a detentore e vindice di un'ideale razionalità deliberativa, arrogandosi così il compito di imporre coattivamente agli altri un “corretto” e uniformante modello di vita.

4.2. *Paternalismo conflittuale vs libertà di trasgredire a proprio danno*

Generando uno schema sanzionatorio preterlegale, le manifestazioni di paternalismo giudiziario espongono il giudice soggetto al principio di legalità – come dovrebbe essere quello italiano *ex art. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost.* – all'accusa forse più grave, un tempo ritenuta quasi infamante: quella di incorrere nella punizione di un soggetto al di fuori dei casi previsti dal legislatore. Contro una siffatta critica si potrebbe tuttavia essere indotti a obiettare che la giurisprudenza, lungi dall'incorrere in un paternalismo *contra legem* sanzionando un atto *self-regarding*, avrebbe in realtà attinto dall'ordinamento l'esistenza dell'obbligo penalmente sanzionato (nell'esempio finora considerato quello di indossare le cinture), *limitandosi solo a rafforzarne l'effettività*. Con la conseguenza che, se non può essere considerato paternalistico l'obbligo di base già previsto dalla legge⁵⁵, non si vede come potrebbe esserlo la sentenza che ne irrobustisca *in via mediata* la doverosità. Tanto più che il sistema giuridico non può certo preoccuparsi di salvaguardare lo pseudo-diritto del singolo di trasgre-

⁵³ *Amplius* A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010, 12 ss. 31 ss.

⁵⁴ Nel primo senso F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 93 ss. secondo il quale «la libertà di autodeterminarsi sembra (...) un valore vuoto nei contenuti che deve necessariamente essere arricchito dallo scopo ulteriore, più o meno apprezzabile, per il quale il consenso viene prestato». Sulla bilanciabilità dell'autonomia personale con altri valori quale premessa di fondo del pensiero comunitario v. invece F. GHINI, *Una rilettura comunitarian*, cit., 154 e ulteriori richiami.

⁵⁵ Cfr. E. DICIOTTI, *Paternalismo*, cit., 582 s.

dire la legge, come preteso dal passeggero che non vuole indossare le cinture di sicurezza.

Quella appena sunteggiata costituirebbe, a ben vedere, un'argomentazione "difensiva" tanto spontanea quanto trasparente. Talmente trasparente da svelare per lo meno un equivoco di carattere tecnico giuridico.

Non sarebbe infatti corretto replicare che il giudice tacciato di paternalismo in realtà sfrutta un obbligo auto-conservativo già previsto dall'ordinamento (nell'esempio: l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza), limitandosi a rafforzarne l'effettività. Il vero è, al contrario, che sulla base di questa norma positiva egli ne *crea* un'altra in via pretoria, facendo cioè derivare dal "dovere di fare x" un nuovo inedito "dovere di obbligare a fare x" (nell'esempio: il dovere di far indossare le cinture). Il *novum* giuridico generato dal giudice si coglie, inequivocabilmente, sia in termini soggettivi, sia in termini deontologici, sia infine sotto il profilo sanzionatorio. A essere responsabilizzato in sede giudiziaria è infatti un soggetto diverso da colui cui si rivolge il legislatore (non più il passeggero, ma l'autista in quanto tale); a essere imposto è un obbligo di curatela altrui sconosciuto dall'ordinamento (attivati per far indossare le cinture); il tutto sulla scorta di una sanzione diversa, e assai più grave, rispetto a quella prevista dalla legge (non più la sanzione amministrativa stabilita per la violazione dell'obbligo di base, ma la sanzione penale stabilita dagli artt. 589 e 590 c.p.).

Ciò precisato, paternalistico è quindi da considerarsi, non tanto l'obbligo di base (di indossare le cinture), bensì l'utilizzo giurisprudenziale dello schema del reato omissivo colposo quale strumento per la creazione di un *garante chiamato a impedire l'altrui condotta autolesionista*. La ragione di tale giudizio critico, si badi, non deriva dall'uso strumentale della sanzione penale per meri fini altruistici, posto che non è la benevolenza *tout court*, e tanto meno il solidarismo, l'essenza del paternalismo. Né lo *specificum* del paternalismo giudiziario starebbe nella deriva moralista cui rischia di prestarsi l'istituzione di un garante delle trasgressioni altrui. Semmai, il tratto consustanziale del paternalismo che ben si ritrova in questa giurisprudenza è dato dall'*usurpazione in modo coattivo della decisionalità*⁵⁶: ossia dall'essere ricorsi alla pena degli artt. 589 e 590 c.p. per escogitare uno strumento di coercitiva sostituzione della volontà personale in funzione del supposto migliore interesse della persona surrogata.

Prende vita così la peggior forma di paternalismo: quello che prescinde da una matrice "cooperativo-solidale", per assumere una natura puramente

⁵⁶ Su tale aspetto quale elemento caratterizzante il paternalismo cfr. per tutti E. DICOTTI, *Paternalismo*, cit., 561, ove ampi riferimenti.

“conflittuale”⁵⁷. Il diritto giurisprudenziale, infatti, non si prefigge qui di registrare e valorizzare un preesistente rapporto affettivo o relazione speciale tra le persone tale da instaurare tra loro un dovere di correzione. La doverosità dell’intervento, lungi dallo specchiarsi in un obbligo morale pregiuridico, trova alimento e forza solo nella minaccia di pena che la stessa giurisprudenza riversa, in forza degli artt. 40 e 43 c.p., sui soggetti pretoriamente incaricati di inibire l’attuazione delle decisioni altrui potenzialmente autolesive. Del resto, un tale carattere null’altro rappresenta se non la conseguenza del fatto che l’obbligo d’agire configurato dalla giurisprudenza non mira a rimediare una reale situazione di difficoltà o vulnerabilità soggettiva (v. *infra* § 4.1), ma si prefigge solo di rafforzare l’effettività ordinamentale di un altro obbligo. *La pena*, con altre parole, *viene qui utilizzata in soccorso non già dell’individuo ma di un’altra sanzione* (quella che impone di indossare le cinture) e in definitiva dell’ordinamento, le cui decisioni sono rafforzate dal giudice tramite la generale indiscriminata imposizione ai consociati di farle rispettare.

Il tutto – si badi – a scapito della *liberà delle persone di agire contra legem* ove ciò non comporti offese per altri.

Quest’ultima affermazione potrà forse sembrare provocatoria. Eppure, non si vuole qui sostenere che l’ordinamento sia chiamato a riconoscere – come peraltro sostiene una parte della dottrina anglofona – un diritto a sbagliare (a *wright to do wrong*), o meglio a violare un proprio dovere⁵⁸. Ai fini di quest’analisi, si può anche prescindere da una così risoluta posizione, che comunque – *per incidens* – non è affatto implausibile là dove la trasgressione riguardi un obbligo di fare, come gli obblighi di autoconservazione, cui ci si sottrae per convinzioni personali⁵⁹. Anche senza giungere a tanto, resta comunque certo che il *trasgressore ha per lo meno il diritto a subire solo la conseguenza prevista dall’ordinamento (la sanzione), e non altre (come la restrizione della libertà di agire)*, con la conseguenza che non gli può essere negata la liberà fisica e morale di compiere l’azione *contra legem*⁶⁰. Così, per esemplificare, la sposa che desidera

⁵⁷ In argomento soprattutto J.D. DOUGLAS, *Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism*, in R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, 171 ss.

⁵⁸ D’obbligo il riferimento a J. WALDROM, *A Right to Do Wrong* (1981), in ID., *Liberal Right*, Cambridge, 1993, 63 ss.; ma v. altresì i molteplici contributi inseriti nell’ampia sezione *Il diritto a sbagliare* che apre il fascicolo *Ragion pratica*, 2005, 13 ss.

⁵⁹ Sono questi come noto i due elementi strutturali da cui discende il riconoscimento di un generale diritto all’obiezione di coscienza: cfr. in questo volume il contributo di Ferrando MANTOVANI.

⁶⁰ Cfr. D. ENONCH, *Il diritto di violare un proprio dovere*, in *Ragion pratica*, 2005, 34 s.

recarsi all'altare con l'auto addobbata di fiori senza allacciarsi le cinture per non sguaiarsi l'abito nuziale; ma anche il Santo Padre che intende sfilare sull'auto senza assicurarsi con le cinture⁶¹, ben possono essere assoggettati alla sanzione amministrativa prevista dell'art. 172, comma 10, c.strad.; non può invece essere preclusa loro la libertà di farlo, così come invece suppone la giurisprudenza imponendo all'autista di non procedere sotto la minaccia della pena prevista dagli artt. 589 e 590 c.p.

Nella misura in cui si prefigge d'impedire fisicamente l'azione *contra legem*, quest'ultima posizione giurisprudenziale, oltretutto paternalistica, risulta quindi anche eccentrica rispetto alla logica del sistema. L'impedibilità dell'azione vietata è prevista infatti solo eccezionalmente dall'ordinamento e solo rispetto a persone minori o incapaci ovvero per i casi in cui l'azione trasgressiva si ritorca a danno di un terzo (*ex art. 52, 53 e 54 c.p.*). Ecco perché occorre concludere che il giudice penale, propendendo per l'obbligo di impedimento di un'azione *self-regarding* compiuta da una persona maggiore d'età e perfettamente capace d'intendere e volere, finisce per configurare un obbligo (quello dell'autista di far indossare le cinture di sicurezza), non solo paternalistico, ma del tutto estraneo al nostro sistema giuridico.

5. *Ulteriori espressioni di paternalismo giudiziario nel campo della responsabilità penale omissiva e colposa*

Una volta messi a fuoco i caratteri del paternalismo penale giudiziario, diviene agevole riconoscerne le molteplici manifestazioni. Non tutti i casi che s'indicheranno – va subito chiarito – presentano il medesimo inconveniente tecnico-giuridico, vale a dire l'assenza nel reo di un'autentica posizione di garanzia. Quasi sempre, anzi, il soggetto punito è un autentico garante in ragione della sua posizione di controllo o di protezione: ma è l'obbligo cautelare che gli si impone ad essere concepito in termini paternalistici. In questa sede, non ci si preoccuperà tuttavia di discernere con nettezza il “paternalismo omissivo puro” dal “paternalismo colposo”, sia perché la distinzione tra obbligo d'impedire e obbligo cautelare rimangono ancora controversi⁶², sia perché – di conseguenza

⁶¹ L'esempio trae spunto da un recente fatto di cronaca: *Denuncia il Papa perché non indossa la cintura di sicurezza*, in *ww.corriere.it* (11 novembre 2011).

⁶² Per una ricognizione del problema v. da ultimo, C. SALE, *La condotta medica tra azione e omissione*, nota a Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2011, Luvarà, n. 29476, in *www.penalecontemporaneo.it*.

– sarebbe troppo dispendioso chiarire le ragioni dell'inquadramento per ogni singolo caso. Si preferisce pertanto procedere a una diversa catalogazione esemplificativa, che tenga conto solo del contesto empirico-criminologico in cui più frequentemente affiorano presso la giurisprudenza pulsioni paternalistiche.

a) A questo proposito, vale anzitutto richiamare la ricca giurisprudenza riguardante la responsabilità penale del proprietario del fondo per il danno subito da chi vi sia entrato abusivamente (l'ipotesi statisticamente più ricorrente è quella dell'annegamento dell'estraneo in una vasca o in un pozzo presenti nel fondo). A fronte di un'autorevole ma ancora minoritario indirizzo secondo cui l'ingresso abusivo interromperebbe l'ascrivibilità al proprietario dell'incidente occorso dall'estraneo⁶³, prevale nella giurisprudenza di legittimità la tesi secondo cui il proprietario è comunque responsabile di omicidio o lesioni colpose per il semplice fatto di non aver precluso l'accessibilità al terreno⁶⁴, a nulla valendo il fatto che il soggetto passivo abbia scelto di assumere un tale rischio, magari contravvenendo a cartelli di pericolo o divieti di legge come l'art. 832 c.c. Così, per citare uno dei casi più emblematici, il proprietario di un campo semiabbandonato ricoperto di erbacce, quand'anche abbia apposto cartelli "Vietato entrare Pericolo", dovrà comunque rispondere della morte del cacciatore annegato in una vasca di pertinenza della stalla abbandonata ricoperta di alghe, sebbene il luogo fosse soggetto a riserva di caccia, nonostante il cacciatore vi sia entrato violando gli artt. 842 e 843 c.c. e malgrado abbia trasgredito anche l'art. 21 l. 157/1992 che impedisce la caccia in prossimità di immobili o in presenza di cartelli di divieto⁶⁵. Pur senza potere approfondire tale orientamento, v'è comunque da ritenere che anch'esso risenta di quella matrice paternalista già precedentemente illustrata: vuoi perché l'obbligo d'agire viene configurato a

⁶³ Così R. BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2009, 2266; ID., *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 213 ss. Nella giurisprudenza in tal senso, *Cass. pen.*, sez. IV, 18 giugno 1999, n. 7924, in *Ced rv.* 214246; *Cass. pen.*, sez. IV, 26 settembre 2001, n. 44206, in *Cass. pen.*, 2003, 1209; *Cass. pen.*, sez. IV, 9 marzo 1989, n. 3603, in *Ced rv.* 180738.

⁶⁴ Cfr. *Cass. pen.*, sez. IV, 8 settembre 2008, n. 34771, in *Ced rv.* 240960; *Cass. pen.*, sez. IV, 17 settembre 2004, n. 36728, in *Ced rv.* 229680; *Cass. pen.*, sez. IV, 2 giugno 2000, n. 6506, in *Cass. pen.*, 2001, 1787; *Cass. pen.*, sez. IV, 13 dicembre 1993, n. 11356, in *Ced rv.* 197354; *Cass. pen.*, sez. IV, 26 marzo 1986, n. 2478, in *Ced rv.* 172247; *Cass. pen.*, sez. IV, 4 agosto 1982, n. 7588, in *Ced rv.* 154859. Nello stesso senso anche la recente giurisprudenza di merito: v. Trib. Foggia, 26 luglio 2010, n. 528, in *Riv. pen.*, 2010, 1137.

⁶⁵ Così *Cass. pen.*, sez. IV, 2 giugno 2000, n. 6506, cit., con la quale la Suprema Corte ha annullato l'assoluzione pronunciata dal giudice d'appello dettata proprio dalla valorizzazione dell'autonomia decisionale della persona deceduta.

prescindere da uno stato di vulnerabilità personale che preesista all'opzione comportamentale della stessa (v. *supra* § 3 ss.); vuoi perché non si tiene conto della deliberata decisione della vittima di assumere quel rischio (v. *supra* § 4.1); vuoi e soprattutto per la ragione che s'impone al garante non già semplicemente di informare gli estranei del pericolo, ma di impedire radicalmente (tramite la recinzione del fondo) a coloro che intendono correrlo di attuare il loro proposito (v. *supra* § 4.2).

b) Un altro filone di giurisprudenza paternalista si registra in sede di accertamento della responsabilità penale nei casi di annegamento in piscina, specie quando questa sia chiusa – e quindi non presidiata da assistenti bagnanti (c.d. bagnini) – e le persone annegate abbiano consapevolmente scelto di tuffarsi in mancanza di controllori e contravvenendo al divieto dei titolari⁶⁶. Per il vero, in questa materia, si è registrata negli ultimi anni una soluzione garantista della Corte di Cassazione, la quale, per lo meno in un caso, ha assolto il gestore della piscina (un ristoratore) per la morte occorsa al bagnante che vi si era tuffato quando l'impianto era chiuso, in assenza del bagnino, malgrado l'espreso divieto e per di più senza sapere nuotare⁶⁷. Prevale tuttavia l'orientamento opposto, secondo cui il gestore dell'impianto è sempre e comunque responsabile per non avere «*inibito materialmente in qualsiasi modo l'accesso alla piscina nelle ore in cui l'uso della stessa non era garantito*», non potendo bastare, a questi fini, l'eventuale plurima affissione di cartelli che segnalino la chiusura dell'impianto in determinati orari a causa della mancanza di controlli, né la conseguente declinazione di ogni responsabilità per il caso di auto-esposizione dell'utente a un bagno non controllato⁶⁸. Il gestore lo deve impedire: questo è il solo comportamento doveroso (!) e il solo capace di tenere indenne il proprietario da responsabilità penale⁶⁹. Con la conseguenza che – non si tratta di un paradosso bensì di un caso realmente deciso in tal senso dalla giurisprudenza – ove si de-

⁶⁶ In argomento A.F. MORONE, *Sulle responsabilità dei gestori di piscina*, in *Giur. it.*, 2007, 182.

⁶⁷ Cass. pen., sez. IV, 30 aprile 2009, n. 25437, in *Guida al dir.*, 2009, n. 43, 62, la quale ritiene che «non può formularsi alcun addebito a titolo di colpa, a carico del gestore nel caso in cui la scelta di tuffarsi sia esclusivamente da ricondursi alla vittima, senza che quindi possa ricondursi l'evento alla mancata attuazione di un presidio impeditivo da parte del titolare della piscina».

⁶⁸ Il virgolettato è tratto da Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 45698, in *Ced. rev.* 241759 e 241760.

⁶⁹ Apprezzabile lo scrupolo estetico mostrato dalla pubblica accusa nell'osservare che «*la collocazione di barriere architettoniche o vegetative [a difesa delle piscine incustodite] nulla toglie all'estetica dei luoghi*»: Cass. pen., sez. IV, 10 dicembre 2008, n. 45698, cit., p. 4, secondo rigo dell'originale.

cida di dare un ricevimento in una villa dotata di piscina non occorre scordarsi di assoldare anche un bagnino perché potrebbe sempre esserci qualche invitato, magari sotto gli effetti dell'alcool, che non già per essere scivolato, ma per essersi volontariamente tuffato sventuratamente s'annega⁷⁰.

Il proprietario-garante è sempre tenuto a preservare gli altri – ancorché persone adulte, capaci d'intendere e di volere, e perfettamente consapevoli del rischio – dalle proprie scelte potenzialmente autolesive, sino al punto di frapporsi ai loro malsani programmi. Con il che ben si spiega anche un'altra sentenza di condanna per omicidio colposo inflitta al gestore della piscina che aveva lasciato un frequentatore dedicarsi all'apnea prolungata senza la presenza delle misure cautelari richieste dalla disciplina sportiva di settore⁷¹. Anche in questo caso, a nulla è valso che non si trattasse di un ragazzino, ma di un apneista rodato perfettamente consapevole del rischio corso: l'essere a conoscenza che un soggetto intende assumere quel determinato rischio e non impedirlo equivale, nel caso di decesso, a cagionare la morte dell'uomo. Certi rischi – viene da pensare – l'apneista se li può permettere solo al mare, al freddo, da solo; non certo pubblicamente, nel caldo d'una piscina.

c) Il caso da ultimo citato, come quello riguardante l'autista che conduce l'auto con il passeggero privo delle cinture di sicurezza, ci rivelano un'ulteriore tendenza giurisprudenziale: vale a dire quella al riconoscimento pressoché automatico di una responsabilità penale del "terzo", allorché questi, oltre a non impedire il rischio che altri intendono assumere, contribuisca a realizzarlo fattivamente. Emblematica, al riguardo è la giurisprudenza penale relativa alle varie tipologie di attività pericolose svolte in compagnia. Un'uscita in barca decisa insieme malgrado il brutto tempo? Se la barca affonda e qualcuno ha la fortuna di non lasciarci la vita, che almeno questi risponda della morte degli altri⁷². Una corsa in moto a forte velocità con il vento tra i capelli (all'epoca si poteva)? Se la moto cade, anche se per colpa del passeggero che non ha assecondato in curva l'inclinazione del mezzo facendolo sbandare, comunque il conducente ne deve rispondere⁷³. Un'escursione in montagna lungo il corso di un torrente alpino?

⁷⁰ Così Corte app., L'Aquila, 25 febbraio 2011, n. 267 [inedita] la cui motivazione per esteso può essere letta in *Dejure*.

⁷¹ Cass. pen., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 27396, in *Ced* rv. 232010: la regola cautelare trasgredita e prevista dalla Federazione italiana nuoto prevede in tal caso la presenza di due assistenti, uno a bordo della piscina – che era regolarmente presente – e l'altro (in realtà assente) in acqua, onde procedere alla sorveglianza costante del sub-acqueo.

⁷² Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 1964, n. 683, Lopopolo, in *Ced* rv. 99176.

⁷³ Cass. pen., sez. IV, 23 giugno 1983, n. 5969, in *Ced* rv. 159623.

Se uno dei turisti muore cadendo in un salto d'acqua, è assai difficile che la guida esca indenne dal processo penale, a nulla rilevando che la vittima abbia agito contravvenendo alle prescrizioni impartite, dopo avere ultimato il percorso ed essersi allontanata per conto proprio⁷⁴. Una discesa in gommone tra le rapide finita male? È praticamente impossibile che il gestore si salvi da una responsabilità penale quand'anche siano state rispettate le regole cautelari prescritte dalla federazione AIRAF (unica associazione privata che riunisce i club e le organizzazioni di rafting)⁷⁵. Se, poi, il rischio cui ci si è esposti era elevatissimo, come quello corso da uno stuntman⁷⁶, o completamente stupido, come nel caso di una gara improvvisata tra auto di sera all'uscita da una paninoteca, beh non varrebbe nemmeno abbozzare la difesa: scontato è che il concorrente, per ciò solo, debba rispondere della morte dell'altro, anche se questi si sia schiantato da solo contro un muretto, dopo la fine della corsa, nel tardivo tentativo di inseguire il primo che l'aveva appena definitivamente superato⁷⁷.

d) Un ulteriore esempio di paternalismo, secondo cui l'individuo va preservato da sé stesso, dalle proprie stolte scelte di vita, si coglie assai bene nella giurisprudenza relativa all'accertamento della responsabilità penale nell'ambito dello svolgimento di attività sportive rischiose⁷⁸. Talune di queste decisioni, in materia di rafting e alpinismo, sono già state citate; ma molte altre se ne rinvengono scorrendo i repertori. Si pensi per esempio al settore dei rally, dove una monolitica giurisprudenza porta a negare qualunque rilevanza alla decisione degli spettatori successivamente investiti di superare le transenne

⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2003, n. 13323 [inedita] secondo la quale la guida avrebbe un "obbligo di risultato" – e non soltanto di mezzi – in relazione all'incolumità dei partecipanti all'escursione, talché *non può fare affidamento sulla loro diligenza nel seguire le prescrizioni impartite*.

⁷⁵ Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 2005, n. 3446, in *Ced rv.* 230814.

⁷⁶ Sulla responsabilità penale del cineproduttore nel caso di incidente dello stuntman v. Cass. pen., sez. IV, 26 febbraio 1981, Rinaldi, in *Cass. pen.*, 1983, 281. Diversamente la giurisprudenza tedesca più risalente, la quale assolse dall'accusa di omicidio colposo il cineasta, che pure aveva proposto all'attore (all'epoca non esistevano ancora gli stuntmen) di gettarsi nel lago dall'aereo ad un'altezza di svariate decine di metri, in quanto tale decisione fu ritenuta comunque espressione dell'autonomia di scelta dell'attore: cfr. LG München, JW 1920, p. 922.

⁷⁷ Così Cass. pen., sez. IV, 17 giugno 2003, n. 25923, in *Ced rv.* 225852, che ha annullato la sentenza di assoluzione pronunciata dalla Corte d'appello, la quale ritenne che il decesso fosse da attribuire solo alla decisione dell'automobilista schiantatasi «che non ha ritenuto di dover tempestivamente porre fine, come gli altri, ad una sciocca competizione».

⁷⁸ Condivisibili gli spunti di S. MANTOVANI, *In tema di lesioni colpose nello sport*, in *Giur. it.*, 2007, 1251 s., secondo cui il criterio principe in questa materia non può che essere quello di autoreponsabilità.

di contenimento, violare le prescrizioni e posizionarsi in luoghi rischiosi per poter assistere meglio alla competizione⁷⁹. Donde la paradossale conclusione giudiziale che sarebbe il pilota a dover fare attenzione agli spettatori (avendo cura di non sbagliare manovra, andare troppo veloce, ecc.) anziché questi ultimi alle auto⁸⁰. Ancora, nello stesso senso, si veda il recente caso del presidente di una società ciclistica chiamato a rispondere della morte di un tesserato sessantunenne cardiopatico: a nulla è valso per i giudici il fatto che la vittima, intendendo proseguire l'attività sportiva, avesse escogitato un piano «per evitare i possibili controlli ed ottenere illecitamente la possibilità di gareggiare» (in pratica era riuscito a procurarsi un certificato inesatto); il presidente è in ogni caso responsabile di omicidio colposo perché non avrebbe dovuto accontentarsi di quel documento sottoponendo il ciclista a una visita più accurata⁸¹. Ma si consideri altresì la crescente giurisprudenza penale sulla responsabilità dei gestori degli impianti sciistici per incidenti occorsi agli avventori: oramai si è giunti al punto che persino i fuoripista sono addebitati ai gestori, i quali laddove siano a conoscenza di tale prassi e siano consapevoli di precedenti incidenti a ciò connessi, non devono limitarsi ad apporre cartelli specifici nel punto ove si è soliti iniziare il fuoripista, ma devono chiudere il passaggio con barriere e vigilare il varco per impedire l'imprudenza, ché diversamente saranno loro a dover rispondere delle lesioni procuratesi dallo sciatore che ha optato per il fuoripista⁸².

⁷⁹ Cfr. Corte app., Torino sez. III, 1 agosto 2008, n. 2689 [inedita] leggibile per esteso in *Dejure*; Trib. Alessandria, 6 febbraio 2006, n. 1009, in *Giur. mer.*, 2007, 1997, Trib. Ivrea, 10 ottobre 2005, n. 544, in *Giur. mer.*, 2007, 1994, entrambe con nota di F. BACCO, *Attività sportive e rischio consentito: il caso delle competizioni automobilistiche*, ivi, 2000 ss.

⁸⁰ Il riferimento è al giudizio relativo all'incidente del rally della Lana (v. nota precedente), nell'ambito del quale sorprende che sia stata addirittura disposta un consulenza tecnica volta ad accertare se e quanto il pilota abbia sbagliato manovra. La questione – a ben vedere – è del tutto irrilevante, perché le vie di fuga servono proprio a consentire l'uscita dell'auto quando il pilota sbaglia, giacché è *in re ipsa* – salvo i casi fortuiti derivanti da guasti meccanici – che ogni qual volta l'auto esce di strada la colpa è del pilota. Vero ciò, sono quindi gli spettatori a non dover occupare lo spazio di fuga in cui l'auto può uscire, non già il pilota chiamato all'infallibilità.

⁸¹ Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2009, n. 18981, in *Ced. rv.* 243993. Questa decisione diverge dalla ben più convincente posizione assunta dalla Corte di cassazione nel noto caso di Renato Curi deceduto in campo, per collasso cardiaco, durante una partita di calcio: la condanna pronunciata dal giudice di merito nei confronti dell'allora medico sportivo del Perugia calcio e del direttore tecnico della F.i.g.c. per avere riscontrato ma non diagnosticato l'anomalia cardiaca del giocatore, fu annullata in sede di legittimità proprio perché non fu considerato che «l'atleta, al fine di poter giocare, aveva taciuto le sofferenze fisiche sopportate»: Cass. pen., sez. IV, 9 giugno 1981, Tomassini, in *Foro it.*, 1982, II, 268 ss.

⁸² Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2007, n. 39619, in *Ced. rv.* 237834 e 237835.

e) Senza dubbio, tuttavia, il settore che più si presta a derive giurisprudenziali di stampo paternalistico è quello riguardante la responsabilità penale in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro. Né varrebbe eccepire che in questo contesto i beneficiari della tutela penale (i lavoratori), essendo esposti a fonti di rischio da loro non direttamente dipendenti né dominabili, sono soggetti sicuramente vulnerabili⁸³. Questa assoluta verità – da cui, si badi bene, non ci s'intende qui discostare – finisce tuttavia per alimentare forme di paternalismo giudiziario allorché viene trasformata dal giudice in una presunzione assoluta di irresponsabilità del lavoratore, la cui autonomia decisionale viene non di rado privata del benché minimo rilievo. Si pensi, per esempio, alla responsabilità configurata a carico del parroco sol per avere prestato ai parrochiani un trabatello, con cui allestire il tendone della sagra, che essi scelsero di usare scorrettamente (senza impiegare i fermi) onde accelerare i lavori⁸⁴. Ma si veda altresì il caso dell'imprenditore chiamato a rispondere della morte per caduta di un altro imprenditore già accompagnato sul luogo dell'intervento, il quale, all'insaputa del primo e sottraendo a questi le chiavi dell'immobile, si era recato nuovamente sul posto incorrendo così nell'incidente⁸⁵. Per non parlare poi della giurisprudenza sulle prestazioni a titolo di cortesia da parte di persone non qualificate (di solito conoscenti o vicini di casa): l'ovvia *culpa in eligendo*, che dovrebbe indurre il designante a rispondere dei danni provocati dal dilettante incaricato (c.d. colpa mediata), viene non di rado sfruttata per configurare una responsabilità del designante anche per le lesioni auto-provocate dal maldestro conoscente offertosi di fare il lavoro⁸⁶. Un caso questo che richiama lo sterminato filone giurisprudenziale riguardante l'incidenza della negligenza del lavoratore-vittima sul giudizio d'imputazione al garante dell'infortunio che ne è seguito⁸⁷. È ben vero che il datore di lavoro è tenuto in tal caso a prevenire anche i danni da disattenzione dei lavoratori; ed è altresì incontestabile che tale obbligo deve essere interpretato in modo quanto più rigido, onde evitare che il datore scarichi sul subordinato il controllo di

⁸³ Cfr. da ultimo I. LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. GIUNTA - D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 107 s.; M. RIVERDITI, *L'obbligo di impedire l'evento*, cit., 752 ss.

⁸⁴ Cass. pen., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7730, in *Riv. pen.*, 2009, 185 ss., con nota di E. DEL FORNO, *Infortunio sul lavoro in ambito volontaristico: le responsabilità*.

⁸⁵ Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 37923, leggibile per esteso in <http://olympus.uniurb.it/>.

⁸⁶ Cass. pen., sez. IV, 20 dicembre 1996, n. 2491, in *Studium iuris*, 1997, 662 s. con scheda di M. VECCHI.

⁸⁷ Per una rassegna in materia: V. FERRO, *Responsabilità per infortuni sul lavoro e rilevanza del comportamento del lavoratore*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1308 ss.

effettività delle norme sulla sicurezza. Non può parimenti negarsi, tuttavia, che quando la negligenza autolesionista del lavoratore non è minimamente connessa ai ritmi di lavoro, alla strumentazione impiegata, ai tipo di attività svolta, ma discende da una sua libera scelta (c.d. rischio elettivo) – si pensi per esempio alla decisione di assumere stupefacenti prima di recarsi al lavoro⁸⁸ o di recuperare il cappellino strappato da una folata di vento⁸⁹ – continuare a supporre una responsabilità penale del datore significa svilire la sua posizione di garanzia a quella di una baby-sitter, sminuendo il lavoratore a incapace, con il rischio così di de-responsabilizzarlo⁹⁰ e rendere meno effettivo il sistema di sicurezza nei luoghi di lavoro.

Forse non tutte le decisioni indicate sembreranno affette da paternalismo; e in realtà, talune di esse, alla luce di una puntuale conoscenza di tutti gli atti, potrebbero non rivelarsi tali. Certo è che se il paternalismo giuridico – come si è condivisibilmente osservato – più che un risultato è una giustificazione logico-argomentativa⁹¹, la sistematica svalutazione giudiziale della scelta della persona offesa di esporsi al pericolo lascia assai perplessi. Ancor più ove la si confronti con gli orientamenti giurisprudenziali presenti in altri ordinamenti, dove da tempo – all'inverso – la valorizzazione delle decisioni personali conduce non di rado a pronunce assolutorie per gli altri soggetti, pressoché inimmaginabili nel nostro *milieu* culturale⁹².

⁸⁸ Viceversa, sulla responsabilità penale del datore di lavoro rispetto all'infortunio autoprotetti dal lavoratore che aveva assunto stupefacenti v. Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 2008, n. 7709, in *Ig. Sic. Lav.*, 2008, 311.

⁸⁹ Propende per l'ininfluenza di tale comportamento in sede di accertamento della responsabilità del garante Cass. pen., sez. IV, 26 agosto 2010, n. 32357, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1156.

⁹⁰ «If adults are treated as children – ammonisce J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, cit., 3 – they will come in time to be like children».

⁹¹ E. DICIOTTI, *La giustificazione*, cit., spec. 85 ss.

⁹² Quale esempio emblematico di una decisione che la giurisprudenza italiana non riuscirebbe facilmente ad adottare si veda il caso dell'infusione all'estramonio (un allucinogeno) deciso dalla giurisprudenza tedesca a metà degli anni '80. Imputato era un ragazzo già maggiorenne che portò con sé un infuso di estramonio in occasione di una gita su un lago con altri ragazzi. Nel prepararlo egli comunicò ai presenti gli effetti, avvertendo chi volesse assumerlo di non berne più di una tazza perché l'eccesso provocava la perdita della vista. Sennonché un ragazzo di 15 anni, di nascosto ne bevve invece due tazze e per di più ne ingoiò anche la bustina per ottenere un effetto ancora più intenso: poi andò al lago dove a causa dello stato di alterazione finì per annegare. Tanto il Tribunale quanto in sede di legittimità, la giurisprudenza tedesca ha optato per l'assoluzione dell'imputato ritenendosi che la vittima, perfettamente a conoscenza delle conseguenze cui andava incontro, avesse assunto volontariamente il rischio che lo ha condotto a morte senza che vi fossero elementi per ritenere che non avesse agito in modo responsabile: BGH in *NSZ*, 1985, 25 ss.

6. La rara giurisprudenza, specie di merito, antipaternalista

Non mancano, comunque, anche nel nostro ordinamento pronunce riguardanti l'accertamento della responsabilità omissiva e colposa immuni da derive paternaliste.

In questo senso, oltre alla minoritaria ma crescente giurisprudenza di legittimità sull'abnorme comportamento autolesionistico del lavoratore quale causa di esclusione della responsabilità del datore di lavoro⁹³, si rinviene qualche altra sporadica pronuncia della Cassazione che assolve il garante nel caso di autoesposizione al pericolo della vittima. Si consideri – fra le decisioni più convincenti – quella che ha confermato l'assoluzione del proprietario di un cane chiamato a rispondere delle lesioni da questo provocate a un'estranea, in quanto l'aggressione era avvenuta nel giardino privato in cui l'animale era custodito, recintato e chiuso da un cancello con serratura a molla, nel quale l'infortunata si era introdotta, pur sapendo dell'esistenza del cane, la cui presenza era del resto segnalata da *apposito cartello*⁹⁴.

È, tuttavia, nella giurisprudenza di merito, più vicina al fatto e quindi più incline a operare l'*agnizione dell'autore colposo*, che si riscontra una maggiore sensibilità per l'autonomia decisionale della supposta vittima⁹⁵. A tal proposi-

⁹³ Cfr. Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2011, n. 38209, in *Dejure*; Cass. pen., sez. IV 23 febbraio 2010, n. 7267, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 103; Cass. pen., sez. IV, 26 gennaio 2006, n. 30039, in *Guida dir.*, 2008, f. 49, 77; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 1995, n. 10733, in *Cass. pen.*, 1997, 67; Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 1993, Di Pergola, in *Riv. pen. econ.*, 1996, 64; Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 1993, Giordano, in *Cass. pen.*, 1994, 1635; Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 1979, Parisi, in *Cass. pen.*, 1981, 143.

⁹⁴ Cass. pen., sez. IV, 14 marzo 2006, n. 14829, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2007, 477.

⁹⁵ Cfr., ad esempio, P. Firenze-Borgo S. Lorenzo, 13 dicembre 1999, Galante, in *Foro it.*, II, 2001, 222, con nota di R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, che ha assolto l'ingegnere capo del genio civile dal reato di omicidio colposo, per non avere messo in sicurezza il fiume in cui cadde la vittima in ragione del fatto che questa, pur percependo il pericolo, si era deliberatamente esposta; Trib. Avezzano, 14 marzo 2005, s.n., in *Cass. pen.*, 2006, 215 ss., che ha assolto il gestore dell'impianto di risalita della pista di sci dalle lesioni subite da un pedone avventuratosi sulla pista ritenendo che fosse stato quest'ultimo a essere in colpa per avere violato una regola cautelare a presidio della propria incolumità. Curioso ed emblematico è anche il fatto di cronaca giudiziaria riportato dal *Corriere della Sera*, del 25 settembre 2010, pag. 29 nell'articolo dal titolo: "Travolse un uomo dopo la lite. Scarcerato l'autista romeno. La colpa? È stata della vittima". Vi si riferisce dell'investimento operato da un camionista romeno alla barriera di Vipiteno, dopo un diverbio all'autogrill: il camionista aveva inavvertitamente travolto il contendente che, nel tentativo di fermare la corsa del primo mentre ritirava il tagliando del pedaggio, non aveva pensato di meglio che sdraiarsi sotto al Tir, in un punto cieco, senza pertanto essere scorto dall'autista

to, merita senza dubbio di essere segnalata una recente meditata pronuncia⁹⁶, che si lascia apprezzare non solo per la sensibilità dimostrata dal giudice per il principio di autodeterminazione quale causa di esclusione della responsabilità altrui, ma altresì per la soluzione tecnica adottata, la quale – per quel che vale – si avvicina sotto molti profili al duplice criterio che sarà di seguito indicato come argine delle pulsioni paternaliste dell'interprete (v. *infra* § 7 e 8).

Il processo riguardava un marito chiamato a rispondere di agevolazione al suicidio (art. 580 c.p.) – in realtà, al massimo, un omicidio colposo *tout court* – per non avere ostacolato la tragica scelta della moglie di suicidarsi. Il rapporto coniugale era oramai logoro: i due dormivano da circa due anni in stanze separate e venti giorni prima del tragico gesto era stato avviato il procedimento per la separazione consensuale. Sennonché la donna, che già anni prima aveva tentato il suicidio mediante assunzione di farmaci, nel gennaio del 2010 decide di togliersi la vita utilizzando la pistola regolarmente detenuta dal marito all'interno dell'abitazione. Ebbene, coerentemente con il quadro dibattimentale emerso, il Tribunale ritiene di assolvere il marito dall'accusa stante, in primo luogo, *l'impossibilità di configurare una posizione di protezione reciproca tra due coniugi perfettamente capaci di intendere e volere finalizzata alla prevenzione di eventi dannosi frutto di scelte consapevoli* come il suicidio. «Nei casi di autoesposizione a pericolo – osserva il giudice – il principio di libera autodeterminazione della persona non consente di ascrivere un evento dannoso frutto di una deliberata scelta di un soggetto ad un agente che pure abbia contribuito a causarlo; l'enucleazione di pretesi obblighi di custodia o di vigilanza in assenza di espresse previsioni normative, infatti, *connoterebbe forme di paternalismo giuridico eccentriche in un ordinamento ispirato al principio di laicità*».

Non è tutto. Passando alla valutazione della colpa – e sorvolando sul rituale, doveroso, ma inconsistente richiamo dell'art. 41, comma 2, c.p. – il giudice osserva che l'evento-suicidio non può essere ascritto al marito anche perché esso esula dallo spettro di prevenzione della regola cautelare, concernente la custodia delle armi, la cui trasgressione era stata contestata. Per il vero, il giudice ritiene che l'imputato, conservando la pistola in un cassetto nell'armadio della camera da letto senza che per casa si muovessero estranei o bambini, non abbia nemmeno realizzato una condotta tipica colposa, stante la conformità del

in ripartenza; da qui l'ordinanza di scarcerazione del Gip che ha fatto leva proprio sul «grave e irresponsabile comportamento» della vittima.

⁹⁶ Il riferimento è a Trib. Avellino, 23 febbraio 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*, massimata a cura di G.L. GATTA.

comportamento tenuto a quello cautelare⁹⁷. Tuttavia, quand'anche si ritenesse violata la regola cautelare che impone l'obbligo di custodia delle armi di cui all'art. 20, comma 1, l. 110/1975, il giudice ritiene – eccoci al punto chiave – che l'evento-suicidio non potrebbe in ogni caso farsi rientrare tra quelli che la regola cautelare intende evitare.

Tale conclusione dipende dal fatto che l'obbligo di custodia delle armi è volto a prevenire solo una duplice tipologia di offese: da un lato, quella autoprodotta dal soggetto «anche solo parzialmente incapace» che rinventa l'arma; dall'altro lato, quella prodotta inavvertitamente a sé o a terzi da chi non sia in grado di maneggiare l'arma. Se così è, tenendosi conto che il suicida ha per definizione agito volontariamente e, ancorché depresso, non può essere *per ciò solo* considerato una persona «parzialmente incapace» secondo i principi della legge n. 180/1978 (c.d. legge Basaglia), ne viene che l'evento autolesivo della moglie non è annoverabile nello spettro di prevenzione dell'obbligo di diligenza gravante sul detentore dell'arma.

Il suicidio – questa è l'idea di fondo della pronuncia che traspare anche in taluni recenti arresti internazionali⁹⁸ – quand'è compiuto da una persona maggiorenne e non affetta da patologia psichiatrica, rimane una scelta personale, magari incomprensibile, fors'anche immorale, sicuramente tragica, ma comunque non impedibile dall'ordinamento facendo gravare su altri l'obbligo impeditivo o cautelare di prevenirlo⁹⁹.

⁹⁷ Tale soluzione – va tuttavia riconosciuto – s'ispira esplicitamente alla tesi che individua la regola cautelare nella colpa generica sulla base dell'*id quod plerumque accidit*: una soluzione questa, che pur essendo preferibile (v. D. MICHELETTI, *La colpa del medico*, in questo *Annuario*, 2008, 191 ss.), appare ancora minoritaria soprattutto nel campo della custodia di armi, dove la giurisprudenza, utilizzando il criterio di prevedibilità e prevenibilità alla luce dell'agente modello per desumere la regola cautelare, finisce indiscriminatamente per imporre prassi cautelari da armeria (armadi blindati, catene di trattenuta dotate di lucchetti, *et similia*): in argomento per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 284 ss.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, 9 novembre 2010, sez. II, 20245/05, Serdar Yigit e altri c. Turchia, che ha assolto la Turchia nella causa intentata dai famigliari di un soldato suicidatosi durante il servizio militare.

⁹⁹ In questa direzione anche la giurisprudenza italiana più risalente che ha sempre considerato il deliberato gesto autolesionista del suicida un atto interruttivo dell'imputazione causale ex art. 41, comma 2, c.p.: cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 1963, Pratali, in *Riv. pen.*, 1963, II, 718 ss., riguardante il suicidio di un soggetto caduto in depressione per le ferite riportate in seguito a un incidente stradale nel quale, non per sua colpa, era stato vittima; nonché Cass. pen., sez. IV, 8 aprile 1964, De Angelis, in *Riv. pen.*, 1965, II, 708, relativo all'assoluzione del farmacista che senza ricetta aveva veduto un medicinale velenoso poi utilizzato dall'acquirente per suicidarsi.

7. *Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie omissive: il criterio della tipicità della vittima*

Dalle manifestazioni di paternalismo penale giudiziario su cui ci si è soffermati (v. *supra* § 3 e 5) risulta con chiarezza la matrice di una siffatta impostazione. A ben vedere, il giudice che v'incorre altro non fa che sospingere oltre il dovuto l'istanza solidaristica che innerva le fattispecie penali omissive e colpose: le quali sono impiegate, non già secondo la loro funzione ossia per sopperire a un deficit di tutela degli individui, bensì come reazione correttiva di fronte a opzioni comportamentali che lo stesso giudice, sulla base di imput ordinamentali, non ritiene espressive di una libertà, considerandole anzi assurde, sconsi-derate, illogiche, sino al punto di chiamare a rispondere un terzo per non avere preservato la vittima dalla propria insensatezza. Il paternalismo giudiziale non rispecchia quindi una concezione radicalmente totalizzante. È piuttosto una *degenerazione*: la tracimazione di un sentimento di bene-volenza. Il che peraltro spiega la ragione per cui il giudice-paternalista pare non percepire nemmeno il disvalore delle proprie tesi: sembra cioè non comprendere la ragione per cui ci si debba opporre alla istituzione di un *obbligo preservativo dell'altrui irrazionalità*, senza cogliere che già l'astratta configurazione di tale meccanismo sottende un intollerabile tasso di dirigismo esistenziale tale da aprire la strada alla coattiva imposizione di un modello di vita standardizzato.

Tanto premesso, il fatto che il paternalismo giudiziario altro non sia che un "oltremisura solidaristico" impone in chiave critico-correttiva, a chi si prefigga di fronteggiarlo, un ineludibile vincolo metodologico. Non lo si può infatti avversare sino al punto di travolgere la giusta istanza solidaristica sul quale alligna e dalla quale esso trasmoda. Se è un problema di misura, il paternalismo dell'interprete, non diversamente da quello legislativo, va semmai contenuto: riportato cioè entro i corretti confini funzionalistici dell'istituto da cui è debordato.

Il modello argomentativo da seguire corrisponde, in sostanza, a quello battuto dalla dottrina liberale per difendere l'opportuna presenza o – a seconda dei contesti – la necessaria introduzione dei reati omissivi di soccorso (v. il nostro art. 593 c.p.)¹⁰⁰. Lungi dal contestare l'imprescindibile matrice solidaristica di

¹⁰⁰ Cfr., fra gli altri, J. FEINBERG, *The Moral and Legal Responsibility of The Bad Samaritan*, in *Criminal Justice Ethics*, 1984, 56 ss.; H.M. MALM, *Liberalism*, cit., 4 ss.; ID., *Bad Samaritan Laws: Harm, Help, or Hype?*, in *Law and Philosophy*, 2000, 707 ss. L'argomento attira ciclicamente l'interesse della dottrina anglofona e del legislatore di alcuni Stati americani in coincidenza con il verificarsi di taluni drammatici fatti, come quello di Kitty Genovese che nel 1964 subì per quasi un'ora un'aggressione senza che trentanove vicini che vi assistettero o la udirono si attivassero, o

tali fattispecie, questa dottrina si sforza opportunamente di indicare quali ne debbano essere i limiti operativi onde evitare che i reati omissivi di soccorso scadano in subdole forme di paternalismo¹⁰¹. Si richiede così – per esempio – che le *Bad samaritan laws* siano congegnate come reati a soggettività ristretta, giacché diversamente esse si trasformerebbero nello strumento tramite il quale gli individui sono tenuti a un generale, costante, reciproco controllo¹⁰²; che l'adempimento dell'obbligo d'agire non esponga chi ne è gravato a un rischio per la propria incolumità, giacché la doverosità di un atto di eroismo renderebbe la norma penale strutturalmente affetta da inesigibilità¹⁰³; e infine – ma è ciò che maggiormente rileva in termini antipaternalistici – che il dovere d'intervenire rispetti la volontà del soggetto cui si presta soccorso, giacché diversamente la fattispecie omissiva diventerebbe lo strumento tramite il quale sopraffare l'autonomia della persona, correggere le proprie scelte esistenziali trasformando ogni individuo in un potenziale “pericolante di sé stesso”¹⁰⁴.

il recente caso i Abraham Biggs, un ragazzo della Florida che nel novembre del 2008 si suicidò tenendo accesa la telecamera del computer senza che intervenisse nessuno dei 1500 spettatori collegati: cfr. S.E. POLDER-VERKIEL, *Online Responsibility: Bad Samaritanism and the Influence of Internet Mediation*, in *Ethics-online*, 2010, 1 ss.

¹⁰¹ Identica posizione è assunta nella nostra letteratura da A. CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, 1311 ss., in replica a M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010, 143 ss., 159 ss. il quale tende a contestare il pensiero antipaternalistico forte osservando – fra gli altri argomenti – come esso risulterebbe incoerente, per lo meno nei sistemi di *civil law*, rispetto alla scelta da questi ultimi adottata di dotarsi di fattispecie omissive di soccorso essendo queste ispirate da un'opzione politico-criminale di stampo solidaristico tale da accreditare – secondo Romano – forme di paternalismo penale. Su analoghe posizioni G. FORTI, *Principio del danno*, cit., 75 s.; F. GHINI, *Una rilettura*, cit., 162 s. In senso contrario e sostanzialmente convergente con Cadoppi invece D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, cit., 510.

¹⁰² Così A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1335 ss.

¹⁰³ La questione è ampiamente discussa nella letteratura anglofona, sino a partire dalla obiezione formulata nel 1837 da Lord Thomas Macaulay nella introduzione al Codice penale Indiano, ove si sottolineava la necessità di rinunciare alle fattispecie omissive di soccorso stante l'impossibilità di determinare con precisione il comportamento esigibile: cfr. sul punto J. FEINBERG, *The Moral*, cit., 65 ss., il quale replica a tale obiezione con una tesi difficilmente accoglibile nel nostro sistema giuridico, secondo la quale spetterebbe alla “giuria” stabilire il rischio irragionevole sicché la pubblica accusa, sapendolo, sarebbe indotta ad astenersi da accuse temerarie: *ivi*, 66. Sull'esigibilità quale imprescindibile condizione personalistica delle fattispecie omissive di soccorso v. da noi A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1339 s., 1341.

¹⁰⁴ H.M. MALM, *Liberalism*, cit., 23 ss.; ID., *Bad Samaritan Laws*, cit., 710 ss.; A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1347 ss.

Ecco: in termini metodologici questo rappresenta il corretto approccio anche per il contenimento delle pulsioni paternalistiche dell'interprete. Perdente, irrealistica nonché profondamente ingiusta si rivelerebbe una radicale avversione per i modelli d'illecito dettati da commendevoli istanze solidaristiche. Ciò a cui occorre tendere è semmai la delimitazione operativa delle stesse tramite criteri diagnostici che si prefiggano di veicolare sul piano interpretativo le ragioni politico-criminali che ne legittimano l'esistenza¹⁰⁵. Un'esigenza questa quanto mai avvertita nel reato (al contempo) omissivo e colposo previsto dagli artt. 40, comma 2, 43, 589 e 590 c.p., la cui "duplice" matrice solidaristica genera un humus ideale per lo sviluppo di aberranti forme di responsabilità penale connesse a scelte di vita altrui.

In questa prospettiva, il primo obiettivo non può allora che riguardare la migliore delimitazione del "rapporto di dipendenza a scopo protettivo" che solo legittima l'equiparazione dell'inerzia alla causazione dell'evento¹⁰⁶; con un significativo passo in avanti, però, rispetto al modello tradizionale. Non pare più sufficiente, infatti, concentrare l'attenzione sul *lato attivo del rapporto*, mettendo cioè a fuoco le condizioni formali e sostanziali che determinano l'assunzione di una posizione di garanzia gravata dell'obbligo d'impedimento¹⁰⁷. In una prospettiva antipaternalistica, altrettanto imprescindibile si rivela la delimitazione del *lato passivo del rapporto*: che non è ridicibile alla presenza di un bene giuridico di primaria rilevanza ordinamentale tale da richiedere uno sforzo solidaristico altrui, ma presuppone la presenza di una *situazione di maggiore vulnerabilità non dominabile direttamente dal titolare del bene*¹⁰⁸. È da qui che scaturisce lo "straordinario" dovere di agire del garante: l'"istituzione" del quale, traducendosi in un'eccezionale limitazione della libertà personale¹⁰⁹, assume pertanto un'elevata quanto nobile funzione solidaristico-compensativa. È, in breve, lo strumento che l'ordinamento mette in campo per riequilibrare la vulnerabilità dei più "deboli" e dei soggetti "esposti", nella premessa – si badi bene – che

¹⁰⁵ In questa accessorietà funzionale della dogmatica rispetto alla politica criminale si coglie come noto la sola ragione di esistenza della prima: cfr. per tutti C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970). *Saggi di teoria del reato*, Napoli, 2001, 37 ss.

¹⁰⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 133 s.

¹⁰⁷ Sul punto, per una soluzione equilibrata e convincente, v. F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.

¹⁰⁸ È questo, peraltro, il fondamento giustificativo delle fattispecie omissive indicato anche dal pensiero liberale-antipaternalistico: E. WEINRIB, *The Case for a Duty to Rescue*, in *Yale L.J.*, 1980, 287 ss.; J. FEINBERG, *The Moral*, cit., spec. 68.

¹⁰⁹ Il rilievo è oltremodo noto: v. per tutti A. CADOPPI, *Omissioni*, cit., 1325 s.

«non esiste un obbligo di carattere generale di impedire che terzi, responsabili delle loro scelte, realizzino condotte pericolose»¹¹⁰.

Sul piano tecnico-giuridico, ciò comporta che il reato omissivo va costruito e interpretato come un illecito ad *incipite soggettività ristretta*. Oltre ad essere un reato proprio, infatti, l'omissione *reclama* anche una vittima "tipica-vulnerabile", ovviamente dissimile da chi ha "deciso di esporsi al rischio". Prim'ancora che un'implicazione tecnico-penalistica, è questa una conseguenza immanente del concetto di responsabilità giuridica intesa come legame tra individuo ed atto in rapporto agli altri membri della collettività¹¹¹. Vero è infatti che il giudizio di imputazione (*die Zurechnung*), afferendo al piano deontologico anziché a quello fenomenologico, può ispirarsi a logiche diverse da quella causale, così da coinvolgere soggetti differenti da coloro che hanno materialmente causato e voluto il fatto¹¹². Se però non esiste alcun elemento di estraneità tra il fatto e il suo deliberato autore, non v'è nemmeno lo spazio logico per esprimere un giudizio di illiceità¹¹³, sicché mancherebbe il presupposto stesso per l'operatività del meccanismo imputativo di matrice deontologica¹¹⁴.

È dunque – in definitiva – il criterio della tipicità della vittima¹¹⁵ il principale baluardo verso derive paternalistiche del reato omissivo, impedendo *ab imis* al giudice di stravolgere la funzione solidaristica dell'obbligo d'impedimento interpretandolo come strumento di correzione dei comportamenti "devianti" posti in essere da soggetti che hanno liberamente scelto di esporsi al pericolo. Non sorprende quindi che tale criterio affiori a chiare lettere, ancorché senza una piena consapevolezza, nelle sentenze che rifuggono da un'impostazione

¹¹⁰ L'espressione riportata nel testo viene ripetuta come un *refrain* nella stessa giurisprudenza di legittimità senza tuttavia che se ne traggano le dovute conseguenze: v. per esempio Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2004, n. 24049; Cass. pen., sez. IV, 7 giugno 2004, n. 25310; Cass. pen., sez. IV, 1 giugno 2007, n. 21602, leggibili per esteso in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità* (2004-2010), Napoli, 2011.

¹¹¹ Cfr., per tutti S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 75 ss.; C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 25 ss., 34 ss.

¹¹² Per tutti C. MAIORCA, *Responsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1019 ss.; ID., *I fondamenti*, cit., 163 ss.; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, 154 ss.

¹¹³ *Amplius*, sull'impossibilità di esprimere un giudizio di illiceità ove il fatto non oltrepassi un rapporto dell'agente con sé medesimo, H.A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit: mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1911 (rist. 1996), 12 ss., 163 ss.; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità*, cit., 9, 16 ss., 153 ss. *passim*.

¹¹⁴ Per tutti fondamentalmente S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., spec. 453 ss.

¹¹⁵ Cfr. al riguardo D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 160 ss., 164 ss.

paternalistica. Si consideri, per tutte, a questi fini quanto deciso da Cass. pen., sez. IV, 5 gennaio 1999, n. 7924, la quale ha concluso per la non imputabilità al garante dell'annegamento di tre ragazzi in una vasca con rampe viscide, che non era stata protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo, situata in un ambiente lavorativo ove i tre erano entrati abusivamente. Non induca in inganno il tenore stereotipato della massima ufficiale – riportata in nota¹¹⁶ – da cui potrebbe trarsi l'impressione che il Supremo Collegio stia qui facendo ricorso al criterio d'imputazione della colpa noto come “scopo preventivo della regola cautelare”, in forza del quale può addebitarsi al trasgressore solo la verifica degli eventi che la regola cautelare intendeva prevenire. In realtà, la ragione dell'assoluzione non sta in questo caso nella mancanza di un *evento tipico* – posto che, all'evidenza, l'annegamento rientrava esattamente tra quelli che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire – ma si deve all'assenza di una *vittima tipica*: ossia alla *mancanza della condizione tipica di vulnerabilità che quella specifica posizione di garanzia intendeva tutelare*¹¹⁷.

Il tema – come s'intuisce – apre scenari stimolanti quanto complessi: quale per esempio il tema dell'interferenza solidaristica tra obblighi di protezione e obblighi di controllo; ovvero i limiti di autonomia decisionale che non può non essere riconosciuta anche ai minori, agli incapaci, ai pazienti psichiatrici onde evitare di svilirne l'umanità interpretando in senso paternalistico le altrui posizioni di protezione¹¹⁸. Si tratta tuttavia di analisi troppo ampie per essere svolte in questa sede, e sulle quali, pertanto, ci si riserva di tornare per approfondire senza limiti di spazio il lato passivo della posizione di garanzia.

¹¹⁶ «Le norme antinforturistiche sono poste a tutela non di qualsivoglia persona che si trovi fisicamente presente sul luogo ove si svolge l'attività lavorativa, magari per curiosità o addirittura abusivamente, ma di coloro che versino quanto meno in una situazione analoga a quella dei lavoratori e che si siano introdotti sul luogo del lavoro per qualsiasi ragione purché a questo connessa»: in Cass. pen., 2000, 2099. La stessa identica massima caratterizza molte pronunce precedenti e successive: v. per tutte Cass. pen., sez. IV, 27 settembre 1995, n. 2840, in Cass. pen., 1997, 2223.

¹¹⁷ Nel merito un'identica conclusione si rinviene in Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 1989, 3603, cit., riguardante l'assoluzione del garante di un cantiere nel quale erano state depositate delle grosse tubazioni senza l'adozione di adeguate cautele: ne seguì la morte di un ragazzo abusivamente introdottosi nel fondo assieme ad altri ragazzi, che giocando sui tubi ne avevano provocato il rotolamento e il conseguente investimento della vittima. Una diversa sensibilità hanno invece mostrato i giudici in Cass. pen., sez. V, 26 marzo 1979, Geiser, in Cass. pen., 1980, 1260, riguardante la responsabilità per omicidio colposo dell'autista di una pala meccanica cingolata, parcheggiata su un declivio senza particolari accorgimenti, sulla quale era abusivamente salito un ragazzo che manovrando sul freno l'aveva avviata in discesa rimanendovi travolto ed ucciso.

¹¹⁸ Cfr. E. DICIOTTI, *Giustificazione*, cit., 95 ss.

8. *Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie colpose: la normatività del colpa e il problema del consenso scriminante*

Il contenimento antipaternalistico delle fattispecie colpose è tecnicamente più agevole ma culturalmente più ostico.

Sul piano tecnico-giuridico una tale operazione può infatti contare, in primo luogo, sull'oramai acquisita concezione normativa della colpa, che è riuscita col tempo a disancorare tanto la condotta quanto l'evento da un'interpretazione prettamente naturalistica e pregiuridica¹¹⁹. Invero, secondo la più recente impostazione, che ha trovato ormai un certo riscontro in giurisprudenza, la condotta colposa non è riducibile al comportamento causativo ma è prima di tutto violazione di una regola cautelare. E l'evento colposo, lungi dal potersi ridurre al *genus* naturalistico indicato dalla disposizione incriminatrice («morte» o «lesioni» negli artt. 589 e 590 c.p.), da un lato, deve corrispondere alla *specie* che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire (c.d. nesso di rischio; concretizzazione del rischio; scopo della regola cautelare); e dall'altro lato, deve essere evitabile tramite l'adozione della regola cautelare la cui trasgressione è contestata (c.d. causalità della colpa; evitabilità in concreto; comportamento alternativo lecito).

Ciò rammentato, tanto la normatività della condotta quanto la normatività dell'evento possono essere sfruttati per evitare una deriva paternalistica della colpa penale. Al fondo di entrambe le soluzioni v'è comunque la medesima istanza logica: ossia la valorizzazione del principio di autoresponsabilità quale limite funzionalistico della colpa penale doverosamente interpretata in termini relazionali¹²⁰. Ove se ne individui il fondamento in un'istanza solidaristica non dissimile da quella che sostiene la responsabilità penale per inerzia, ben ci si avvede infatti che *la decisione della vittima di autoesporsi al pericolo tende a operare come fattore preclusivo dell'imputazione colposa di stampo normativo*: vuoi per la mancanza di regole cautelari finalizzate alla prevenzione del comportamento autolesionistico, specie se volontario¹²¹; vuoi perché, il gesto autolesivo tende

¹¹⁹ Su entrambi gli aspetti v. diffusamente per tutti D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 26 ss., 135 ss., *passim*.

¹²⁰ Cfr. in tal senso, da ultimo, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 323 ss.

¹²¹ Fa eccezione ovviamente il dovere cautelare gravante sulle figure di controllo degli incapaci e degli incapacitati (genitori, psichiatri, agenti di polizia penitenziaria, datori di lavoro, eccetera), nonché il predominio cautelativo di taluni soggetti rispetto a precipe fonti di pericolo: si veda ad esempio – correttamente – la responsabilità per omicidio colposo riscontrata a carico del pilota di un aereo da turismo che, dopo essere atterrato, aveva tolto la sicura dello sportello

a cadere al fuori (o ad essere estromesso) dallo spettro preventivo della regola cautelare.

Con riferimento alla prima ipotesi, vale a dire alla mancanza di colpa per difetto di una regola cautelare volta a preservare gli altri dalle proprie decisioni autolesioniste, oltre al caso già analizzato della moglie suicida (v. *supra* § 6), può citarsi l'esempio del medico di famiglia che riscontri un infarto in corso in un paziente refrattario alle cure¹²². Ebbene, in tale situazione, non v'è dubbio che il medico sia tenuto a indicargli la necessità di un pronto ricovero ovvero a chiamare immediatamente il soccorso medico. Ove però il paziente si rifiuti di assecondare tali iniziative, comunicando di volersene tornare a casa anziché recarsi all'ospedale, non esiste una regola cautelare che imponga al medico di rincorrerlo per imporgli di ricoverarsi. Moralmente potrà anche sentirsi tenuto a farlo – così come di fatti è successo – ma ove così non fosse tale mancanza non potrà essergli rimproverata in sede penale, stante per l'appunto l'assenza di una regola cautelare volta a prevenire il comportamento autolesivo.

Quanto invece all'autoesposizione al pericolo quale causa di atipicità dell'evento morte o lesione, gli esempi non mancano. Ben s'intuisce infatti che, in una prospettiva prettamente solidaristica della colpa, la condotta autolesionista rappresenta uno dei principali fattori di esclusione dell'evento infausto da quelli che la regola cautelare si prefigge di prevenire, nel senso che è proprio il comportamento della vittima a sospingere l'evento fuori dallo spettro preventivo della regola cautelare trasgredita. Così, per citare ancora un caso tratto dalla giurisprudenza sulla responsabilità medica, il chirurgo che abbia trasferito anzitempo dalla rianimazione al reparto di otorinolaringoiatria un paziente cui era stato asportato un tumore sottomandibolare, violando in tal modo «la buona pratica professionale» – una soluzione dettata dalla necessità di liberare gli scarsi posti in rianimazione e dipesa dalla possibilità di somministrare in reparto lo stesso trattamento di ossigenoterapia di cui il paziente necessitava – non può essere chiamato a rispondere della morte del paziente che, sfruttando la mancanza di controllo del reparto, si sia alzato dal letto di nascosto, tolto la mascherina dell'ossigeno, riprendendo poi a fumare sino a morirne per ipossia

prima di spegnere il motore (violazione della regola cautelare volta a prevenire i passeggeri) lasciando così che il passeggero scendesse ferendosi mortalmente con l'elica ancora in movimento: Cass. pen., sez. IV, 10 gennaio 1985, n. 271, in *Ced rv* 167344.

¹²² Cass. pen. sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38852, in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

e ipercapnia¹²³. Vero è infatti che, ove fosse rimasto in terapia intensiva, l'evento non si sarebbe probabilmente verificato stante il persistente controllo assicurato dagli operatori. È altresì vero che il maggiore monitoraggio garantito dalla terapia intensiva ha carattere organico e biologico, non già una funzione custodiale e in quanto tale finalizzato a preservare il paziente da gesti autolesivi. Non v'è dunque alcuna corrispondenza tra l'evento concretamente verificatosi e lo spettro preventivo della regola cautelare eventualmente disattesa.

Mutatis mutandis, l'autoesposizione al pericolo quale ragione di atipicità dell'evento trova applicazione in numerose decisioni concernenti la responsabilità colposa nella circolazione stradale, sebbene mai come in questi casi la Cassazione tenda a confondere il criterio della concretizzazione del rischio con quello della causalità della colpa. Si veda al riguardo il caso del conducente deceduto nello scontro da lui stesso cagionato con l'auto che sopraggiungeva in senso contrario a causa dello sbandamento dipeso dall'eccessiva velocità: nessuna responsabilità può addebitarsi all'altro conducente, sebbene procedesse a velocità non consentita e in prossimità della linea di mezzzeria, in quanto le regole cautelari trasgredite sono volte a preservare gli utenti della strada che procedono regolarmente nella loro direzione, non già gli automobilisti, come la vittima, che per colpa invadono la corsia opposta¹²⁴. Ma si consideri altresì il caso del centauro deceduto per essere scivolato sull'asfalto umido finendo così per cozzare contro lo spigolo sinistro anteriore dell'auto che sopraggiungeva nella direzione contraria: ancorché quest'ultima procedesse «non mantenendo strettamente la destra» così come imposto dall'art. 143 c. strad., e sebbene l'osservanza di quest'ultima norma avrebbe verosimilmente salvato il centauro la cui scivolata sarebbe potuta proseguire, nessuna responsabilità colposa è da riconoscersi al conducente dell'auto in quanto la regola cautelare trasgredita è volta «a garantire una intercapedine tra i flussi contrapposti di veicoli, onde garantire uno spazio di manovra in caso di percepibili, modesti sconfinamenti» non già l'incolumità delle persone che per una loro negligente condotta di guida si trovano a scivolare sull'asfalto umido¹²⁵.

I casi da proporre sarebbe molti, anche perché i principi diagnostici appena esemplificati valgono in tutti i contesti colposi e rispetto a qualunque dovere cautelare, pure quello riguardante il controllo delle persone incapaci, minori,

¹²³ Cass. pen., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 34369, in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

¹²⁴ Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2010, n. 32126, in *Guida al dir.*, 2011, n. 1, 99.

¹²⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 9 febbraio 2010, n. 18157, in *Guida al dir.*, 2010, n. 27, 82, da cui è tratta la citazione.

eccetera¹²⁶. V'è però un elemento culturale, prim'ancora che giuridico, che ne frena la diffusa e corretta applicazione, soprattutto nei casi in cui l'autoesposizione della vittima sia avvenuta interagendo con altri, chiamati per questa ragione a risponderne. Il riferimento è al più macroscopico ossimoro paternalistico che la nostra cultura giuridica abbia partorito: vale a dire il concetto di diritto *personalissimo indisponibile*, là dove il superlativo designa la quanto mai stretta afferenza del bene alla persona, mentre l'attributo evidenzia, paradossalmente, l'espropriazione giuridica cui l'ordinamento l'ha sottoposto¹²⁷. È infatti da questo *monstrum vel prodigium* che scaturiscono le difficoltà a valorizzare il consenso scriminante dell'aveute diritto nei reati colposi¹²⁸: con la conseguenza che, salvo i rari casi in cui l'ordinamento condivide la ragione per cui il titolare del bene ha messo in pericolo il bene personalissimo, negli altri in cui secondo la *communis opinio* la scelta del titolare è sconsiderata, avventata o semplicemente non condivisibile (una gita in barca con il brutto tempo, un allenamento di apnea in violazione delle regole cautelari, una corsa con la moto senza casco, ecc.) quest'ultima viene assiomaticamente privata di qualunque valenza liberatoria nei confronti di coloro che l'hanno condivisa.

Anche questo, tuttavia, è un tema troppo ampio per potere essere affrontato in questa sede. Obiettivo del lavoro era solo quello di mettere in luce che forme di paternalismo giuridico si annidano più nella fase applicativa del diritto che non in quella legislativa. Si è trattato – va da sé – solo di un abbozzo, che ci si

¹²⁶ Emblematica in tal senso l'ormai assodata giurisprudenza sulla assoluzione del conducente dello scuolabus per l'incidente cui è andato incontro uno dei bambini successivamente alla discesa non rientrando questi nello spettro cautelare imposto al garante: cfr. Cass. pen., sez. II, 2 agosto 1994, Picardi, in *Arch. Circolaz.*, 1996, 121 ss.; Cass. pen., sez. IV, 13 settembre 1988, n. 9212, in *Ced. rv.* 179154; Cass. pen., sez. 4, 29 settembre 1987, n. 10201, in *Ced. rv.* 176742; condivide nel merito tale orientamento R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 219 ss. Nella stessa direzione, Trib. Perugia, 25 marzo 2000 [inedita] che ha assolto dall'accusa di lesioni colpose il commerciante che vendette illecitamente petardi al minore il quale unendosi tra loro aveva creato un ordigno l'esplosione del quale procurò al ragazzo le ferite: e ciò proprio in ragione del fatto che la norma cautelare trasgredita dal commerciante sarebbe volta a proteggere i minori dalle conseguenze derivanti da un uso "normale" dei petardi, non già dalle offese che i minori possono provocare a sé stessi o ad altri utilizzandoli come risorsa per il deliberato confezionamento di ordigni. L'assoluzione – non v'è da sorprendersi – non resse comunque in Cassazione, la quale sulla base dell'ennesima lettura paternalistica del dovere cautelare ritenne che anche il danno da ordigno rientri nello spettro preventivo della regola cautelare trasgredita: così Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 2002, n. 29709, in *Riv. pen.*, 2002, n. 895.

¹²⁷ Cfr. per tutti F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., 48 ss. nonché, in una diversa prospettiva, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 231 ss.

¹²⁸ *Amplius* F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., 86 ss., 93 ss. In senso critico S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., 182 ss.

augura di potere sviluppare in una più ampia trattazione del principio di auto-responsabilità quale limite applicativo generale della fattispecie penali dettate da un'istanza solidale.

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