

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

SILVIA TORDINI CAGLI

IL PATERNALISMO LEGISLATIVO

SOMMARIO: 1. Una breve premessa: paternalismo, libertà e laicità dello Stato. – 2. Tutela della dignità umana e giustificazione paternalistica dei divieti. - 2.1. La regolamentazione della prostituzione. - 2.2. La disciplina della pornografia infantile. – 3. Diritto penale e bioetica. - 3.1. La legge sulla procreazione medicalmente assistita. - 3.2. Le problematiche eutanasiche nella cornice degli artt. 579 e 580 c.p. – 4. I limiti al potere dispositivo dell'integrità personale. La tutela dell'individuo da se stesso in alcune recenti scelte legislative. - 4.1. Le mutilazioni genitali femminili. - 4.2. La normativa sul doping. - 4.3. La disciplina legislativa in materia di stupefacenti.

1. *Una breve premessa: paternalismo, libertà e laicità dello Stato*

Nel 1858, Stuart Mill, nel suo saggio *On liberty* scriveva: «Scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in modo assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società ed individuo, sia che li eserciti mediante forza fisica, sotto forma di pene legali sia mediante la coazione morale dell'opinione pubblica. Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, ad interferire sulla libertà di azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualsiasi membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare il danno ad altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perchè è meglio per lui, perchè, nell'opinione altrui, è opportuno o persino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso che si comporti diversamente»¹.

Mill ha così posto le basi del liberalismo penale classico coniando, probabilmente per la prima volta, il principio del danno ad altri, poi ripreso sostenuto ed approfondito dai filosofi morali, oggi divenuto argomento centrale nel dibattito sulle ragioni della criminalizzazione nei paesi di *common law*.

¹ MILL, *On liberty*, trad. it. Est, 1999, 12.

Secondo la definizione data da Feinberg, alla stregua di questo criterio “forte” di legittimazione dell’intervento penale, «è sempre una buona ragione del fondamento della legislazione penale che essa sia efficace nella prevenzione (eliminazione, riduzione) di danni a soggetti diversi dall’autore (colui nei confronti del quale è posto il divieto di agire) e che non vi siano altri mezzi ugualmente efficaci»².

Secondo la visione liberale, dunque, è inaccettabile un intervento limitativo della libertà di azione del singolo cittadino sulla base di istanze di natura paternalistica e moralistica. Per paternalismo si deve, come noto, intendere la riduzione della libertà di scelta di un individuo operata dall’ordinamento al fine di assicurare alla persona – o ad una categoria di persone – una protezione da atti contrari al suo stesso interesse. Varie sono le distinzioni all’interno del concetto, alcune delle quali con risvolti applicativi di notevole rilievo. Pensiamo a quella tra paternalismo forte e paternalismo debole: quest’ultimo indica quell’atteggiamento in base al quale l’ordinamento interviene a proibire condotte autolesive, (ovvero condotte offensive in presenza del consenso dell’interessato) quando non siano sorrette da una scelta realmente libera e responsabile. L’accettazione senza riserve del paternalismo debole quale parametro di legittimazione delle scelte di intervento punitivo è generalizzata anche tra i sostenitori di una ideologia liberale; secondo taluno non sarebbe neanche da includersi nella categoria del paternalismo, in quanto mancherebbe una vera e propria limitazione della libertà, mancando a monte una scelta realmente libera.

A questo proposito diviene di estrema rilevanza individuare i criteri in base ai quali determinare quando un soggetto possa essere considerato realmente autonomo – e dunque un suo consenso davvero genuino – senza cadere in facili argomentazioni presuntive.

Pensiamo, ancora, alla distinzione tra paternalismo puro o impuro: nel primo caso la norma trova la sua ragione di essere solo nella esigenza di evitare un danno allo stesso soggetto agente (o al soggetto che consente alla lesione); nel secondo caso, invece, è giustificabile, come spesso accade, anche sulla base di ulteriori esigenze; la ricostruzione dell’effettiva *ratio* di tutela delle disposizioni di legge, in effetti, non sempre è di prima evidenza. Nella maggior parte dei casi, anzi, la *ratio* legata alla tutela del singolo da se stesso risulta essere compresente con la tutela di altri interessi, spesso riferibili alla collettività in genere. In tal caso, la legittimità della limitazione della libertà di scelta dell’individuo dovrà essere valutata sulla base di un attento bilanciamento di interessi, secondo

² FEINBERG, *The moral limits of criminal law. Harm to others*, New York-Oxford, 1982, 26.

parametri rigorosi³.

In quest'ottica si deve tener conto del fatto che un interesse pubblico è, in pratica, sempre coinvolto anche quando un soggetto offende se stesso. «Se cinquantamila persone si uccidono ogni anno per scelta o per comportamenti colposi, allora milioni di tasse non vengono pagate all'erario, milioni di dollari vengono spesi in assicurazioni sociali, o in interventi di polizia, ambulanze, ospedali. Morti ed offese autocagionate, considerate cumulativamente, sono un considerevole inconveniente pubblico»⁴.

Alla difficoltà di tenere distinte norme paternalistiche da norme ispirate *all'harm to other*, si affianca poi la facile confusione tra norme ispirate al principio paternalistico e norme ispirate al principio moralistico, in base al quale una condotta sarebbe legittimamente punibile perchè immorale anche se priva di qualsiasi potenzialità offensiva di interessi di terzi.

In questo senso l'*harm principle* elaborato nel linguaggio di *common law* appare senz'altro corrispondere in larga misura all'idea del reato come offesa ad un bene giuridico tipica della cultura continentale occidentale. Ad entrambi si può riconoscere una duplice funzione: una negativa che consente di escludere con certezza alcune tipologie di fatti da una tutela penale legittima – i fatti solo immorali ma privi di un connotato di dannosità, ad esempio – ; una positiva, che mira ad operare una selezione di quei fatti legittimamente punibili attraverso lo strumento penale⁵.

Rifiuto del moralismo giuridico e rifiuto del paternalismo giuridico, dunque, sono due aspetti di una concezione dello Stato e dell'ordinamento, che sia una concezione laica – espressione cioè della logica del pluralismo – che ricusi una intuizione morale, preminente e, soprattutto, prevaricante⁶.

³ Sulla compresenza di modelli diversi giustificazione di norme, DICIOTTI, *La giustificazione paternalistica di norme*, in *Studi senesi*, 1988, I, 84 ss.; ID, *Il principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 368 ss.

⁴ Così FEJNBERG, *The moral limits of criminal law. Harm to self.*, New York-Oxford, 1986, 22.

⁵ DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di CADOPPI, Milano, 2010, 43 ss.

⁶ Non è questa la sede per addentrarsi nelle complesse questioni concernenti il significato e l'evoluzione storico-terroica del concetto di laicità. Su tali aspetti, peraltro, la letteratura è sconfinata. Solo in via esemplificativa, BARBERA, *Il cammino della laicità*, in *Laicità e diritto*, Bologna 2007, a cura di CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, 242; FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI, PALIERO, I, Milano, 2006, 283 ss.; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 ss.;

Separazione del diritto dalla morale significa quindi che «lo Stato non deve immischiarsi coercitivamente nella vita morale dei cittadini e neppure promuovere coattivamente la moralità»⁷, ma significa anche che il diritto penale non ha il compito di rafforzare o imporre la (o una determinata) morale, ma solo di impedire la commissione di azioni dannose per i terzi.

La società moderna, sempre più pluralistica, dovrebbe ispirarsi ad un ampliamento delle sfere di esercizio di scelte private, limite all'autorità morale dello Stato. Il consenso e il principio di autonomia dovrebbero costituire sempre più le basi per una etica laica pluralista.

Fin qui, in estrema sintesi, le premesse teoriche; il piano del dover essere. Ma lo scopo di queste righe è quello di dare uno sguardo al riscontro che le premesse teoriche hanno avuto dal punto di vista applicativo. Un confronto tra piano del dover essere e piano dell'essere. Il punto sul paternalismo legislativo, appunto.

La carrellata di osservazioni che seguiranno su alcuni dei settori nevralgici per le dispute sui temi della laicità, dei limiti morali del diritto penale, del paternalismo, non può, tuttavia, che ingenerare uno stato d'animo – anticipiamo qui le nostre conclusioni – di estrema delusione.

Non possiamo che condividere lo stato d'animo di chi recentemente, tornato a confrontarsi dopo 15 anni con questo stesso tema, ha scritto: «la mia reazione rasenta lo stupore: l'impressione è come se non fosse trascorso appena un quindicennio, ma un secolo e forse più. In quello scritto si coglieva un'atmosfera – e io stesso mi sforzavo di alimentarla – da democrazia liberale, orientata secondo coordinate incentrate sulla secolarizzazione in senso sociologico e, dal punto di vista costituzional-penalistico, su di una tendenziale separazione tra legge penale e morale. La tesi della distinzione e reciproca autonomia tra delitto, peccato e/o immoralità – coerente con la premessa che lo Stato non deve paternalisticamente assurgere a tutore della virtù dei cittadini, non rientrando tra i suoi compiti interferire nel modo di essere, di pensare e nell'atteggiamento interiore dei singoli individui – implicava, come effetto consequenziale, un processo di laicizzazione e secolarizzazione degli stessi beni giuridici penalmente rilevanti» – oggi – «è in non piccola parte mutato il clima generale, nel senso che le spinte che avrebbero potuto favorire l'attecchimento di quella dottrina sono state nel

PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 55 ss.; ROMANO, *Principio di laicità dello stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493 ss. Sui collegamenti tra laicità, moralismo e paternalismo si rinvia altresì al nostro *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

⁷ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990, 207.

frattempo controbilanciate da spinte in direzione contraria: convergenti cioè nel promuovere un processo di ri-eticizzazione del diritto penale»⁸.

2. Tutela della dignità umana e giustificazione paternalistica dei divieti

Il riferimento al concetto di dignità è oggi una costante, quando ci si confronta con i diritti fondamentali.

Il richiamo alla dignità umana quale diritto inviolabile è ormai presente in tutti i testi costituzionali dell'Unione Europea, ma è anche elemento ricorrente nei più importanti testi di diritto internazionale, dal preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 1945 alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, alla Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina, alla Carta dei Diritti dell'Unione Europea, solo per citarne alcuni.

Certo è che il valore dignità ha sempre più assunto un ruolo centrale, affiancandosi o sovrapponendosi al riconoscimento dei più tradizionali diritti fondamentali dell'uomo, sia per quanto riguarda il piano normativo, ma anche quello scientifico-teorico e, aspetto di grande interesse, anche quello giurisprudenziale-applicativo.

La dignità ha progressivamente perso così l'originaria ed esclusiva connotazione etico-filosofica per trasformarsi sempre più in strumento regolativo. Tuttavia la innata indefinitezza del concetto ha consentito utilizzazioni e prese di posizioni tutt'altro che univoche e, talora, non del tutto condivisibili.

In effetti, a seconda del significato che si attribuisce a siffatta locuzione, il riferimento alla dignità personale può essere finalizzato ad una estensione della sfera di autonomia degli individui ovvero, viceversa, ad una «surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti a scapito del pluralismo e delle diversità»⁹.

Pur essendo la dignità umana un bene primario indiscutibile, è talmente ricco di implicazioni etiche e ideali, valore dal contenuto talmente generale ed indefinito, «da fungere da *deus ex machina* per la giustificazione di ogni incriminazione, rispetto alla quale non si sia in grado di identificare un più specifico bene giuridico o – comunque – un profilo di tangibile dannosità sociale»¹⁰.

È certo che la dimensione etica della dignità non può essere ignorata: tutti i

⁸ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2007, 558.

⁹ RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (nota a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 827.

¹⁰ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 558.

tentativi di definizione del concetto includono, inevitabilmente, un riferimento alla morale o, comunque, alle regole della morale; ma questa considerazione non fa che accentuare la polarità di contenuti. La nozione stessa di morale è, infatti, suscettibile di una duplice proiezione: una privata e personale; una pubblica e collettiva. La prima ci consente di definire la morale come l'insieme delle regole di condotta accettate dall'individuo per indirizzare il proprio comportamento, e dunque di identificarla come una realtà che non può essere imposta da alcuna autorità esteriore. La dimensione collettiva di morale, invece, designa ciò che è bene e ciò che è male in senso oggettivo; in questo senso la morale diviene un dato esterno, che può prescindere dalla sensibilità del singolo individuo e può ad essa contrapporsi. Nella visione più estrema può arrivare a coincidere con la stessa idea di ordine pubblico¹¹.

L'accostamento della dignità personale all'una o all'altra delle accezioni di morale comporta conseguenze diversissime e consente o meno di giustificare ingerenze esterne nella sfera di autonomia del singolo individuo. Ancora: consente di utilizzare il riferimento alla dignità personale come giustificazione di divieti di natura esclusivamente o prevalentemente paternalistica ovvero – al contrario – di rifiutare come inammissibile una siffatta prospettiva di intervento.

Diversamente posto, il problema si risolve nella alternativa tra il considerare la dignità personale un limite alla libertà di autodeterminazione dello stesso soggetto la cui dignità si assume come violata; ovvero individuarvi un elemento costitutivo e portante della stessa libertà: non c'è dignità senza libertà; non c'è rispetto della dignità in mancanza di rispetto della libertà dell'individuo.

Quest'ultima è l'accezione di dignità che viene certamente accolta dal modello interpretativo nord americano, che si incentra sul principio di autonomia individuale quale criterio dirimente il pluralismo di valori tipico della società moderna: *il right of privacy*. Tale prospettiva si palesa, in modo evidente, in riferimento all'ambito della bioetica; ma non solo. È, infatti, senz'altro vero che quando si affrontano le questioni inerenti ai “limiti morali del diritto penale”,

¹¹ Emblematica di questa trasposizione della dignità nella morale pubblica e poi nell'ordine pubblico la vicenda giudiziaria francese avente ad oggetto la pratica del “*Lancer de nains*”, su cui LEBRETON, *Ordre public, ordre moral e lancer de nain*, in *Recuell Dalloz*, 1996, 177; D. ROUSSEAU, *Le libertes individuelles et la dignité de la personneh humaine*, Paris 1998, 66 ss.; GIMENO-CABRE-RA, *Le tritement jurisprudentiel, du princip de dignité de la personne humaine*, Paris, 2004, 157. Analogamente il caso è stato risolto in Germania dai giudici amministrativi tedeschi che hanno negato l'autorizzazione allo spettacolo perchè in contrasto con il buon costume. Sulle vicende sia consentito anche il rinvio al nostro *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 249 ss.

alla laicità dell'ordinamento e dunque ai rapporti tra diritto, e soprattutto diritto penale, e morale, il settore che maggiormente si presenta arduo ed in riferimento al quale più controverse sono le posizioni, è quello della bioetica. Come è stato recentemente ricordato, in questo delicatissimo universo «il più grosso scoglio in cui si imbatte l'opzione criminalizzatrice è costituito, notoriamente, dalla difficoltà di individuare beni giuridici dal contenuto sempre afferrabile e dai contorni sempre ben profilati. È questo un terreno accidentato e scivoloso, nel quale la tante volte auspicata funzione critico-delimitativa della categoria del bene giuridico si espone a un concreto rischio di fallimento: ciò a causa del peso tendenzialmente preponderante delle pregiudiziali religiose, delle visioni morali e delle reazioni emozionali»¹². Avremo modo di verificarlo.

Ma l'ambito della bioetica non è il solo ad essere interessato da queste problematiche. Un'altro di quei settori in cui si manifesta in modo altamente problematico la conflittualità tra libertà individuale ed esigenza di tutela – ed in cui il riferimento alla dignità personale riemerge costante – è quello che interessa la “sfera sessuale” degli individui.

Non è un caso che la Suprema Corte ha da sempre identificato il nucleo duro del *right of privacy*, che si assume garantito dal XIV Emendamento, proprio nella libera espressione della sessualità. A partire da *Grinswold v. Connecticut* fino a *Roe v. Wade*, e oggi al recente *Laurence w. Texas*, le pronunce della Corte sempre più esplicitamente fanno riferimento alla libertà di autodeterminazione sessuale – e quindi allo stesso *right of privacy* – come aspetto centrale della dignità umana¹³. Ma anche di qua dall'oceano, la Corte di Strasburgo è giunta di recente a riconoscere la valenza della autonomia personale – di cui la libertà sessuale sarebbe parte integrante – pronunciandosi sulla illegittimità dell'ingerenza da parte dell'ordinamento – e segnatamente del diritto penale – rispetto a pratiche sadomasochistiche anche estreme, o comunque particolarmente cruente, se poste in essere in privato con il consenso della vittima¹⁴.

Spesso, tuttavia, come sopra ricordato, nella realtà europea, la dignità viene intesa come sinonimo di moralità pubblica, o addirittura di ordine pubblico,

¹² Così testualmente FIANDACA, *Nuovi orizzonti di tutela penale della persona*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di CANESTRARI, FOFFANI, Milano, 2005, 180.

¹³ BARSOTTI, *Privacy ed orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005. Per una ricostruzione delle questioni, MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da RODOTÀ, ZATTI, *Il Governo del corpo*, Tomo I, Milano, 2011, 890.

¹⁴ Sul punto ancora MARELLA, *Sesso, mercato*, cit., 890, cui si rinvia anche per i riferimenti di letteratura.

divenendo così limite alla stessa libertà di autodeterminazione del singolo con conseguenti rischi di deriva verso il paternalismo giuridico.

2.1. *La regolamentazione della prostituzione*

«In maniera crescente ci si rende conto che i diversi “mercati del sesso” richiedono forme di regolamentazione giuridica. La questione dunque non è se la sessualità possa formare oggetto di un contratto – in genere lo è – ma quali sono i vincoli posti all’autonomia contrattuale al fine di tutelare interessi di carattere generale. Fra questi rientrano ovviamente la pubblica decenza e la protezione dei minori, ma vi si aggiungono la salute individuale e collettiva, la quiete pubblica, le condizioni di lavoro, il contrasto alla criminalità organizzata»¹⁵.

Ma sempre più l’avversione verso la contrattualizzazione del sesso si fonda sul principio della tutela della dignità umana che sposterebbe le ragioni della “invalidità del contratto” dalla tutela di un interesse collettivo (la morale pubblica), alla tutela dello stesso soggetto dell’atto dispositivo. Ma se l’atto è posto in essere da soggetto adulto e consapevole, il divieto confligge con il generale principio di libertà, che consente di porre in essere tutti quegli atti che non arrecano danno ad altri ed assume la valenza di ingerenza paternalistica nell’autonomia del singolo. «E solo ricadendo sulla teoria del buon costume si riesce a giustificare il divieto di prestazioni sessuali non pericolose nè per chi le fornisce nè per chi le riceve»¹⁶.

In effetti, la condanna morale della prostituzione deriva principalmente dalla considerazione che la mercificazione del proprio corpo e della propria sessualità offenda la dignità della persona che si prostituisce. Il fatto che oggi, vale pena ribadirlo, la dignità abbia assunto sempre più un ruolo centrale anche quale principio giuridico, comporta che «lo scontro tra scambio sessuale e dignità umana» oggi si consumi, anche e soprattutto, sul piano del diritto, richiedendo per la sua soluzione un «impervio lavoro di misurazione, di distinguo, di bilanciamento, lungo un asse in cui le due polarità, libertà e dignità, si intrecciano in rapporti controversi e conflittuali»¹⁷.

Un rapido sguardo alle legislazioni europee in materia di prostituzione consente di evidenziare che, a prescindere dal modello di riferimento a cui si ispirano, le ragioni delle scelte di incriminazione sono legate – comunque – a con-

¹⁵ Così ZENO-ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in *Trattato di biodiritto*, cit., Tomo I, 878.

¹⁶ ID, *Approcci diversi*, cit., 880.

¹⁷ Così efficacemente MARELLA, *Sesso, mercato*, cit., 888

siderazioni di natura etica. Sia che si consideri il fenomeno della prostituzione come “immorale in sé”, e dunque per questo da vietare e da punire; sia che vi si individui una forma di sfruttamento della prostituta, vista quale soggetto debole, la cui dignità deve essere quindi protetta e difesa, le implicazioni alla base delle scelte di intervento sono evidentemente dominate da istanze di carattere ideologico-culturale che tendono ad identificare la prostituzione con l’idea della coercizione.

In particolare, gli schemi classici dei modelli di disciplina della prostituzione si possono, come noto, riassumere come segue: il proibizionismo criminalizza la prostituzione, tanto nella figura del cliente quanto in quella della prostituta, considerando la prostituzione un fatto immorale; il regolamentarismo, riconoscendo che la prostituzione è un male necessario, ne propone una regolamentazione e controllo giuridico; l’abolizionismo propone la completa decriminalizzazione della prostituzione e della prostituta in un’ottica di intervento teso alla protezione della dignità della donna.

Passando dall’astratto al concreto, l’esame delle opzioni normative esistenti, pur in linea di massima riconducibili ai modelli originari, presentano, come è ovvio, alcune sfumature nuove.

Di stampo sicuramente regolamentarista, le legislazioni di Olanda e Germania riconoscono oggi alla prostituzione lo *status* di rapporto di lavoro, mentre le legislazioni neo-proibizioniste di Danimarca e Svezia criminalizzano il cliente allo scopo di tutelare o meglio “salvare” la prostituta. Nello stesso senso, il regime francese inasprisce la risposta sanzionatoria per il cliente e vieta l’adesamento da parte della prostituta, nell’ottica di una disciplina della prostituzione che rifiuta l’idea della libera scelta e accoglie quella della coercizione e dunque della prostituta come vittima.

L’Italia, come noto, prevede numerose fattispecie penali di contrasto al fenomeno della prostituzione, tra cui l’induzione e il favoreggiamento della prostituzione, ma non considera reato il prostituirsi.

L’estrema varietà del quadro normativo europeo, in cui peraltro sembra prevalere una visione del fenomeno della mercificazione del sesso ancora connotata da condizionamenti ideologici e morali di stampo tradizionale, appare in linea, d’altra parte – sembra opportuno evidenziarlo – con l’approccio altalenante del diritto dell’Unione europea. Da un lato, infatti, a partire dal protocollo di Palermo fino alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta, emerge una politica di lotta alla prostituzione che si basa sull’idea della stessa come coercizione, tendenzialmente identificabile con la tratta; d’altro lato, la Corte di Giustizia ha invece individuato nella prostituzione – purché esercitata

in via autonoma dalla prostituta, sotto la propria responsabilità, in assenza di vincoli di subordinazione – una attività economica, all’esercizio della quale è finalizzato il riconoscimento della libertà di stabilimento all’interno dei confini dell’Unione, rimandando così all’immagine della prostituta come donna libera che per scelta dispone di sé¹⁸.

2.2. *La disciplina della pornografia infantile*

I delitti di pornografia infantile sono stati introdotti nel codice penale italiano dalla legge 269 del 3 agosto 1998 e poi modificati con la legge 6 febbraio 2006 n. 38 con la quale è stato aggiunto altresì l’art. 600 *quater* I, che punisce anche le condotte di produzione, messa in circolazione e detenzione di materiale pedo-pornografico virtuale¹⁹.

Oggi, dunque, vengono punite tutte le condotte di cui si compone la catena del mercato del materiale pornografico minorile, dalla diretta mercificazione del minore fino alla mera detenzione del materiale stesso.

L’attrito tra esigenze di libertà e necessità di tutela anche contro la volontà dell’interessato raggiunge un punto di massimo allarme nei reati di prostituzione e pornografia minorile, laddove non è richiesta la coercizione dell’altrui volontà o sfruttamento dell’altrui immaturità anche a titolo presuntivo: il fondamento della repressione risiede infatti su una valutazione legislativa in ordine alla loro dannosità per lo sviluppo della personalità dell’infradiciottenne, anche e a prescindere dal suo consenso.

Certo l’elevazione fino all’età di 18 anni di una tutela indisponibile rispetto ai fenomeni di prostituzione e pornografia si spiega con l’aumento delle fonti di pericolo che la società contemporanea crea nei confronti dei minori, per i quali, una rafforzata protezione si giustifica dunque senz’altro nell’ottica di un paternalismo debole²⁰.

Più problematica, invece, in questo ambito, appare la giustificazione della tutela se andiamo a considerare le fattispecie che puniscono la c.d. pornografia virtuale o le condotte di mera detenzione di materiale pornografico, in relazione alle quali la anticipazione della soglia di protezione rispetto al bene giuridi-

¹⁸ Corte di giustizia CE 20 novembre 2001, C-268-99, Jany ed altri, in *Quad cost.*, 2002, 398, con commento di LUCIANI.

¹⁹ Per un esame della disciplina si rinvia a DI GIOVINE, *Commento agli articoli da 600-bis a 600-septies del codice penale*, in *Codice penale*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007, 3592 ss.

²⁰ SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., Tomo I, 205.

co che si assume violato dalla pornografia minorile – cioè il corretto sviluppo psico-fisico della personalità del minore – si estremizza al punto da stridere con il canone della necessaria offensività.

Per quanto riguarda il delitto di cui all'art. 600 *quater*, il disvalore d'azione era, nella versione originaria, legato alla previsione che il materiale fosse ricavato dallo sfruttamento sessuale dei minori. La riforma ha eliminato tale riferimento rendendo assai più sfumato l'oggetto di tutela e accentuando così il carattere di delitto-ostacolo della fattispecie.

La difficoltà di trovare giustificazioni che oltrepassino valutazioni di carattere etico-morale o ideologico è ora davanti agli occhi di tutti²¹. E, come spesso accade in questi contesti, ancora una volta si è stati indotti a giocare la carta della tutela della dignità personale.

La protezione di tale interesse accomunerebbe tutti i reati di pornografia minorile inclusi, pertanto, anche i reati di pornografia virtuale. Anche l'immagine virtuale, infatti, potrebbe, secondo siffatta prospettiva, avere il medesimo impatto sul mercato della pedofilia e, soprattutto, sulla stimolazione di ulteriori scambi di materiale pedopornografico reale. In particolare, sarebbe opportuno distinguere tra la fase della preparazione e produzione delle immagini virtuali e quella di messa in commercio delle stesse. Una potenzialità offensiva sarebbe ravvisabile solo nella seconda condotta, poiché in grado di porre in pericolo la dignità del minore astrattamente inteso²². La tutela sarebbe così apprestata «alla salvaguardia delle condizioni fondamentali di riconoscimento e rispetto dei diritti dei fanciulli in tale ambito, oggetto di un autentico interesse collettivo allo sviluppo equilibrato delle prossime generazioni ed in definitiva della stessa società umana, affinché sia improntata a modelli di rapporti interpersonali non mercificati, in cui non sia negata la fondamentale dignità di persona di ogni fanciullo e lo stesso non sia rappresentato né ridotto a mero strumento di soddisfazione dei bisogni degli adulti»²³.

²¹ Tra gli altri, vedi le considerazioni di DEL SIGNORE, *I reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di BALBI, ESPOSITO, Torino, 2011, 29 ss.; ID, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte meramente offensive per la personalità dei minori?*, in *I delitti di pedopornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di BIANCHI, DEL SIGNORE, Padova, 2008, 82 ss.; DONINI, *Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 81 ss.; PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte prima)*, in *Studium iuris*, 2007, 10, 1073.

²² Critico su questa impostazione, DEL SIGNORE, *I reati*, cit., 55 ss.

²³ Così PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori*, cit., 1073 ss.

È evidente come il riferimento alla dignità umana utilizzato in questi termini, come prerogativa dell'umanità del suo complesso, che deve essere rispettata dal singolo ed il cui rispetto può essergli dunque imposto dall'esterno, si presta facilmente a giustificare operazioni neomoralizzatrici che potrebbero sacrificare le prerogative individuali. Inteso in questi termini inoltre, come è stato giustamente osservato, il bene giuridico diventa inafferrabile e perde la sua funzione selettiva sia in chiave negativa, sia in chiave positiva, sul piano dell'offensività ma anche della laicità. L'impiego di un tale riferimento rischia pertanto di risultare troppo vago e di essere utilizzato in situazioni applicative differenti e distanti tra loro: «una utilizzazione inflattiva, interessata a sfruttare opportunisticamente l'efficacia retorica di argomentazioni altrimenti deboli»²⁴.

3. *Diritto penale e bioetica*

Sotto il profilo dei rapporti tra diritto penale e morale si è assistito e continua ad assistersi ad un mutamento continuo di sensibilità, cosicché scompaiono dall'ambito della rilevanza penale reati contro la morale, un tempo puniti, e nuove forme di immoralità richiedono o sembrano richiedere una nuova tutela e, quindi, un intervento del diritto. «Territorio storico di confronto (peraltro estraneo da tempo all'orizzonte penalistico italiano) il problema dell'omosessualità. Terreni ancora attuali, molti problemi di bioetica, la pornografia, la prostituzione. I campi in discussione sono situati, per così dire, al confine dell'area presidiata dal criterio forte ed indiscusso di legittimazione dell'intervento penale, rappresentato dal principio del danno, alla Stuart Mill: riguardano fatti e comportamenti in cui l'applicabilità di quel principio è controversa, e anche, più raramente, comportamenti il cui disvalore si identificherebbe in definitiva con il puro asserito contrasto con valori etici»²⁵.

La bioetica è materia di non lontana formazione. Negli anni '60 si assiste alla coincidenza di due fattori fondamentali: uno straordinario sviluppo tecnologico e scientifico nel campo della medicina ed un altrettanto straordinario mutamento di natura culturale e giuridica. Si impone quindi la necessità di una riflessione nuova sulla vita e sulla morte ed in particolare sui concetti di sacralità e di qualità della vita, sui poteri del medico, sul ruolo della volontà del paziente e sul riconoscimento della autodeterminazione del soggetto.

²⁴ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 558.

²⁵ PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 55 ss.

La complessità delle questioni di bioetica, fisiologicamente portatrici di conflitti di interesse difficilmente risolvibili, spiegano in parte la originaria diffidenza del diritto rispetto a questo settore. Ma mutamenti culturali e sociali di grande spessore hanno portato ad un avvicinamento del mondo giuridico al mondo medico e bioetico²⁶.

Nuove forme di etica pubblica applicate alla tecnica e alla sperimentazione scientifica riguardanti la vita vengono così occupate dal diritto ed anche dal diritto penale. Si tratta di ambiti ad altissima rilevanza etica²⁷. Ambiti in cui il valore che viene generalmente evocato come oggetto di protezione, ancora una volta, è quello della dignità umana.

Alcune delle leggi su cui maggiormente si dibatte in ordine ai criteri di legittimazione di un eventuale intervento penale riguardano le questioni di inizio e fine vita nelle loro più molteplici manifestazioni. Vediamo alcuni esempi.

3.1. *La legge sulla procreazione medicalmente assistita*

Il pensiero corre immediato alla tanto tormentata disciplina normativa della procreazione medicalmente assistita, contenuta nella l. n. 40/2004. In particolare la regolamentazione che la legge dedica alla fecondazione c.d. eterologa – ma non solo – è emblematica dell'impostazione di fondo della legge stessa²⁸. L'art. 4, come noto, stabilisce il divieto assoluto di fare ricorso alle tecniche di procreazione di tipo eterologo; alla utilizzazione a fini procreativi di gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente consegue l'applicazione di una sanzione amministrativa la cui valenza punitiva è tale da aver fatto parlare di “frode delle etichette” messa a punto dal legislatore per applicare «un trattamento sanzionatorio terroristico in assenza delle garanzie proprie del sistema penale»²⁹. Il divieto, come noto, riguarda sia la donazione di sperma sia la donazione di oociti, senza alcuna distinzione tra fecondazione in vivo e fecondazione in vitro. Inoltre, secondo la regolamentazione italiana, chi pratica un trattamento di

²⁶ CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Trento 2006, 8 ss.

²⁷ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 18 ss.; FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit., 587; PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 55, ss.

²⁸ DOLCINI, *Il divieto di fecondazione assistita eterologa in attesa di giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 3, 353 ss. Sulle implicazioni paternalistiche e/o moralistiche della legge vedi anche CANESTRARI - FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 172 ss.; VALLINI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Leggi penale complementari*, a cura di PADOVANI, Milano, 2007, 586 ss.

²⁹ CANESTRARI, *Procreazione assistita, limiti e sanzioni*, in *Dir pen proc.*, 2004, 416; DOLCINI, *Il divieto*, cit.; DONINI, *Il volto attuale*, cit., 19.

procreazione medicalmente assistita eterologa a favore di una coppia coniugata o convivente commette un illecito più grave rispetto a chi pratica il medesimo trattamento a favore di una donna non coniugata né convivente con un partner di sesso maschile³⁰.

Viene a questo punto spontaneo chiedersi quale sia la *ratio* di questa diversità di trattamento e, più in generale, quale siano le ragioni sottese alla scelta di postulare un divieto assoluto di fecondazione eterologa, divieto assoluto che, tra l'altro, rende la scelta del legislatore italiano assolutamente isolata nel panorama, pur eterogeneo, delle legislazioni europee in materia.

Invano, è stato scritto, si andrebbe in cerca di un bene giuridico a presidio del quale siano apposte le sanzioni di cui all'art. 12. Le scelte del legislatore del 2004 sono state orientate in realtà solo da giudizi di valore radicati nella dottrina cattolica che considerano «gravemente disoneste» le pratiche di fecondazione eterologa in quanto tradiscono il diritto esclusivo degli sposi a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altro³¹. Queste considerazioni spiegano anche la maggiore gravità del fatto se commesso nei confronti di coppie ovvero di persone sole: nel primo caso la fecondazione assistita eterologa presenterebbe un maggior disvalore legato alla sua assimilabilità alle pratiche di adulterio³².

Fatte queste considerazioni, non si può non concludere nel senso che il divieto in parola costituisce una ingerenza nella libertà di scelta procreativa della coppia – e dell'individuo *tout court* – che viola il diritto alla libertà procreativa e che è volto ad imporre una visione morale del bene e del giusto, incompatibile con i connotati di laicità a cui il nostro ordinamento dovrebbe invece ispirarsi.

Oggi senza dubbio, infatti, la procreazione viene considerata un diritto o libertà della persona, cuore della stessa identità personale, segno essenziale di identificazione della dignità umana e della libera esplicazione della personalità. «Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è un pezzo importante di quel pieno sviluppo della persona che costituisce l'obbiettivo prioritario del progetto costituzionale di liberazione e promozione umana»³³.

³⁰ DOLCINI, *Il divieto* cit., 355; LOSAPPIO, *Commento alla legge 19 febbraio 2004, n.40. Norme in materia di procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penale complementari*, a cura di PALAZZO, PALIERO, 2007, 2059.

³¹ È quanto si legge, nel catechismo della Chiesa Cattolica, al n. 2376. Sul punto, DOLCINI *Il divieto* cit., 358.

³² DOLCINI, *Il divieto* cit., 355 ss.; LOSAPPIO, *Commento*, cit., *Nota introduttiva*, 2051.

³³ D'ALOIA-TORRETTA, *La procreazione come diritto della persona* in *Trattato di biodiritto*, cit., Tomo II, 1341.

È evidente come la libertà di procreare oggi necessiti di una ridefinizione che si impone a causa della evoluzione legata alle acquisizioni scientifiche. Essa non può non coinvolgere implicazioni di natura etico-sociale oltre che giuridica, richiedendo un bilanciamento tra le ragioni riposte nell'autodeterminazione del singolo e altri valori e interessi costituzionalmente protetti. Difficile, ancora una volta, ritrovare una soluzione convincente nel caso in questione: il diritto del nascituro a conoscere la propria identità genetica e la frustrazione che può derivare dal non condividere le origini biologiche del nucleo dei soggetti della sua famiglia – che vengono talora indicati come interessi meritevoli di tutela e dunque ragioni dei divieti in questione – sono prospettive alquanto vaghe e non sufficientemente supportate dai dati empirici. In quest'ottica si deve tener presente come la stessa evoluzione del diritto di famiglia vada nel senso di una concezione della genitorialità come stato che si fonda in modo determinante su contenuti affettivi e di responsabilità, e dunque nel senso di una valorizzazione della dimensione sociale nel rapporto genitori e figli che non può essere del tutto assorbita da quella biologica³⁴.

Considerazione che ancora di più avvalorata la tesi di una fortissima valenza etico-morale dei divieti contenuti nella disciplina in questione.

3.2. *Le problematiche eutanasiche nella cornice degli artt. 579 e 580 c.p.*

Ma terreno estremamente fertile per una verifica della tenuta del nostro ordinamento giuridico penale in ordine al rispetto del principio di laicità e del criterio forte ed indiscusso di legittimazione dell'intervento penale, rappresentato dal principio del danno ad altri, è senz'altro quello che concerne la disciplina delle scelte estreme di fine vita ed in generale delle pratiche della c.d. dolce morte.

Previsioni normative che negli ultimi anni sono state al centro di un vivace dibattito interpretativo, anche giurisprudenziale, sviluppatosi sulla scia della sempre maggiore attenzione che è stata rivolta alle questioni connesse al fenomeno eutanasia, sono senza dubbio quelle contenute negli articoli 579 e 580 del codice penale, dedicati, come noto, rispettivamente alle fattispecie di omicidio del consenziente e di istigazione e aiuto al suicidio. Stessa sorte è riservata nell'ambito del dibattito d'oltralpe al par. 216 del codice penale tedesco che viene annoverato tra i casi che costituiscono «un limite normativo all'efficacia

³⁴ D'ALOIA-TORRETTA, *La procreazione*, cit., 1356; MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.* 2004,460.

del consenso dell'avente diritto» e per questo oggetto di critiche da parte dei sostenitori di una visione neo liberale dello Stato e del diritto penale in genere³⁵.

Una rapida occhiata alla genesi normativa delle due fattispecie – la partecipazione al suicidio era già presente nel codice Zanardelli mentre la fattispecie dell'omicidio del consenziente venne introdotta per la prima volta con il codice Rocco – e del dibattito scientifico e politico che accompagnò per anni la scelta legislativa, rendono chiara quale fu la ragione giustificatrice della incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio e di omicidio con il consenso della vittima: il diritto alla vita non è rinunciabile e l'individuo non può disporne. La vita del singolo appartiene in realtà allo Stato ed è in funzione della conservazione dello Stato stesso che si tutela la vita a prescindere ed anche contro la volontà del suo titolare³⁶.

È evidente come la Costituzione repubblicana abbia rivoluzionato i termini dei rapporti tra Stato ed individuo. Non è più l'individuo che esiste per lo Stato ma quest'ultimo che esiste in funzione dell'individuo. La concezione personalistica che emerge nella nostra Costituzione – ma non solo in quanto prospettiva fatta propria dalla maggior parte delle Carte fondamentali europee – insieme con la concezione liberale e laica dello Stato che a quella si accompagna, pongono le basi per una ricostruzione in termini completamente diversi della chiave di legittimazione delle incriminazioni contenute negli artt. 579 e 580 minandone, al contempo, la valenza e la stessa solidità.

Inaccettabili, infatti, si presentano oggi tutte quelle opzioni interpretative che fanno leva sulla tutela della vita come bene in sé avulso dalla volontà del suo titolare, fondamento dell'esercizio degli altri diritti e dunque della stabilità e conservazione dello Stato. L'impronta pubblicistica che connota tutte le varie sfumature interpretative in questione, la netta prevalenza cioè attribuita agli interessi pubblici sulla libertà di autodeterminazione del singolo, non si concilia infatti con la centralità che siffatta libertà assume nella scala di valori costituzionali³⁷.

Ma difficilmente condivisibili, in quanto in contrasto con la visione laica dello Stato che emerge dalla nostra Carta Fondamentale – e da tutte le Costituzioni

³⁵ In particolare, STERNBERG-LIEBEN, *Die Objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tubingen, 1997, 103 ss. Per queste considerazioni sia consentito il rinvio al nostro *Principio di autodeterminazione*, cit., 131 ss.

³⁶ Più approfonditamente TORDINI CAGLI, *Istigazione e aiuto al suicidio. Omicidio del consenziente*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Le responsabilità in medicina*, a cura di BELVEDERE, RIONDATO, 1305 ss.

³⁷ Sulla rilevanza costituzionale della libertà di autodeterminazione si rinvia al nostro *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., *passim*.

degli ordinamenti contemporanei – sono anche quelle prospettive che si ispirano a giustificazioni di matrice paternalistica³⁸.

Anche in questo ambito le diramazioni sono molteplici; si passa infatti dal riferimento estremo alla necessità di tutelare la vita del soggetto anche contro la sua volontà, ad una linea più morbida che vorrebbe in qualche modo avvicinarsi ad una forma per così dire “debole” di paternalismo, ponendo a fondamento delle ipotesi in questione l’esigenza di proteggere l’individuo rispetto a decisioni autolesive non assennate o avventate. Su questa base si motiverebbe anche la diversità di disciplina tra le ipotesi di aiuto al suicidio e di omicidio del consenziente (estremizzata nell’ordinamento tedesco), in quanto nei casi di suicidio la ponderatezza della decisione sarebbe garantita dal naturale istinto alla autoconservazione che farebbe da “filtro” rispetto ad un atto avventato. Un siffatto filtro non sarebbe invece configurabile in capo al soggetto terzo che agisse con il consenso dell’interessato³⁹.

La valorizzazione del rischio di una carenza di idonea maturazione della decisione di morire, come fondamento della criminalizzazione delle condotte di omicidio del consenziente, si è coniugato talora con la individuazione di un bene giuridico diverso rispetto alla vita, riscontrabile “nell’interesse sociale alla chiarezza delle decisioni” in relazione al quale la fattispecie risulterebbe trasformata in fattispecie di pericolo astratto. Questo, tuttavia, comporterebbe, da un lato, il rischio di annullare la efficacia di una decisione libera e responsabile, in contrasto sia con i requisiti di fattispecie legati all’accertamento della genuinità del consenso (o della richiesta per quanto riguarda la norma del codice tedesco), sia con una concezione della persona in linea di principio autoresponsabile e capace di decidere di se stessa, emergente dalla costituzione⁴⁰. Paternalismo forte mascherato, dunque.

Ma il fondamento paternalistico – e quindi il contrasto con la laicità dello Stato e dell’ordinamento – che è alla base delle previsioni normative di cui sopra, si manifesta ancora più chiaramente quando si prendono in considerazione quelle prospettive interpretative che ricollegano le ragioni di tali incriminazioni alla dignità personale, come bene di rilevanza costituzionale prevalente rispetto alla libertà di autodeterminazione del singolo. Ritorna l’idea della dignità umana come *deus ex machina* di tutte le situazioni di difficile soluzione e lo sfrutta-

³⁸ GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 122 ss.

³⁹ JAKOBS, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München, 1998, 21.

⁴⁰ MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin Heidelberg, 2005, 215 ss.

mento di un concetto multiforme per le finalità più diverse: come baluardo di un ordinamento autoritario e paternalistico che impone coattivamente la morale dominante o, al contrario, come espressione di un ordinamento laico che non concepisce come possibile una lesione della dignità in presenza di un atto di libertà.

L'espressione "diritto di morire con dignità" è molto usata nell'attuale dibattito in ordine alla liceità morale e giuridica delle varie forme di eutanasia. Ma ancora una volta un tale riferimento non ha alcuna efficacia dirimente, come appare chiaramente dal fatto che l'appello al diritto di morire con dignità viene utilizzato sia per sollecitare una apertura nel senso di una liberalizzazione delle pratiche di fine vita, sia per esprimere nei confronti dell'eutanasia in genere il massimo sdegno.

In effetti, talora la nozione di dignità è legata indissolubilmente ad una interpretazione della vita come bene e realtà trascendente rispetto al singolo individuo, ed i due valori – dignità e vita – sono pertanto accomunati da una connotazione di indisponibilità assoluta. Qualora, invece la dignità personale venga intesa come specchio di una morale individuale o critica – e l'eutanasia consensuale una condizione per il rispetto della stessa dignità – la richiesta di aiuto ad una morte consentita o una richiesta di eutanasia attiva resta l'ultimo spazio di libertà cui ha diritto l'uomo. Secondo tale prospettiva, intendere la dignità umana come concetto superindividuale significa «derubare l'individuo della propria libertà di decidere della propria esistenza e sottoporlo ad una razionalità estranea, consegnandolo così ad una disponibilità altrui»⁴¹.

Sul piano normativo, purtroppo, pur in un ambito europeo che sempre più sembra aprirsi alla valorizzazione di una libertà di scelta del singolo in riferimento anche ai momenti estremi della propria esistenza – oltre all'Olanda e al Belgio, di recente anche il Lussemburgo si è dotato di una disciplina che rende lecita l'eutanasia nel rispetto di una rigorosa procedura e la Germania ha nel 2009 approvato una legge sulle direttive anticipate – in Italia assistiamo invece ancora una volta ad una progressiva riduzione degli spazi di autonomia. Emblematico in questo senso il disegno di legge sul testamento biologico in attesa di essere discusso in Senato, che si apre, all'art 1, con la seguente dichiarazione programmatica: «la presente legge riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile ed indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere», e che

⁴¹ NEUMANN, *Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde zu Beginn und am Ende des Lebes*, in PRITTWITZ, MANOLAKIS (Hrsg.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden Baden, 1998, 58.

prosegue negli articoli successivi vietando ogni forma di eutanasia e ogni forma di assistenza o aiuto al suicidio ed escludendo, altresì, che possano formare oggetto di direttive anticipate l'alimentazione e l'idratazione artificiale⁴².

4. *I limiti al potere dispositivo dell'integrità personale.*

La tutela dell'individuo da se stesso in alcune recenti scelte legislative

Nella nostra Costituzione – è dato a tutti noto – non esiste una specifica norma destinata a disciplinare la materia degli atti di disposizione del corpo, ma su questo tema confluiscono una serie di principi ricavabili dalla interpretazione sistematica di numerose disposizioni costituzionali. Ci si riferisce in particolare agli artt. 2, 3, 13, 32 Cost., che, nel loro complesso, delineano l'approccio personalista che caratterizza il nostro ordinamento costituzionale. I costituenti, stravolgendo la visione precedente secondo la quale gli interessi della persona erano funzionali agli interessi dello Stato e solo in funzione di quelli valorizzati e garantiti, hanno voluto delineare un progetto di società e di Stato imperniato sulla persona umana concretamente considerata, in cui fosse la persona concreta – ed i suoi diritti – ad avere la precedenza sullo Stato⁴³. Ma il principio personalista interagisce con un altro fondamentale valore emergente dalla lettura della Costituzione: il principio pluralista. Il pluralismo, nelle sue molteplici sfaccettature, valorizza ed amplifica il personalismo e la persona umana e si pone come funzionale «all'obbiettivo della massima estensione possibile della sfera di autodeterminazione degli individui»⁴⁴.

L'avvento della Costituzione, dunque, ha portato ad un radicale mutamento di prospettiva per quanto riguarda il rapporto della persona con il proprio corpo. Non più concepibile nei termini di una indisponibilità quale regola, ma nel senso di una libertà del singolo di decidere ed autodeterminarsi⁴⁵.

Indifferente rispetto a tale ribaltamento di prospettiva, la maggior parte della

⁴² TORDINI CAGLI, *Dignità personale e diritto alla propria morte*, in *Laicità valori e diritto penale*, cit., 124; vedi altresì in senso critico, ZATTI, *Le disposizioni del paziente: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, II 313

⁴³ OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1988, 34 ss.

⁴⁴ RIMOLI, *Laicità* (dir.cost.), in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, Roma, 1995, 3 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Il Governo del corpo*, I, 144 ss.

⁴⁵ Per tutti, ROMBOLI, *Art. 5 c.c.*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988.

dottrina penalistica continua a considerare l'art. 5 del codice civile un principio generale dell'ordinamento, di centrale rilievo anche per quanto concerne la delimitazione dell'ambito di applicabilità dell'art. 50 del codice penale e, in spregio alla gerarchia delle fonti, di valenza quasi costituzionale⁴⁶. Ed anche il legislatore italiano continua ad operare -indifferente ai valori del personalismo e del pluralismo – sul presupposto che l'indisponibilità del proprio corpo sia la regola e non l'eccezione.

4.1. *Le mutilazioni genitali femminili*

Con la legge 9 gennaio 2006 n.7 sono stati introdotti nel codice penale gli artt. 583 *bis* e il 583 *ter* che attribuiscono espresso rilievo penale alle varie condotte di mutilazioni genitali femminili, inasprendo notevolmente il trattamento sanzionatorio che alle medesime condotte sarebbe stato riservato con l'applicazione delle ordinarie fattispecie, dedicate alla disciplina delle lesioni volontarie gravi o gravissime⁴⁷. Un ulteriore aggravamento delle conseguenze sanzionatorie si è poi avuto con la estensione agli artt. 583 *bis* e 583 *ter* delle circostanze aggravanti previste dall'art. 585 c.p. voluta dal legislatore con la l. 17 luglio 2009 n. 94. Le ragioni sottese ad un tale intervento legislativo, in un ordinamento come quello italiano, che già prevedeva la fattispecie di lesioni volontarie, sono da un lato, legate all'esigenza di sottolineare il particolare disvalore sotteso a queste pratiche, di assicurare una maggior certezza al divieto, e di evitare la possibilità di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti, come avviene invece per le lesioni gravi o gravissime, considerate circostanze in senso proprio. Al di là, tuttavia, di specifiche motivazioni più o meno condivisibili, non si può non disconoscere che l'introduzione delle fattispecie in questione è il portato di una visione assimilazionista nei confronti delle culture degli altri, che non si limita a negare ogni rilevanza all'elemento culturale, ma anzi lo considera un dato da disprezzare e penalizzare, nell'ottica di un predominio imposto della cultura maggioritaria del paese ospitante⁴⁸.

⁴⁶ Per queste considerazioni, si rinvia al nostro *Principio di autodeterminazione*, cit., 226 ss.

⁴⁷ Su cui si rinvia a BASILE, *La nuova incriminazione della "pratiche di mutilazioni degli organi genitali femminili" (art. 583-bis c.p.)*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 948

⁴⁸ DE MAGLIE, *Multiculturalismo*, in *Dizionari sistematici del sole 24 ore, Diritto penale*, a cura di GIUNTA, Milano, 2008, 903; sulla tematica in genere si rinvia a BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

A conferma dell'indifferenza per la complessità delle ragioni culturali che sono alla base delle pratiche di mutilazioni genitali è la mancanza di una causa di non punibilità incentrata sul consenso della donna adulta, che volontariamente e liberamente decida di sottoporvisi. Anzi, nel progetto originario era addirittura espressamente prevista l'irrilevanza del consenso ai fini della punibilità, coerentemente con quanto previsto dalla risoluzione 2035/2001 del Parlamento europeo, che, al punto 11, invitava gli stati membri a configurare «qualsiasi mutilazione genitale femminile come reato indipendentemente dal fatto che sia stato o meno concesso il consenso da parte della donna interessata». La soppressione della precisazione è stata motivata unicamente dalla convinzione che, in ogni caso, l'art. 50 c.p. sarebbe stato da considerarsi inapplicabile data la assunta indisponibilità dei beni in gioco, integrità fisica o dignità personale.

La irrilevanza del consenso ai fini della configurabilità della fattispecie si basa su una convinzione diffusa, secondo la quale la mutilazione genitale è da considerarsi un atto di coercizione e di controllo, incompatibile con qualsiasi forma di accettazione volontaria da parte della vittima. Seppure, tuttavia, non si può disconoscere la frequente ed incisiva rilevanza condizionante la libertà di scelta della donna, esercitata dal gruppo di appartenenza, non è neppure corretto escludere in via di presunzione *iuris et de iure* la possibilità che l'atto della donna adulta, che si sottoponga alla pratica rituale, sia manifestazione di una genuina autodeterminazione libera e consapevole.

Rispetto a condotte di mutilazioni praticate su soggetti adulti realmente consenzienti, infatti, un ordinamento laico e rispettoso del pluralismo e delle libertà individuali dovrebbe riconoscere la valenza del principio di autodeterminazione, quando la scelta anche se non condivisa dalla opinione della maggioranza, abbia ripercussioni nella sua esclusiva sfera di appartenenza. Diversamente, si assiste ad una ingerenza nella sua sfera di libertà, manifestazione di un autoritarismo paternalistico, che non può che confermare la «constatazione che uno degli aspetti più significativi della società contemporanea è offerto da queste tendenze verso forme di autoritarismo ove il singolo è considerato come bisognoso più di tutela che di libertà»⁴⁹.

⁴⁹ Così SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, Tomo I, 207.

4.2. *La normativa sul doping*

Sull'onda emotiva suscitata dalle sempre più diffuse notizie e scandalizzanti denunce in relazione al fenomeno doping nell'ambiente del calcio italiano ma ancor più probabilmente dalla triste vicenda che ha interessato il noto campione del ciclismo, Marco Pantani, è stata emanata in Italia la legge 14 dicembre 2000, n. 376 (Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping) che ha optato per una disciplina di estremo rigore facendo ricorso alla sanzione penale per punire numerose condotte riconducibili sia all'ambito del c.d. eterodoping sia a quello del c.d. autodoping⁵⁰.

La legge, infatti, che a dimostrazione della valenza strettamente simbolica che la sottende, si apre con un preambolo che indica all'interprete l'obbiettivo di tutela perseguito dal legislatore, punisce all'art. 9 con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, le condotte di procacciamento, somministrazione, favoreggiamento all'impiego di sostanze dopanti e di assunzione delle stesse, nonché le condotte di adozione di pratiche mediche vietate, e sottoposizione alle stesse, se finalizzate all'alterazione delle prestazioni agonistiche o alla modifica dei risultati dei controlli sul ricorso ai farmaci, sostanze o pratiche vietati.

Secondo la dichiarazione di intenti contenuta nell'art. 1 della legge, l'obbiettivo di tutela della legge in questione sarebbe duplice: promuovere la salute individuale e collettiva degli sportivi e assicurare il rispetto dei principi etici e dei valori educativi cui si informa la pratica agonistica.

Ma se una lettura coerente con questa linea interpretativa può risultare accettabile per le condotte c.d. di eterodoping, notevoli perplessità si pongono nel momento in cui si vuole individuare la *ratio* di tutela che è alla base della criminalizzazione delle condotte di assunzione volontaria di sostanze così come di sottoposizione volontaria alle pratiche vietate. La legittimazione di siffatte incriminazioni, infatti, sarebbe sostenibile solo nella misura in cui fosse dimostrabile che la finalità ad esse sottesa non coincida con la tutela dello sportivo "da se stesso", in un'ottica di promozione del suo diritto salute a tutti i costi, contro o a prescindere dalla sua libera scelta o, peggio ancora, di una moralizzazione coattiva e di tutela di valori etici *tout court*.

D'altra parte, invece, trovare un bene giuridico di riferimento che consen-

⁵⁰ Sulla disciplina del doping, cfr. S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006; ID, *Il doping*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., *Il Governo del corpo*, Tomo I, 621 ss.; FORNARI, *Frode sportiva e doping*, in *Dizionari sistematici*, cit., 771 ss.; VALLINI, *Commento alla l. 14.12.2000*, in *Leg. pen.*, 2001, 643.

ta di giustificare la scelta di criminalizzazione di siffatte condotte nell'ottica di un "danno ad altri" o comunque di una dannosità sociale sufficientemente determinata sembra assai complesso. Difficilmente, infatti, il riferimento al "rispetto dei principi etici e dei valori educativi" citato nel preambolo della legge, potrebbe essere la soluzione adeguata, vista la estrema volatilità dei concetti, incompatibile con l'idea del reato come fatto offensivo di beni giuridici; comunque non condivisibile ci sembra il tentativo di trasformare l'interesse alla correttezza delle competizioni sportive in interesse di natura patrimoniale, che, in ogni caso, difficilmente potrebbe assurgere a limite legittimo della libertà di autodeterminazione dell'individuo, sia che essa si manifesti nella assunzione volontaria di sostanze, sia che si manifesti attraverso la prestazione di un consenso alla somministrazione⁵¹.

Uno Stato laico non è legittimato ad intervenire penalmente per vietare condotte libere e volontarie di assunzione di sostanze dopanti. La prospettiva paternalistica, se non addirittura moralistica, appare in questo contesto evidente e sarebbe ammissibile solo in presenza di un accertata mancanza di libertà del volere da parte dell'atleta. Questione, quella dell'accertamento della libertà di scelta, che diventa ancora una volta chiave nevralgica della questione .

4.3. *La disciplina legislativa in materia di stupefacenti*

«Le leggi penali che puniscono l'utilizzo di determinate droghe forniscono un test ideale della teoria liberale del diritto sostenuta da Joel Feinberg»⁵². La discussione sulla legittimità, oltre che sulla efficacia, di una scelta normativa nel senso della criminalizzazione del consumo degli stupefacenti, con particolare riguardo alla sottoposizione a sanzione penale del tossicodipendente o, comunque, dell'assuntore della sostanza, rappresenta, in effetti, una delle questioni più significative dibattute negli stati moderni e liberali.

La difficoltà di una soluzione convincente è senz'altro legata alla mancanza di indicazioni sulle strategie di contenimento del fenomeno droga che siano realmente efficaci, ma anche all'inevitabile interferenza in questa materia di pregiudiziali ideologiche e culturali. La evoluzione della disciplina normativa della materia in Italia è, come noto, connotata da soluzioni alquanto diversificate, per cui nel corso del tempo – ferma restando la incriminazione delle condotte

⁵¹ Per questa prospettiva ed in generale per un esame della normativa, si rinvia a S. BONINI, *Il doping*, in *Trattato di Biodiritto*, cit., 621 ss.

⁵² HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale" di Joel Feinberg*, in *Laicità valori e diritto penale*, cit., 3 ss.

di spaccio – le opzioni di politica criminale hanno ondeggiato tra la considerazione dell'assuntore come delinquente da punire ovvero malato da curare. La attuale disciplina si deve alla legge 49 del 2006 che mantiene la linea adottata dalla precedente normativa in ordine alla separazione tra rilevanza penale della detenzione a fine di spaccio e rilevanza amministrativa della detenzione per uso personale, pur con una notevole accentuazione del rigore repressivo⁵³.

In particolare va rilevato un notevole inasprimento delle sanzioni amministrative, già previste dalla legislazione precedente, a cui si è aggiunto l'inserimento di ulteriori misure sanzionatorie che, seppure riconducibili all'alveo delle sanzioni amministrative, tuttavia presentano una capacità afflittiva di diritti fondamentali tale da renderle, nella sostanza, intrinsecamente penali.

La maggior parte delle sanzioni, infatti, sia quelle già previste dalla precedente normativa, sia quelle introdotte con la legge del 2006 vanno ad incidere in modo particolarmente gravoso e penetrante sulla libertà personale e di movimento del soggetto, ponendosi così in contrasto con quell'elemento discrezionale inderogabile tra sanzione penale e sanzione amministrativa che già Bricola individuava nella «necessità che le sanzioni sul piano amministrativo rimangano circoscritte all'ambito pecuniario o interdittivo, e non si estendano al settore della restrizioni della libertà personale o di diritti in cui quest'ultima si estrinseca»⁵⁴.

Un atteggiamento conforme ad una impostazione laica dovrebbe valutare se nel consumo, o comunque nella detenzione di droga per uso esclusivamente personale, debba riscontrarsi una manifestazione della propria libertà di azione, che esaurisca i propri effetti nella sfera di autonomia del soggetto titolare ovvero un comportamento in qualche modo *others regarding* la cui sanzionabilità possa essere legittimamente motivata sulla base del riscontro di un *harms to others*, su di una potenzialità offensiva nei confronti di beni che abbiamo un rilievo direttamente o indirettamente costituzionale⁵⁵. Il richiamo più frequente è alla salute pubblica, alla sicurezza pubblica ed alla pace sociale. La questione si pone in termini ancora più problematici in riferimento alle droghe leggere, per l'assenza

⁵³ Sulle questioni poste dalla disciplina, vedi tra gli altri, EUSEBI, *L'assunzione di stupefacenti non è un diritto, ma il tossicodipendente non è un nemico*, in *Leg. pen.*, 2007, 483 ss.; MANES, *La riforma della disciplina penale in materia di stupefacenti*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA, Padova, 2006, 95 ss.; RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge stupefacente in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 234 ss.

⁵⁴ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI, MELCHIONDA, Milano, vol. I, tomo II, 1540.

⁵⁵ Per queste considerazioni si rinvia anche al nostro *Principio di autodeterminazione*, cit., 122 ss.

di dati empirici sufficientemente univoci in ordine alla frequenza del passaggio dal consumo di droghe leggere al consumo di droghe pesanti.

Certo una equiparazione di tutte le situazioni nel senso di una criminalizzazione generalizzata sull'assunto presuntivo della pericolosità delle condotte di consumo o detenzione per uso personale rispetto a beni giuridici quali la salute pubblica o la sicurezza pubblica non è politica condivisibile. Essa rivela un «modello di penalità eticizzante e pedagogica che persegue l'obbiettivo di una penalizzazione diffusa, secondo paradigmi che coinvolgono stili di vita e la mancata condivisione dei valori sociali»⁵⁶.

Si impone invece una valutazione differenziata delle situazioni che tengano conto delle numerosissime variabili che in questa materia giocano un ruolo fondamentale nella adozione dei criteri di legittimazione dell'intervento punitivo, cosicché «il viaggiatore inesperto che dovesse addentrarsi per le strette strade della cittadella costruita dal legislatore del 2006» non dovrebbe più imbattersi «in padri autoritari che utilizzano severe punizioni per guidare e controllare i comportamenti dei loro figli ribelli»⁵⁷.

⁵⁶ CIRILLO, *La disciplina penale degli stupefacenti. La realtà normativa*, in *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 177

⁵⁷ Prendendo in prestito una efficace metafora da A. ESPOSITO, *La disciplina penale degli stupefacenti*, *ivi*, 173

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