



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca

«Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali»

Di. Gi. - Dipartimento di Giurisprudenza
Diritto penale - IUS/17

**I PRINCIPI DI AUTODETERMINAZIONE E
DI AUTORESPONSABILITÀ
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.
IL RUOLO DEL CONSENSO DELL'AVENTE
DIRITTO**

IL DOTTORE
ANTONINO PORRETTO

IL COORDINATORE
**CH.MO PROF.
GIUSEPPE DI CHIARA**

IL TUTOR
**CH.MO PROF.
VINCENZO MILITELLO**

CICLO XXXV

A mia madre

Indice

Capitolo I

Origine del principio di autodeterminazione: rapporto col diritto penale liberale e influenza del paternalismo

| | |
|--|----|
| 1. Introduzione..... | 7 |
| 2. Radici storiche del principio di autodeterminazione: origine nella tradizione romanistica..... | 10 |
| 2.1 Le concezioni preilluministiche..... | 14 |
| 2.2 Le concezioni illuministiche: l'avvento del diritto penale liberale..... | 16 |
| 2.3 Spunti dal diritto civile..... | 20 |
| 3. Affermazione della concezione liberale del diritto penale..... | 21 |
| 4. L'importanza della c.d. vittimologia: risvolti applicativi..... | 23 |
| 5. Il paternalismo..... | 27 |
| 5.1 I rapporti tra paternalismo e moralismo..... | 30 |
| 5.2 Le diverse manifestazioni del paternalismo..... | 35 |
| 5.2.1 Il paternalismo forte o dispotico..... | 36 |
| 5.2.2 Il paternalismo debole o tutorio..... | 38 |
| 5.3 La distinzione tra il paternalismo puro o diretto e il paternalismo impuro o indiretto..... | 44 |
| 5.4 Riflessioni sull'impostazione paternalistica..... | 49 |
| 6. Il principio di autodeterminazione quale fondamento del principio di autoresponsabilità: inquadramento concettuale..... | 52 |

Capitolo II

Il principio di autodeterminazione nell'ordinamento italiano

| | |
|---|-----|
| 1. La rilevanza dell'autodeterminazione nell'ordinamento italiano..... | 58 |
| 1.1 La concreta operatività del paternalismo tutorio nell'ordinamento italiano..... | 65 |
| 2. L'approccio della giurisprudenza italiana..... | 70 |
| 3. L'approccio della dottrina italiana..... | 79 |
| 4. Le differenti vie percorse per attribuire rilevanza al principio di autoresponsabilità..... | 83 |
| 4.1 La teoria del rischio..... | 86 |
| 4.2 La teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento..... | 93 |
| 4.2.1 L'esempio pratico di applicazione della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento: le condotte autodirette ed eterodirette..... | 99 |
| 4.3 L'autoresponsabilità sul piano della responsabilità colposa..... | 101 |
| 4.4 La valorizzazione del principio di affidamento..... | 114 |
| 4.5 L'autoresponsabilità e l'istituto del consenso dell'avente diritto (Rinvio)..... | 123 |
| 4.6 L'autoresponsabilità attraverso i principi generali e i rapporti tra etica e diritto..... | 123 |
| 4.7 La rilevanza dell'autoresponsabilità sul piano della commisurazione e dell'applicazione della pena..... | 124 |
| 5. I principi di autodeterminazione e di autoresponsabilità nell'ordinamento tedesco..... | 126 |
| 6. L'approccio dell'ordinamento austriaco..... | 136 |
| 7. Il principio di autodeterminazione in Spagna..... | 137 |
| 8. Il principio di autodeterminazione negli Stati Uniti d'America..... | 141 |

Capitolo III

Il consenso dell'avente diritto

| | |
|---|-----|
| 1. La rilevanza del consenso dell'avente diritto..... | 143 |
| 1.1 L'influenza della teoria del bene giuridico sul consenso dell'avente diritto..... | 153 |
| 2. <i>Ratio</i> del consenso dell'avente diritto..... | 156 |
| 3. La rilevanza del consenso nella Costituzione italiana..... | 157 |
| 4. L'art. 50 cod. pen.: la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto..... | 160 |
| 5. Il fondamento giuridico del consenso scriminante..... | 162 |
| 6. La qualificazione tecnica del consenso dell'avente diritto e la sua revocabilità..... | 170 |
| 6.1 Il c.d. caso Muccioli..... | 172 |
| 7. I requisiti di validità del consenso..... | 173 |
| 8. I limiti del consenso scriminante..... | 175 |
| 8.1 Il limite soggettivo: la capacità del soggetto consenziente..... | 176 |
| 8.2 Il limite oggettivo: la disponibilità del bene..... | 177 |
| 8.2.1 La disponibilità della dignità personale..... | 185 |
| 9. L'efficacia del consenso nei reati colposi..... | 186 |
| 9.1 L'oggetto del consenso nei reati colposi..... | 196 |

Capitolo IV

La rilevanza del consenso con riguardo ai beni dell'integrità fisica e della vita

| | |
|--|-----|
| 1. Introduzione..... | 199 |
| 2. La rilevanza del consenso con riguardo alla integrità fisica..... | 200 |
| 2.1 La disponibilità del bene dell'integrità fisica..... | 200 |
| 2.2 L'incidenza del consenso con riguardo al trattamento medico-sanitario..... | 205 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 2.2.1 | Il trattamento medico arbitrario..... | 208 |
| 2.2.2 | Il trattamento medico nonostante il dissenso del paziente..... | 211 |
| 2.2.3 | L'importanza del momento di manifestazione del rifiuto alle cure: il dissenso preventivo o attuale..... | 213 |
| 3. | La rilevanza del consenso con riguardo al bene della vita..... | 217 |
| | Conclusioni..... | 228 |
| | <i>Bibliografia</i> | 231 |

Capitolo I

Origine del principio di autodeterminazione: rapporto col diritto penale liberale e influenza del paternalismo

1. Introduzione

Il principio di autodeterminazione è posto a fondamento del diritto di ciascuno a decidere sugli aspetti personali della propria esistenza senza subire interferenze da parte di soggetti terzi¹.

La sua applicazione produce rilevanti conseguenze non solo nel campo del diritto penale, ma sull'intero ordinamento giuridico. La sua generale affermazione, peraltro, è stata oggetto di numerosi impulsi di matrice sovranazionale.

Tuttavia, nonostante la sua crescente valorizzazione, la reale e concreta portata del principio di autodeterminazione risulta oggetto di un ampio dibattito. Invero, ci si interroga se possa considerarsi esistente un generale diritto all'autodeterminazione o se, invece, esistano diversi singoli diritti di libertà (ad esempio, il diritto di curarsi o di disporre della propria persona) che trovano nell'autodeterminazione una loro componente o formula riassuntiva.

Inoltre, si discute ampiamente sui limiti che il principio in commento incontra nella sua applicazione all'interno di un ordinamento giuridico. Invero, ci si domanda se ad esso debba accordarsi una tutela incondizionata, dando così prevalenza assoluta all'autodeterminazione dell'individuo, o se, diversamente, si debbano individuare concretamente dei limiti all'autodeterminazione in considerazione del diritto che viene in gioco. In

¹ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Torino, 2019, p. 545.

altri termini, ci si chiede se si tratti di un diritto da riconoscere e tutelare a prescindere dal suo concreto contenuto oppure se sia necessario un sindacato di meritevolezza sulla base del quale ritenere lecite certe decisioni (ad esempio, il rifiuto alle cure) e illecite altre (ad esempio, la vendita dei propri organi).

Ferme tali considerazioni generali, con particolare riguardo all'applicazione del principio in commento nel campo del diritto penale, si discute sulla rilevanza da attribuire all'autodeterminazione della vittima del reato tenendo conto della natura di certi beni, tradizionalmente ritenuti indisponibili, come la vita e l'integrità fisica. Più in generale, si fa riferimento a quelle ipotesi in cui il singolo decida di esporre i propri beni ad eventi lesivi più gravi di quelli ammessi dall'ordinamento, andando pertanto oltre la possibile disponibilità del bene stesso. In altri termini, ci si domanda se il principio di autodeterminazione possa rendere penalmente irrilevanti condotte lesive che superino i limiti della disponibilità del bene leso.

In via di estrema sintesi, pertanto, si tratta di analizzare il rapporto tra l'interesse pubblico alla tutela oggettiva di certi beni, senza tener conto della volontà del loro titolare, e l'interesse privato ad adottare scelte personalissime, non di rado riguardanti i più profondi aspetti della propria sfera individuale².

Tale analisi deve valutare la circostanza per cui il principio di autodeterminazione ha una capacità incisiva dell'ordinamento penale distinta a seconda del tipo di ispirazione che viene posta a fondamento delle disposizioni generali e speciali della materia. In altri termini, i confini propri del principio di autodeterminazione sono determinati in base alla ideologia ispiratrice dell'ordinamento giuridico in cui viene applicato.

Pertanto, una compiuta analisi sulla incisività di tale principio non può prescindere da alcune considerazioni giusfilosofiche, riguardanti l'ispirazione

² R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 546.

liberale dell'ordinamento penale italiano e l'influenza dell'impostazione paternalistica sull'assetto complessivo del sistema.

In proposito, giova sin da subito rilevare che l'ispirazione fondamentale degli ordinamenti penali moderni ha una chiara impronta liberale, da cui deriva la centralità dell'autonomia del singolo individuo, il quale, quantomeno sul piano generale, non può pertanto essere costretto a compiere determinati comportamenti. L'assetto così delineato appare espressione di un riconoscimento generale della validità del principio di autodeterminazione, ritenuto uno dei diritti principali dell'individuo.

Tali argomentazioni, inoltre, risultano valide anche con riguardo al codice penale italiano. Questo *corpus* normativo fu approvato in un periodo storico in cui ad assumere rilevanza centrale non era la tutela del singolo individuo, ma al centro dell'ordinamento era posta la tutela della società nel suo complesso, attorno alla quale ruotava l'esistenza di tutti gli interessi individuali, tutelati solo laddove fossero funzionali allo sviluppo e alla difesa della patria.

Tuttavia, con l'avvento della Costituzione si è imposta una nuova interpretazione, tanto da poter affermare che il diritto penale vigente ha una chiara impronta liberale, ponendo al centro della sua disciplina e quale suo pilastro portante la tutela dei diritti fondamentali del singolo, tra cui, ovviamente, è da ricomprendere la sua autonomia.

In via preliminare allo sviluppo della trattazione, si reputa opportuno evidenziare sin da subito la stretta connessione intercorrente tra il principio di autodeterminazione e il principio di autoresponsabilità. Invero, può ragionevolmente affermarsi che quest'ultimo principio non può operare laddove la scelta comportamentale della vittima del reato non risulti espressione della sua volontà libera e consapevole, quindi della sua corretta autodeterminazione. Tale circostanza, al netto delle rispettive peculiarità,

induce ad utilizzare il riferimento ai due principi in chiave quasi equipollente³.

2. Radici storiche del principio di autodeterminazione: origine nella tradizione romanistica

Ferme tali premesse, al fine di valutare l'incidenza del principio di autodeterminazione nell'ordinamento italiano, appare necessario tracciare il quadro dei fondamenti che storicamente sono stati posti alla base del suo riconoscimento e della sua operatività, valutandone la diversa rilevanza a seconda dell'impostazione ordinamentale seguita nel tempo.

Preliminarmente, deve evidenziarsi che il principio in commento trova le sue origini nella tradizione romanistica. Invero, prendendo spunto dalla dottrina civilistica, l'autodeterminazione può dirsi fondata sul concetto di «compensazione di colpe»⁴ così come teorizzato nel libro XVI del *Digesto*⁵, nei libri *ad edictum*. In particolare, si fa riferimento alla *compensatio negligentiae facta* che si «sarebbe verificata nel caso in cui, all'interno di una società, uno dei membri avesse danneggiato la *societas* o avesse prelevato beni sociali, e l'altro *socius* versasse parimenti in negligenza in relazione a tale danneggiamento o a tale appropriazione, nel qual caso il socio negligente avrebbe perduto la propria azione risarcitoria nei confronti del compagno infedele, così venendo meno in capo a quest'ultimo qualsivoglia *obligatio*»⁶.

³ Sul rapporto tra il principio di autodeterminazione e il principio di autoresponsabilità si veda il paragrafo n. 6.

⁴ P. COPPA ZUCCARI, *La compensazione delle colpe*, Modena, 1909, p. 10 ss.: l'Autore evidenzia la natura equivoca del termine «compensazione di colpe», in quanto non si tratta tecnicamente di compensazione in senso stretto, e, pertanto, ne propone la sostituzione con la locuzione «colpa cooperante» (nella produzione del danno).

⁵ (Ulp. 63 *ad ed*) D. 16.2.10.pr; D. 2.10.3.3; D. 18.1.57.3.

⁶ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato: contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, p. 4.

Dunque, già nel diritto romano si prevedeva che il socio negligente non avrebbe potuto agire per ottenere il risarcimento dei danni che lo stesso avrebbe potuto e dovuto evitare adottando l'ordinaria diligenza.

Dalla descrizione appena proposta emerge la chiara differenza intercorrente tra la *compensatio negligentiae facta* e la *compensatio delicti*, la quale si verifica allorché si realizzino due comportamenti illeciti e dannosi, coesistenti e reciproci⁷. Nel diritto romano, quest'ultima ipotesi di *compensatio* non trovava una validità generale e indiscussa, in quanto poteva applicarsi soltanto con riguardo a determinate ipotesi di reato e in presenza di certe condizioni⁸. Si trattava, in sostanza, di ipotesi eccezionali di difesa privata in cui l'esercizio della ritorsione in autotutela finiva per supplire all'intervento pubblico.

Per liberare il campo da qualsiasi incomprensione, si ritiene necessario precisare che la *compensatio delicti* non intacca, se non incidentalmente, il principio di autoresponsabilità, in quanto quest'ultimo opera prescindendo dalla concreta reciprocità delle offese, anzi applicandosi nelle ipotesi in cui si sia verificato un solo evento lesivo subito dalla vittima⁹.

In particolare occorre sottolineare che il principio di autoresponsabilità trova la sua genesi storica nel *Digesto*, al frammento n. 203 di Pomponio, contenuto in D. 50.17, secondo cui «*quod [si] quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*», vale a dire: «chi accusa un danno per sua colpa, non risulta in realtà subire alcun danno»¹⁰.

Da ciò può dedursi che «se il danneggiato, ed esclusivamente il danneggiato, è causa colposa del proprio danno, nessuno può essere obbligato

⁷ D. 4.3.36.

⁸ P. COPPA ZUCCARI, *La compensazione*, cit., p. 20: in particolare bisognava che si trattasse di illeciti della stessa specie, c.d. *paria delicti*, e di pari grado.

⁹ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 7.

¹⁰ Il passo è citato in G. GRIFÒ, voce *Danno (storia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 620 ss.

al risarcimento»¹¹; in questo caso, il danno, dal punto di vista della *lex Aquilia*, non è *iniuria datum* e, dunque, non consente al danneggiato di esperire la relativa *actio*¹².

Una ulteriore analisi del passo di Pomponio citato ha indotto alle seguenti considerazioni: «si tratta, dunque, di questo: che se qualcuno è causa del proprio male, non può riversarlo sopra un altro, ma deve necessariamente sopportarlo, senza che vi sia rimedio. In ciò consiste l'autoresponsabilità privata»¹³.

Nel *Digesto* sono inoltre rinvenibili ulteriori passi che si riferiscono ad applicazioni concrete del principio di autodeterminazione. Ad esempio, in D. 9.2.31, viene descritto il caso di colui che, potando un albero, cagiona la morte del passante colpito dalla caduta di un ramo. Orbene, in tal caso si ritiene che il *potator* vada esente da responsabilità nei casi in cui l'evento si verifichi all'interno di un fondo intercluso al passaggio di terzi estranei. Ovviamente ciò è valido solo nel caso in cui il *potator* agisca in assenza di dolo.

Ciò premesso, in via generale può affermarsi che, da un'analisi globale del *Digesto*, si desume la nitida emersione e validità del principio di autodeterminazione, evidenziando che per il diritto romano l'autoresponsabilità della vittima sussiste non solo nel caso in cui quest'ultima avesse previsto effettivamente l'evento, ma anche qualora la stessa avrebbe potuto prevedere il medesimo evento, pur in assenza di una concreta rappresentazione del fatto¹⁴. Dunque, nella tradizione romanistica il canone dell'autoresponsabilità assolveva alla funzione di criterio generale immanente all'intero «sistema»¹⁵.

¹¹ P. COPPA-ZUCCARI, *La compensazione*, cit., p. 27; cfr. E. LONCAO, *Culpa e casus nella storia del diritto italiano*, in *Analisi del seminario giuridico della R. Università di Palermo*, vol. VI, Palermo, 1917, p. 150 ss.

¹² G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 8.

¹³ E. BETTI, *Diritto Romano. Parte Generale*, Padova, 1935, p. 412.

¹⁴ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 11.

¹⁵ E. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1935.

Per completezza deve inoltre evidenziarsi che nel *Digesto* sono contemplate anche ipotesi in cui la condotta del danneggiato non è idonea ad escludere la responsabilità del terzo, riducendone solamente la portata. Più specificamente, ciò si evince in D. 9.2.30.4. dove si afferma che «qualora un servo venga ferito non mortalmente, e poi egli perisca a causa di negligenza – sua o del padrone -, il soggetto feritore risponderà solamente per le lesioni personali e non per la morte»¹⁶.

Ancora, in altro importante passo contenuto in D. 9.2.11.3 si afferma che, «qualora qualcuno venga ferito mortalmente e deceda, il terzo feritore risponderà esclusivamente di lesioni personali, e non già di omicidio, laddove si accerti che la morte sia sopraggiunta per altra causa lesiva, e non già in diretto collegamento eziologico-offensivo con le prime lesioni»¹⁷.

Infine, dalle considerazioni appena svolte può desumersi che la *ratio* ultima del principio di autoimputazione non può considerarsi distante dai canoni generali ascrivibili al criterio della buona fede, secondo cui *nemo contra factum proprium venire potest*. Da tali basi, i giuristi dell'epoca romana ritenevano che non rispondesse a ragioni di opportunità ed equità addebitare a terzi la responsabilità per il pregiudizio subito da un soggetto il quale avesse, con la sua condotta, determinato a cagionare, o concorso a cagionare, l'evento lesivo dei suoi interessi. Invero, si sosteneva che, opinando diversamente, e quindi attribuendo la responsabilità per tali fatti esclusivamente al terzo, si sarebbe realizzata una lesione dei fondamentali principi di coerenza, ragionevolezza ed equità, all'interno dei quali può ricomprendersi la regola per cui «mai alcun soggetto può trarre giovamento o locupletazione dalla propria previa condotta riprovevole»¹⁸.

A seguito della caduta dell'Impero romano, i principi descritti continuarono a trovare parziale validità attraverso la loro formulazione nelle leggi romano-barbariche, dove venne espressamente previsto il principio

¹⁶ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 13.

¹⁷ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 13.

¹⁸ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 20.

dell'*imputatio culpae propriae*, mitigato, però, dall'adozione contestuale di una concezione oggettivistica tipica dei sistemi germanici¹⁹.

In tale quadro, la visione romanistica dell'imputazione soggettiva dell'illecito riemerse attraverso le riflessioni della scuola cristiana, cristallizzate nel diritto canonico²⁰ e fondate sul contrario principio per cui *reum non facit nisi mens rea*.

Invero, la valorizzazione degli aspetti soggettivi propri del *peccatum*, operata dagli studiosi della scuola cristiana in contrapposizione ai profili oggettivi fondanti l'impostazione barbarica, rese nuovamente attuale il pensiero di matrice aristotelica sulla distinzione tra il *volontarium* e l'*involontarium*, escludendo così la possibilità di imputare un fatto lesivo al mero esercizio della libertà umana e privo di un concreto profilo di colpa personale in capo al soggetto agente²¹.

Inoltre, i principi elaborati nel diritto romano tornarono prepotentemente di attualità nel dodicesimo secolo, grazie allo *Studium* bolognese da cui prese vita la scuola dei glossatori.

2.1 Le concezioni preilluministiche

Nel periodo immediatamente precedente all'avvento dell'Illuminismo, l'operatività e la rilevanza del principio di autodeterminazione trovavano la loro radice nel pensiero secondo cui era comunque necessario che l'uomo, attraverso la ragione, si liberasse dallo stato di minorità imputabile a se stesso²². Tale impostazione ha comportato un aumento esponenziale delle

¹⁹ Cfr.: *Lex Romana Wisigothorum*, Libro VIII, Titolo IV, §18 e §22; *Codex Euricianus*, § 283 e § 299.

²⁰ G.P. MASSETTO, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. Interm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998.

²¹ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 38.

²² C. PRITZWITZ, *Selbstschuld? Questioni riguardanti cause e limiti della responsabilità della vittima nell'ambito di un diritto penale alla ricerca della Fremdschuld*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden

ipotesi penalmente rilevanti, trasformando i casi di mero pericolo in rischi sanzionati dal diritto penale che, come tali, sono stati ritenuti prevedibili ed evitabili. Invero, tali rischi venivano ritenuti idonei a sorreggere una responsabilità penale qualora, quantunque evitabili, non fossero stati evitati.

Adottando l'approccio descritto, dunque, veniva considerato necessario individuare un soggetto responsabile per l'evento lesivo verificatosi, spingendosi ad identificarlo anche nel soggetto titolare del diritto leso. Tale soluzione si fondava sulla considerazione per cui, abbandonando il parametro della minorità ed elevando il canone della ragione quale caratteristica primaria delle attività dell'individuo, l'uomo, quale persona libera dotata di libero arbitrio, ha, per sua natura, un ragionevole controllo sulla propria vita. In estrema sintesi, può pertanto affermarsi che l'impostazione preilluministica fosse fondata sullo stretto legame tra colpevolezza e responsabilità²³.

Peraltro, nel periodo considerato, con riguardo alla visuale della repressione penale, tale potere coercitivo era riservato alla persona offesa, alla quale era pertanto riconosciuta la possibilità di porre in essere una vera e propria «vendetta privata».

In altri termini, alla vittima era riconosciuta, per un verso, la possibilità di reagire personalmente ad una offesa ricevuta e, per altro verso, una autoresponsabilità per determinate condotte realizzate esponendosi più o meno volontariamente al pericolo o all'evento lesivo.

Tale modello che legittimava la possibilità di esercitare una sorta di «vendetta privata» è stato progressivamente abbandonato, lasciando il campo

Baden/Torino, 2020, p. 48; cfr: U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlino, 2005.

²³ Rapporto valorizzato anche da recenti correnti di pensiero che verranno analizzate nel prosieguo della trattazione, secondo cui un ragionamento completo sulla autodeterminazione e sul ruolo del consenso non può che riguardare l'approccio del diritto penale al rischio, concentrando l'attenzione sulla mutevole distribuzione del rischio e della responsabilità. Come si vedrà, secondo queste impostazioni, vista la varietà delle situazioni coinvolte dall'argomento, bisogna adottare un approccio fondato sulla concezione liberale, temperata da interventi statuali paternalistici.

ad una differente prospettiva operativa del diritto penale, fondata sul modello inquisitorio che, attribuendo in via esclusiva il monopolio della giustizia penale allo Stato, ha privato la vittima di ogni ruolo significativo²⁴.

Invero, a partire dal XIV secolo, il potere di accusa venne trasferito dalla vittima ad un organismo statale, ritenendo che qualsiasi violazione della legge costituisse un insulto al soggetto legislatore e, dunque, alla sacra persona del sovrano²⁵. Tale spinta stato-centrica venne criticata da coloro i quali ritenevano che la vittima del reato dovesse comunque essere posta al centro della scena penalistica, individuando tra gli scopi del diritto penale anche quello riparatore, in una ottica di ristoro, non solo economico ma anche figurato, della vittima²⁶.

Può comunque affermarsi che il moderno sistema di controllo delle regolarità sociali si fonda sulla neutralizzazione delle possibilità vendicative riconosciute alla vittima di un reato e sulla conseguente generalizzazione dei suoi interessi, elevati ad assumere rilevanza per l'intero ordinamento²⁷.

2.2 Le concezioni illuministiche: l'avvento del diritto penale liberale

Con l'avvento dell'illuminismo mutarono le ragioni a fondamento della punibilità di certe condotte e prese campo la teoria liberale del diritto penale.

²⁴ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 2; cfr. U. GATTI, M. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Tutela della vittima e mediazione penale*, a cura di G. Ponti, Milano, 1995, p. 89 ss. Sul ruolo della vittima, cfr. A. MANNA, *La vittima del reato: «a la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano, 2006, tomo I, p. 957 ss.; J.M. SILVA SANCHEZ, *VIII Cursos de verano en San Sebastian, Victimologia*, Dirigido por Antonio Beristain, Jose Luis de la Cuesta, Servicio Editorial Universidad del Pais Basco, 1990, pp. 77 e ss.

²⁵ A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, Macerata, 1997.

²⁶ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 7.

²⁷ Cfr. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munchen, 1990, p. 70 ss.

In via preventiva occorre evidenziare che la teorica classica²⁸ della concezione liberale del diritto penale riteneva il rimedio penalistico giustificato solo laddove la condotta di taluno determinasse la violazione di un interesse della comunità, costituito dalle singole porzioni di libertà individuale che ciascuno ha ceduto al sovrano affinché sia garantita la pacifica convivenza all'interno della propria realtà sociale²⁹.

Pertanto, tale concezione si fonda sulla necessaria volontà del singolo a cedere parte della sua libertà per assicurarsi una convivenza pacifica e una autoprotezione e autoconservazione all'interno della comunità, dal che deriva che l'ordinamento penale non preesiste a tale scelta, ma ne è una diretta conseguenza.

L'impostazione appena descritta costituisce il fondamento dell'approccio adottato dai moderni sistemi penali nei confronti del principio di autodeterminazione.

Il manifesto del liberalismo giuridico più attuale e incisivo è rappresentato dall'opera di John Stuart Mill del 1859, dal titolo «Saggio sulla libertà», dove si afferma che «l'unico scopo per cui il potere può essere legittimamente esercitato sopra qualsiasi membro di una comunità civilizzata contro la sua volontà è per prevenire il danno ad altri. Il suo proprio bene, sia fisico che morale, non è una ragione sufficiente»³⁰.

Da tale assunto emerge come il liberalismo penale sia fondato sul convincimento che l'intervento punitivo è giustificato e ammesso solo ove sia volto a prevenire o sanzionare il danno prodotto ad altri, non ritenendo ammissibile che lo strumento penalistico operi anche nei casi in cui un soggetto agisca arrecandosi un danno o una lesione³¹. In altri termini, qualora

²⁸ VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, 1763; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, Ristampa Torino, 1994.

²⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., §II. Diritto di punire.

³⁰ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, 1859, trad. it. a cura di G. Mollica, Est., 1999.

³¹ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia. Annuario di scienze penali*, Pisa, 2011, p. 223 ss.

un soggetto ponga in essere un comportamento diretto esclusivamente contro i propri beni giuridici e non contro interessi altrui, ponendo in pericolo soltanto l'autore o procurando soltanto a quest'ultimo la lesione di un bene giuridico, tali comportamenti non dovrebbero avere rilevanza penale³².

Nell'opera di Mill, pertanto, può ritenersi presente la prima vera formulazione del principio del danno ad altri. In particolare, in tale saggio viene affermato che «il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano»³³.

L'opera di Mill è alla base del pensiero di Joel Feinberg. Costui ha elaborato un'opera *magna*, articolata in quattro volumi, dal titolo *The moral limits of Criminal Law*³⁴, in cui vengono individuati quattro possibili principi di criminalizzazione, assunti dalla dottrina penalistica come i criteri attraverso cui è possibile giustificare fondamentalmente la scelta incriminatrice di un determinato comportamento.

In particolare, essi sono: il principio del danno, inteso quale danno ad altri (*harm to others*); il principio della molestia o del turbamento (*offense to others*); il moralismo (*harmless wrongdoing*); il paternalismo (*harm to self*).

Tra i principi appena richiamati, il primo appare di indiscussa importanza, in quanto, secondo Feinberg, la produzione di un danno costituisce una buona ragione per criminalizzare la causa che lo ha prodotto. Tale principio del danno costituisce anche il pilastro dei sistemi penalistici moderni di chiara impronta liberale, fondato sull'autonomia del singolo individuo. Viene ritenuto che la repressione penale è giustificata solo in virtù del principio del

³² M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden-Baden/Torino, 2020, p. 27.

³³ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 12.

³⁴ J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, Oxford, 1984-1988.

danno (*harm principle*) o del principio dell'offesa (*offense principle*). Infatti, in virtù di tali principi è possibile sanzionare penalmente chi produce un danno o un'offesa ad altri, non chi li produce a se stesso. Tale ragionamento è frutto della considerazione dell'autonomia personale intesa come «sovranità su se stessi» ed elevata a principio fondante dei moderni sistemi penali.

In particolare, Joel Feinberg, nella sua citata opera, nel tentativo di superare le critiche generate dall'incertezza del concetto di «danno» utilizzata a partire dall'opera di Mill, ne ha proposto una distinzione, individuandone due diverse concezioni. Invero, secondo un significato generico, o non normativo, di «danno» esso coincide con la mera offesa di un interesse; diversamente, secondo una concezione fondata su di un significato specifico, o normativo, si ha danno nelle ipotesi in cui si realizza una violazione di un diritto della persona.

Dunque, deve ritenersi che non tutte le violazioni di diritti generano un danno penalmente rilevante. Tuttavia, si sottolinea che i danni possono derivare da situazioni in cui non si realizzano violazione di diritti, come ad esempio avviene nel caso in cui il titolare del diritto leso acconsenta a tale lesione. Invero, vi è chi ritiene che «il principio del danno ad altri, nell'ottica liberale, è dunque un principio che viene sempre mediato dal brocardo *volenti non fit iniuria*, nel senso che non è danno, ai fini della legittimazione dell'intervento penale, il danno consentito»³⁵.

Così, per mitigare le incertezze generate dal principio del danno ad altri, è stato teorizzato l'affiancamento dell'ulteriore principio dell'offesa a terzi, affermando che «è sempre una buona ragione, come fondamento di un intervento penale, la necessità di prevenire gravi offese ad una persona diversa dal soggetto agente»³⁶.

Nell'opera di Feinberg viene presa in esame anche la nozione di «offesa», con riguardo alla quale viene riproposta la distinzione tra significato generico

³⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 103.

³⁶ J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law. Offense to others*, New York-Oxford, 1985, XVI.

e specifico già adottata in merito al concetto di «danno». Invero, secondo la prima accezione, offesa sarebbe qualsiasi stato mentale sgradito da colui che subisce una determinata condotta. Diversamente, il significato specifico o normativo riconnette il concetto di offesa a qualsiasi stato mentale sgradito determinato dalla condotta antiggiuridica altrui e caratterizzato per la sua serietà³⁷ e gravità.

2.3 Spunti dal diritto civile

Prima di procedere alla valutazione dell'incidenza del principio di autoresponsabilità sul diritto penale, si ritiene utile evidenziare alcuni spunti provenienti dal diritto civile. In particolare, nel codice civile del 1865, l'art. 1151 veniva interpretato nel senso di non attribuire alcuna rilevanza alla colpa del danneggiato nelle ipotesi in cui sul danneggiante gravasse una responsabilità a titolo di dolo o colpa, non richiedendo «che la colpa dell'autore fosse causa esclusiva del danno»³⁸.

Solo col codice del 1942 il Legislatore italiano ha riconosciuto espressamente il principio del *sibi imputet* nell'ambito del fatto illecito, con l'introduzione dell'art. 1227 cod. civ. (concorso del fatto colposo del creditore). Il successivo art. 2056 cod. civ. estende tale *regola juris* all'ambito dell'illecito aquiliano.

La *ratio* sottesa all'art. 1227 cod. civ. è stata espressa da autorevole dottrina che, evidenziando come lo scopo del diritto civile non è quello di tutelare il danneggiato e neanche di punire il danneggiante, rinveniva l'obiettivo ultimo nel trasferimento del danno da un soggetto all'altro,

³⁷ Come proposto da S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 104, la serietà dell'offesa può essere dedotta attraverso l'utilizzo di diversi parametri, tra cui si ricordano: «l'intensità e la durata della sensazione di ripugnanza prodotta nel soggetto; la possibilità per il soggetto di evitare di essere testimone della situazione offensiva; l'eventuale assunzione volontaria del rischio di essere offeso da parte del soggetto stesso».

³⁸ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 55.

secondo criteri ritenuti socialmente giusti: «è principio generale del diritto quello secondo il quale non si può trarre vantaggio dal proprio maleficio»³⁹.

Invero, esigenza di ogni ordinamento fondato sulla giustizia dei rapporti tra i loro consociati è quella di garantire che ognuno sopporti il proprio danno e che le conseguenze negative della condotta di ciascuno siano imputate esclusivamente all'autore della condotta stessa⁴⁰.

Alla luce dell'evoluzione legislativa e teorica attorno alle responsabilità civile, si evidenzia come si sia passati da una corrente incentrata sul criterio della retribuzione, intesa come compensazione dello sbilanciamento di valori venutesi a creare con l'illecito, a un nuovo modello di indirizzo imperniato sull'indennizzo, in una ottica di complessiva redistribuzione sociale e «allocazione» dei rischi.

In conclusione, può affermarsi che una applicazione incondizionata del principio di autoresponsabilità privata darebbe luogo a situazioni di ingiustizia, in quanto vi sono ipotesi in cui «a determinare uno stato giuridico pur risultante dal rigoroso congegno dei principi, hanno concorso circostanze tali da farne apparire iniquo il mantenimento. Così la minore età che resta danneggiata da un negozio o da un comportamento inattivo, giustifica normalmente la illazione che il negozio o l'inerzia siano determinati da sua inesperienza, e fa ritenere iniquo assoggettarla alle conseguenze di questa»⁴¹.

3. Affermazione della concezione liberale del diritto penale

Sulla base delle valutazioni che precedono, e nel solco dello sviluppo di un sistema penale principalmente garantista, il terreno è divenuto fertile per l'adozione della concezione politico-criminale del liberalismo, fondata sulla centralità dell'individuo e sulla preminente difesa dei suoi diritti di libertà

³⁹ N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

⁴¹ E. BETTI, *Diritto Romano*, cit., p. 661.

«contro l'esercizio monopolistico della violenza punitiva dello Stato e dei suoi poteri»⁴².

L'orientamento liberale c.d. puro, invero, è sempre stato considerato con sospetto, dando la stura al sorgere di espresse critiche verso le ipotesi di responsabilità non individuale. In proposito, basti ricordare che, in tale impostazione, *societas delinquere non potest*.

Proprio per ovviare a tali critiche, le concezioni liberali odierne si discostano dalla concezione classica appena descritta, ritenendo ammissibile che lo Stato si ricavi uno spazio di intervento autonomo che prescindendo dal contratto sociale⁴³.

Purtuttavia, pur ritenendo ammissibile un siffatto intervento statale, si è ampiamente discusso sulla necessità di individuarne i limiti. Tale considerazione deve essere raccordata con l'attuale sensazione, percepita nelle società odierne, di recenti spinte sociali giustificanti un maggior intervento del diritto penale al fine di poter affrontare nuove e mutate realtà collettive e culturali che si presentano di per sé rischiose, e ciò allontanandosi dai principi liberali che dominano il ragionamento sull'autodeterminazione e sulla libertà individuale⁴⁴. Esempio plastico di tale richiesta sociale è rinvenibile nella recente legislazione antiterroristica, dove il comune sentire è quello di attribuire maggior potere punitivo allo Stato allo scopo di garantirsi maggiore sicurezza, perdendo, conseguentemente, spazi della propria libertà personale.

⁴² G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2020, p. 20.

⁴³ Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it., 2014, dove il contratto sociale viene definito come quel patto attraverso cui tutti gli individui abbandonano lo stato di natura e decidono di costituire lo Stato, alienando tutti i loro diritti alla comunità di cui entrano a far parte.

⁴⁴ U. NEUMANN, *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo «illuministico»*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano, 2016, p. 165 ss.; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, p. 230 ss.

Ulteriori indizi dell'evoluzione del diritto penale in tale direzione si rintracciano nell'estensione dell'imputazione penale a soggetti terzi. Emblematico in tal senso è lo sviluppo delle varie dogmatiche relative alla responsabilità dell'autore del reato tentato, del reato colposo, del reato omissivo, e l'individuazione delle figure dell'autore mediato, dell'autore dietro l'autore⁴⁵ e del responsabile all'interno di una struttura organizzata (es. gli enti).

Dunque, come si tenterà di spiegare meglio appresso, può dirsi che, seppur gli ordinamenti penali moderni sono incentrati sull'adozione di una impostazione liberale, tale da porre al centro l'individuo e la sua autonomia di scelta in merito alla protezione dei suoi beni, si registra una influenza, più o meno intensa a seconda dei beni che vengono in gioco, della c.d. concezione paternalistica del diritto penale, le cui caratteristiche verranno a breve evidenziate.

A titolo di completezza, però, deve sottolinearsi che, al netto di questi ristretti margini di rilevanza del ruolo della vittima, il diritto penale moderno risulta principalmente orientato all'autore della condotta illecita così come, contestualmente, la scienza criminologica risulta caratterizzata dal «ragionare per autori»⁴⁶.

4. L'importanza della c.d. vittimologia: risvolti applicativi

Al netto delle ultime considerazioni svolte, si precisa che la rilevanza del comportamento della vittima del reato non rileva esclusivamente sotto il profilo del principio di autodeterminazione. Invero, esso è stato valorizzato anche grazie alle spinte derivanti dalla crescente rilevanza della c.d.

⁴⁵ F. C. SCHROEDER, *L'autore dietro l'autore*, 1965;

⁴⁶ S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione*, cit., p. 4;

vittimologia⁴⁷, da alcuni ritenuta scienza autonoma, da altri intesa quale branca speciale della criminologia.

La stessa vittimologia può essere definita come la scienza della vittima del reato posta, in via parallela alla criminologia, a tutela delle stesse vittime. Tale tutela risponde, per un verso, ad una istanza di prevenzione dei crimini e, per altro verso, ha lo scopo di assicurare una giusta e sicura riparazione dei pregiudizi subiti dalla vittima in conseguenza del fatto di reato (c.d. vittimizzazione primaria) e per quelli eventuali e indiretti derivanti dalla partecipazione della vittima all'iter processuale (c.d. vittimizzazione secondaria)⁴⁸.

Peraltro, la valorizzazione del ruolo della vittima ha comportato lo sviluppo di un'analisi del reato in una ottica bilaterale, considerando il fatto di reato come un fenomeno dinamico frutto della interrelazione tra due soggetti (c.d. «coppia penale»⁴⁹).

Alla luce dell'influenza generata dalle concezioni vittimologiche, viene ritenuto che alcuni dei principi fondamentali del diritto penale necessitino di una rilettura. In particolare, si fa riferimento al principio di sussidiarietà del diritto penale, ossia della tutela penale come *extrema ratio*, e al principio di autoresponsabilità del soggetto⁵⁰.

Da ciò emerge la rilevanza dei principi vittimologici, idonei ad incidere sull'accertamento della responsabilità della vittima alla realizzazione

⁴⁷ Le origini del termine «vittimologia» sono da individuare, così come sottolineato in G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, p. 258 (in nota 295), in un contributo di F. WERTHAM, *The Show of violence*, New York, 1949, dove si afferma che «Non si può comprendere la psicologia dell'assassino senza capire la psicologia della vittima. Ciò di cui abbiamo bisogno è una scienza della vittimologia»; tra i padri fondatori della vittimologia, si ricorda H. v. HENTIG, *The criminal and his victim*, New York, 1948; tra gli autori maggiormente rilevanti si menzionano: GULOTTA, *La vittima*, Milano, 1976; M. CORRERA, D. RIPONTI, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990.

⁴⁸ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit. p. 6;

⁴⁹ B. MENDELSON, *Une nouvelle branche de la science bio-psyco-sociale: la Victimologie*, «RICPT», 1956, 2, p. 101.

⁵⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 7 ss.

dell'evento per lui lesivo, alla sua meritevolezza di tutela e al grado di responsabilità dell'autore del fatto di reato, che può anche venir meno del tutto.

In merito alle ulteriori conseguenze generate dallo sviluppo della vittimodogmatica, la sua formulazione ha generato la necessità di una maggiore valutazione riguardante il comportamento della vittima ai fini dell'accertamento della responsabilità penale. In altri termini, la vittimodogmatica evidenzia come il comportamento della vittima rilevi non solo sul piano della commisurazione della pena, ma diventi rilevante anche con riguardo alla stessa punibilità del fatto.

L'origine e lo sviluppo di tale impostazione è da rinvenire nella necessità di individuare i confini propri del principio di sussidiarietà in quanto criterio fondamentale per uniformare la capacità di intervento dello Stato nella regolamentazione della vita sociale. Il principio appena richiamato risulta, invero, essere elemento imprescindibile per orientare l'intervento pubblico verso i bisogni dei singoli consociati. In altri termini, lo Stato è tenuto ad assicurare ai singoli la loro libertà di autodeterminazione e di gestione del proprio sviluppo; nel caso in cui costoro non siano in grado di provvedere a loro stessi, l'Autorità pubblica potrà ritenersi legittimata ad intervenire in loro aiuto.

Proprio in tale ottica, i sostenitori della vittimodogmatica ritengono che il principio di autotutela della vittima sia un diritto fondamentale dell'uomo, riconoscendogli pertanto un fondamento costituzionale specifico. Invero, l'autotutela della vittima viene intesa quale strumento necessario per garantire il pieno e compiuto sviluppo della personalità dell'individuo, garantita a livello costituzionale.

Così, il principio di sussidiarietà può essere riletto alla luce dei principi della vittimologia. Tale principio svolge la funzione di assicurare l'equilibrio tra la libertà dell'uomo di sviluppare la sua personalità e il compito dello Stato di garantire e tutelare l'esercizio di tale libertà.

Inoltre, ulteriore addentellato costituzionale della vittimodogmatica può rintracciarsi nella concezione, adottata negli ordinamenti moderni, dell'uomo quale individualità sociale, capace di provvedere ai suoi interessi ma che, per la sua compiuta realizzazione, ha necessità di interagire con la collettività⁵¹.

Con riguardo all'avvenuto trasferimento del potere di accusa dal soggetto vittima del reato all'organismo statale, tale circostanza ha sollevato le critiche descritte precedentemente, fondate sulla ritenuta necessità dell'affermazione della centralità della vittima del reato nella scena penalistica.

Lo sviluppo di tale pensiero non considera necessario un arretramento dello Stato per lasciare spazio alla vittima. Invero, lo Stato stesso tende ad identificarsi con la vittima del reato. Tale identificazione, però, può avvenire e ha ragion d'essere solo laddove la vittima rispetti le «regole del gioco». Sorge così «la tendenza a proceduralizzare i precetti che si indirizzano alla vittima, la necessità di creare un fitto reticolo comportamentale (e *super partes*) dal cui rispetto inferire la meritevolezza di tutela della vittima, per accoglierne le richieste. Va da sé che la violazione della regola, al contrario, rende la vittima autoreponsabile e le nega l'appoggio pubblicistico»⁵².

A quanto sin qui espresso, tuttavia, deve affiancarsi una lettura diversa e più semplice, che tiene conto della tecnologizzazione e maggiore complessità dei meccanismi produttivi, che generano un aumento dei rischi tale da rendere impensabili forme univoche, *monolitiche* di responsabilità, come accadeva mettendo al centro il principio solidaristico. Tale evoluzione sociologica impone a ciascun consociato un innalzamento dello *standard* di cautela adottato. Da ciò deriva la concettualizzazione, che si affianca al principio della responsabilità verso gli altri, anche della responsabilità verso se stessi.

⁵¹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 10 ss.

⁵² O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit. p. 7.

5. Il paternalismo

Posta l'affermazione della concezione liberale e la conseguente valorizzazione del principio di autodeterminazione, prima di procedere ad una compiuta analisi di quest'ultimo si ritiene necessario inquadrare le caratteristiche della concezione paternalista.

Invero, i principi di criminalizzazione diversi dal principio del danno, ossia il principio della molestia o del turbamento (*offense to others*), il moralismo (*harmless wrongdoing*) ed il paternalismo (*harm to self*), hanno sollevato un ampio dibattito riguardante la loro compatibilità con le caratteristiche proprie del liberalismo penale, in particolare con la centralità delle libertà e dell'autonomia riconosciute ai singoli individui⁵³.

Con specifico riguardo al paternalismo, si dibatte ampiamente sulla sua compatibilità con lo spirito liberale che caratterizza gli ordinamenti moderni.

Quando si parla di paternalismo appare evidente sin dalla sua radice che lo scopo di tale ispirazione è quella di proibire le azioni autodannose, così come è chiamato a fare il *pater* nei confronti degli individui affidati alla sua cura.

Invero, vi è chi, analizzando il rapporto tra il diritto penale e il paternalismo, evidenzia che «stabilendo sotto minaccia di punizione ciò che il cittadino può fare e omettere di fare e, soprattutto, ciò che non può fare, lo Stato inevitabilmente si comporta da *pater familias*»⁵⁴.

Deve necessariamente evidenziarsi, tuttavia, che tale visione presta il fianco alle critiche fondate su di una interpretazione semantica portata all'eccesso, secondo cui al singolo individuo non viene imposto un obbligo di comportamento ma viene semplicemente prospettata la conseguenza di una

⁵³ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LVII Fasc. 3 – 2014, p. 1209 ss.; sul tema v. anche: A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, Giappichelli, 2008, p. 92 ss.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 520 ss.

⁵⁴ C. PRITZWITZ, *Selbstschuld?*, cit., p. 51.

sanzione nel caso egli decida di agire in un determinato senso. Inoltre, ulteriore osservazione potrebbe fondarsi sul principio per cui la norma vada interpretata secondo il significato letterale ad essa attribuibile⁵⁵. Pertanto, laddove il legislatore si limiti ad «avvisare» i consociati che, in caso di determinate condotte, è prevista una conseguenza sanzionatoria, lo stesso non starebbe indossando i panni del *pater familias*.

L'impostazione strettamente paternalistica affonda le sue radici in un tempo in cui era perfettamente normale che lo Stato imponesse dei comportamenti, non solo e non tanto per la salvaguardia di interessi fondamentali, sociali o individuali che siano, ma per salvaguardare il dominio sociale e il potere costituito.

Con l'avvento della rivoluzione e l'affermarsi del modello di Stato liberale, tale legittimazione è stata necessariamente ripensata, imponendo il ricorso al rimedio penale come *ultima ratio* possibile.

Tanto premesso, deve rilevarsi l'esistenza di diverse definizioni di paternalismo, a seconda che si privilegi un approccio più giusfilosofico o strettamente penalistico.

Invero, secondo una prima definizione, «il paternalismo giuridico sostiene che lo Stato abbia il potere di limitare la libertà dell'individuo, tramite la coazione, ad esempio la sanzione penale, per tutelare il bene dell'individuo medesimo, per impedire che egli cagioni un danno a se stesso, anche se non cagiona danni a terzi»⁵⁶.

Diversa definizione, elaborata con specifico riguardo al paternalismo nel diritto penale, ritiene che «è paternalista la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso»⁵⁷.

Da tali definizioni si giunge a ritenere il paternalismo penale come un «approccio politico-criminale con il quale (dietro minaccia di pena) si impone

⁵⁵ K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 1922, ristampa del 1991, p. 37.

⁵⁶ G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, XI.

⁵⁷ D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, cit., p. 490.

all'individuo di (non) agire in un certo modo per proteggerlo da se stesso, da atti di autolesionismo, dalla produzione di certi tipi di danno che egli possa provocare alla sua stessa persona»⁵⁸.

Ancora, il paternalismo potrebbe essere riferito a quelle ipotesi in cui l'ordinamento limita la libertà di scelta di un individuo al fine di assicurare allo stesso, o alla categoria a cui appartiene, una tutela contro atti lesivi dei suoi stessi interessi⁵⁹.

Pertanto, alla luce di tale definizione, il paternalismo si caratterizzerebbe per due principali peculiarità, una in positivo e l'altra in negativo. Con riguardo alla prima, il paternalismo sarebbe rivolto a tutelare l'individuo rivolgendogli un divieto, evitando così che lo stesso si procuri o rischi di procurarsi un danno. In negativo, invece, il paternalismo si caratterizza per vietare condotte a prescindere dalla loro immoralità o dalla loro effettiva realizzazione di un danno o di una molestia a un bene giuridico.

Dunque, viene ritenuto che il paternalismo è volto alla protezione soltanto dell'autore della condotta anche solo potenzialmente autolesionistica, non mira a salvaguardare la posizione di terzi, diversi dall'autore della condotta. Il suo obiettivo principale (*rectius* unico) è quello di evitare che il singolo arrechi un danno a se stesso.

In conclusione, il paternalismo può definirsi come una pratica essenzialmente altruistica, solidaristica, che prende le mosse da un animo di benevolenza e assistenza⁶⁰: «il suo unico obiettivo è quello di proteggere gli interessi del consociato, di fare il suo bene, pur limitandone la libertà, e senza preoccuparsi delle ulteriori ricadute benefiche che ci si possa attendere dal divieto»⁶¹.

⁵⁸ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1212.

⁵⁹ F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, *Quadrimestre*, 1993, 120.

⁶⁰ E. GARZÒN VALDÈS, *Es eticamente justificable el Paternalismo juridico?*, in *Doxa* 5 (1988), 167.

⁶¹ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1213.

Nonostante l'evoluzione abbia condotto a un progressivo abbandono del paternalismo puro verso l'adozione della concezione liberale del diritto penale, si registra, come anticipato, a livello collettivo la richiesta della presenza dello Stato, quale soggetto capace di assicurare la convivenza civile e permettere ai singoli individui di esercitare le proprie libertà nel rispetto di quelle altrui. Invero, viene sostenuto che nelle società odierne ad essere deplorato è il troppo poco paternalismo, «dimostrando che le eredità autoritarie del dominio divino e umano non hanno mai perso la loro influenza, bensì sono ancora vive e vegete, oppure sono sempre più ambite da individui e società insicure e nostalgiche»⁶².

5.1 I rapporti tra paternalismo e moralismo

Preliminare agli sviluppi dell'analisi condotta appare la necessità di distinguere il piano del paternalismo da quello del moralismo, tra i quali non sussiste un rapporto di identità. Invero, soltanto il primo è imperniato sul c.d. principio del danno, in quanto attraverso di esso si intende proibire a un soggetto di arrecarsi, appunto, una lesione che può benissimo non essere connotata da immoralità.

Occorre sin da subito sottolineare che la concezione di morale da privilegiare è quella tecnico-filosofica, quale insieme di valori da cui il diritto penale trae la sua giustificazione in termini di consenso sociale, evitando così un ritorno ad approcci di tipo eccessivamente metodologico propri di tempi passati⁶³.

In passato, il moralismo giuridico è stato definito come un principio in forza del quale determinati comportamenti erano da vietare penalmente in quanto contrari alla morale, prescindendo dalla realizzazione concreta di qualsivoglia danno o offesa all'agente stesso o a soggetti terzi⁶⁴.

⁶² C. PRITWITZ, *Selbstschuld?*, cit. p. 52.

⁶³ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 126.

⁶⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 110.

Nel solco dell'approccio tradizionale appena descritto, venivano distinte due diverse concezioni di moralismo: in senso ampio e in senso stretto. Tale bipartizione assumeva una decisiva rilevanza, in quanto il moralismo in senso ampio tendeva a giustificare l'intervento penale, pur se limitativo della libertà di autodeterminazione del singolo, allo scopo di assicurare «la difesa e conservazione di un tradizionale modo di vita, il rafforzamento della moralità, il perfezionamento della natura umana»⁶⁵; diversamente, il moralismo in senso stretto considerava penalmente rilevanti e, dunque, sanzionabili, quelle condotte che risultavano immorali, anche laddove non avessero nessun potenziale concretamente offensivo.

Tuttavia, l'esistenza di diverse concezioni di morale è apparsa idonea ad alimentare l'idea di un eccessivo relativismo etico, che mal si concilia con il carattere della certezza che deve connotare l'ordinamento giuridico. A sostegno della validità del moralismo giuridico, però, può evidenziarsi che le diverse concezioni di morale trovano un fondamento comune nel riconoscere l'esistenza di un generale dovere di solidarietà sociale.

Alla luce delle definizioni di morale fornite, appare ovvio che ben può accadere che si configurino ipotesi in cui la condotta che l'ordinamento intende proibire sia anche immorale. In questi casi, paternalismo e moralismo operano contestualmente, ma su piani pur sempre distinti e separati.

Tale distinzione di piani operativi risulta determinata dal processo di secolarizzazione e di laicità che ha caratterizzato l'evoluzione degli stati moderni e che ha comportato un affrancamento della disciplina penalistica non solo dalla religione, ma anche da influenze propriamente moralistiche⁶⁶.

Invero, si è evidenziato che anche aprendo la porta al paternalismo, seppur nella sua versione morbida, deve comunque evitarsi di «contaminare» il diritto penale con il moralismo, anche se, soprattutto in alcuni ambiti, come

⁶⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 111.

⁶⁶ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, p. 168 ss.; in tal senso, la differenziazione necessaria tra diritto e morale fu teorizzata già da Beccaria e, ad oggi, può ritenersi cristallizzata.

quello relativo alle scelte di fine vita, il legame tra diritto penale e morale è particolarmente stretto e indissolubile.

Sul tema, vi è chi evidenzia che vi sia una differenza netta tra diritto e morale, da considerare come sfere totalmente autonome e separate e sostenendo che il diritto penale debba esclusivamente preoccuparsi della pacifica convivenza sociale⁶⁷.

Tuttavia, deve evidenziarsi l'esistenza di diversi approcci che non giungono alla conclusione appena descritta.

Vi è chi professa una identità tra diritto penale e morale⁶⁸, sostenendo che compito del diritto è quello di reprimere comportamenti che contrastino con quest'ultima, garantendo un minimo etico da rispettare.

Inoltre, occorre richiamare le considerazioni svolte da Feinberg, secondo cui «il principio del danno, a differenza degli altri principi limitativi della libertà individuale, è un principio che tutela l'autonomia personale e il valore morale del rispetto della persona che con l'autonomia si associa»⁶⁹. Pertanto, tale principio del danno appare idoneo a rafforzare alcuni principi morali e, dunque, non può definirsi eticamente neutrale. Tuttavia, deve evidenziarsi che si tratta solo di quei principi morali che vengono in gioco con riguardo alle scelte e decisioni individuali necessarie per lo sviluppo della personalità individuale. Dunque, il principio del danno ha lo scopo di assicurare il rispetto dell'autonomia del singolo e dei suoi diritti umani, non considerando gli altri principi morali.

Altra dottrina ritiene che entrambe le alternative proposte, quella dell'assoluta incompatibilità e quella della identità concettuale, siano eccessivamente radicali. Invero, posta la inevitabile connessione esistente tra diritto penale e morale, per tale orientamento l'impostazione preferibile appare quella che percorre la via intermedia definita come «tesi dei cerchi

⁶⁷ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 33.

⁶⁸ Tale impostazione, ad esempio, è desumibile da una analisi complessiva del pensiero di Georg Jellinek.

⁶⁹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 112.

intersecantisi», secondo cui esisterebbe una molteplice relazione tra le norme penali e le regole morali⁷⁰.

Del resto, a sostegno di quanto affermato può aggiungersi che nessun principio può operare come se fosse tiranno⁷¹, primeggiando sugli altri senza alcun contemperamento. Questo è ritenuto valido anche per il principio di autoresponsabilità, per un verso, e per i principi morali, per altro verso. In via incidentale, però deve evidenziarsi come un eccessivo lassismo nell'applicazione del principio di autodeterminazione in favore di una tutela di valori morali in chiave paternalistica potrebbe, nella sostanza, comportarne una sua silente e implicita soppressione.

Quanto sin qui espresso pone in luce il possibile rapporto tra la funzione promozionale o propulsiva del diritto penale, ossia la capacità di quest'ultimo di migliorare le condizioni morali dei singoli, e il paternalismo. Invero, al netto di quanto già affermato, l'impostazione paternalistica mira a «elevare» un soggetto, inducendolo a compiere scelte ritenute dall'ordinamento come le migliori possibili, maggiormente responsabili e non dannose dei propri diritti. Tale aspetto, pertanto, potrebbe giustificare interventi paternalistici a patto che la loro eventuale violazione non comporti l'applicazione di sanzioni penali, ma solo l'irrogazione di sanzioni amministrative, e che la loro previsione non limiti eccessivamente la sfera di libertà e autonomia del singolo.

Pertanto, può convenirsi con l'idea per cui i rapporti tra diritto penale e morale comportano l'impossibilità per lo Stato sia di imporre coercitivamente determinati comportamenti ai singoli cittadini sia di promuovere coattivamente la moralità. Sempre su tale solco, al diritto penale non può essere riconosciuto il compito di determinare la morale propria della collettività in cui opera, avendo quale suo unico scopo quello di sanzionare i comportamenti lesivi di diritti di terzi, in armonia con i principi di materialità

⁷⁰ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato. Sui rapporti tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, Napoli, 1998.

⁷¹ *Ex multis*, Corte Cost. n. 85/2013 e Corte Cost. 58/2018.

del diritto penale e di necessaria offensività del comportamento penalmente rilevante.

Peraltro, si è ulteriormente evidenziato che, nelle odierne società pluralistiche, caratterizzate dalla valorizzazione delle scelte private dell'individuo quale limite dell'autorità morale dello Stato, non è comunque possibile attribuire l'autorità della coercizione (morale) sulla base di argomentazioni morali che si presentano come razionali e coerenti⁷².

Così, può ragionevolmente affermarsi che il principio di autonomia del singolo costituisce, nella sua manifestazione concreta rappresentata dal consenso, pilastro portante dell'etica laica pluralista adottata dai moderni ordinamenti.

Per vero, in un momento storico dove risultano preminenti le richieste avanzate dai singoli di maggiori spazi di libertà nella gestione dei propri beni giuridici, tanto più se personalissimi come la vita e l'integrità fisica, si ritiene necessario affiancare a tale riconoscimento di libertà anche l'attribuzione (almeno in parte) di responsabilità per la lesione subita dal suo stesso bene. Da ciò deriva una riduzione e conseguente limitazione della responsabilità penale dell'autore della condotta, allontanandosi pertanto dalla logica della tutela penale «sempre e comunque» e sposando un approccio che valorizza l'interazione delle parti coinvolte dal reato⁷³.

Tale valorizzazione della posizione assunta dal titolare del bene leso emerge in maniera nitida in ambito sanitario, dove si registra un progressivo abbandono del c.d. paternalismo medico, ed in ambito di reati sessuali⁷⁴.

⁷² S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*; Seconda Edizione, Torino, 2014, p. 3 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

⁷³ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 35 ss.

⁷⁴ Con riguardo a quest'ultima categoria di illeciti, si ricorda, a titolo esemplificativo, la riforma intervenuta in Germania tra gli anni '60 e '70, attraverso cui la tutela penale è stata progressivamente traslata dalla morale sessuale alla libertà individuale, facendo venir meno qualsiasi rilevanza penale degli atti sessuali consensuali compiuti tra adulti. Un procedimento analogo si è verificato anche in Italia con la riforma del 1996, ricomprendendo i reati in materia sessuale sotto il capo relativo ai delitti

5.2 Le diverse manifestazioni del paternalismo

La definizione di paternalismo fornita e la descrizione delle sue caratteristiche sono fondate su una visione che non tiene conto né dell'aspetto volontaristico della condotta autolesionistica né della capacità del soggetto che la pone in essere e a cui è rivolta la norma penale.

Valorizzando tali aspetti è possibile distinguere diverse forme di paternalismo. Invero, una prima distinzione intercorre tra le ipotesi di paternalismo attivo e quelle di paternalismo passivo, a seconda che le norme coercitive di riferimento contengano un comando o un divieto.

Ulteriore classificazione distingue il paternalismo puro o diretto da quello impuro o indiretto, a seconda che le disposizioni trovino giustificazione nella sola volontà di prevenire offese allo stesso soggetto agente o siano volte ad evitare che la condotta di taluno provochi un danno a soggetti terzi o all'intera comunità⁷⁵.

Inoltre, gli elementi sopra richiamati, ossia l'aspetto volontaristico della condotta autolesive e la capacità del soggetto, sono posti alla base della distinzione, teorizzata da Feinberg, tra due ulteriori differenti tipologie di paternalismo, che prendono il nome di *hard paternalism* e *soft paternalism*. Queste due diverse categorie sono state indicate dalla dottrina italiana attraverso differenti denominazioni, tra le quali, a scopo pratico, si decide in questa sede di adottare quella di *paternalismo forte* o *dispotico* e *paternalismo debole* o *tutorio*⁷⁶.

contro la persona. In tal modo si è abbandonata la visione tradizionale che poneva al centro la tutela della moralità pubblica da cui si desunse la dimensione pubblicistica della libertà sessuale, affermandone la natura di diritto personale.

⁷⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 106; v. par. 5.3 per un approfondimento sulla distinzione.

⁷⁶ A. SPENA utilizza la terminologia particolarmente evocativa di *paternalismo dispotico* con riferimento all'*hard paternalism* e di *paternalismo tutorio* con riguardo al *soft paternalism*.

Entrambe le tipologie hanno lo scopo di tutelare il bene dell'individuo, ponendo un ostacolo all'azione autolesiva dello stesso. Si tratta, pertanto, di una impostazione che impone al legislatore di intervenire in chiave *lato sensu* solidaristica, altruistica e benevola.

Tuttavia, al netto di tali punti di contatto, le due ipotesi differiscono sostanzialmente. Invero, esse adottano una nozione di «bene dell'individuo» totalmente distinta, in quanto mentre il paternalismo *soft* tutela l'autonomia dell'individuo ed interviene solo ove il soggetto non sia pienamente capace, quello *hard* prescinde totalmente da tale aspetto e anzi vi si contrappone.

Tanto premesso, deve evidenziarsi che coloro i quali si dichiarano espressamente antipaternalisti ritengono concettualmente esistente la sola forma di paternalismo forte. Invero, gli stessi definiscono tale categoria come fondata intorno al canone del «danno a se stessi» e pertanto concependo l'intervento paternalista come limitazione della libertà dell'individuo, non tenendo conto della volontà del soggetto che si intende tutelare.

5.2.1 Il paternalismo forte o dispotico

Con riferimento al paternalismo forte, esso si configura quando l'ordinamento limita le scelte consapevoli assunte dall'individuo. Tale tipologia di intervento paternalista opera con l'obiettivo di evitare che il singolo soggetto, seppur pienamente capace, si procuri un danno attraverso la propria condotta. Pertanto, si pretende di imporre la massima tutela del bene dell'individuo, senza tenere in alcun conto la sua volontà⁷⁷.

Dunque, tale impostazione mira a imporre dispoticamente una regola al fine di evitare che l'individuo, anche se consapevole di volerle porre in essere, pertanto con un volere pieno, consapevole e responsabile, non tenga determinate azioni. In tali casi lo Stato si sostituisce integralmente al singolo,

⁷⁷ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1215.

imponendogli di fatto dei comportamenti e prevedendo delle conseguenze penali anche nel caso in cui il bene o interesse tutelato risulti essere stato oggetto di un preventivo consenso alla sua lesione o messa in pericolo, ponendosi lo Stato stesso al di sopra dell'individuo e utilizzando la propria autorità per regolare anche i comportamenti autonomi dei suoi consociati.

In via di estrema sintesi, dunque, il paternalismo forte può ritenersi configurato allorché l'ordinamento ignori la decisione cosciente e volontaria assunta dal singolo individuo, ovvero «quando un fine oggettivo e determinato da altri, alla cui determinazione esso non è stato coinvolto, impone ciò che è ottimale per costui»⁷⁸.

Sulla base di tali considerazioni può convenirsi sull'idea che tale tipologia di paternalismo si contrapponga al principio di autonomia della persona, in quanto la stessa si fonda sulla categoria del «danno a se stessi». Volontà e responsabilità non sono tenute in considerazione da tale paternalismo, per il quale risultano del tutto irrilevanti. Lo stesso Feinberg sul tema rilevava che l'*hard paternalism* non è mediato dalla massima *volenti non fit iniuria*⁷⁹ e, pertanto, viene ritenuto inammissibile in quanto violativo della sovranità assoluta dell'individuo e della sua autonomia.

Dunque, il paternalismo dispotico è da ritenere una concezione da respingere in quanto eccessivamente rigorosa e incompatibile con la concezione liberale che si è descritta precedentemente. Viene ribadito che, secondo quest'ultima concezione, vige il principio per cui la sanzione penale è ammissibile solo laddove costituisca *extrema ratio*, in conseguenza della violazione della massima per cui non si deve nuocere agli altri (*harm to others*) con i propri comportamenti. Diversamente, qualora un soggetto decida coscientemente e consapevolmente di mettere in pericolo o ledere un

⁷⁸ C. PRITZWITZ, *Selbstschuld?*, cit. p.53; M. RIGOPOULOU, *Grenzen des Paternalismus im Strafrecht*, Berlino, 2013, p. 26.

⁷⁹ J. FEINBERG, *Harm to self*, Oxford, 1986, p. 11; A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1216.

proprio bene giuridico (*harm to self*), l'imperativo liberale ne impone la irrilevanza penale⁸⁰.

In merito alla sua incompatibilità con l'ordinamento liberale, si ritiene utile evidenziare che la Carta costituzionale italiana riconosce rango primario alla libertà di autodeterminazione e, in quanto tale, la stessa può essere compresa laddove tale limitazione risulti funzionale alla tutela di diritti di pari rango. Inoltre, anche laddove si confrontino diritti o interessi di pari livello, si ritiene necessario individuare in concreto una scala di valori, nei cui gradini più alti non può che trovarsi la stessa libertà di autodeterminazione.

Pertanto, alla luce della descrizione appena operata e delle considerazioni che si svilupperanno nel prosieguo della trattazione, può ragionevolmente affermarsi che le ragioni poste a fondamento del paternalismo forte non possono essere ritenute giustificazione sufficiente per sostenere scelte di criminalizzazione.

Invero, ammettendo la sua assoluta validità si genererebbe un contrasto con il principio della centralità della persona umana, ormai baluardo dei più recenti sistemi ordinamentali costituzionali e affermata anche da disposizioni di matrice sovranazionale come la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea. Sarebbe pertanto incompatibile con la promossa impostazione personalistica che pone al centro il valore della persona umana⁸¹.

Tuttavia, deve comunque precisarsi che il rifiuto di un paternalismo forte non deve legittimare un assoluto disinteresse da parte dello Stato verso i diritti dei singoli consociati⁸².

5.2.2 Il paternalismo debole o tutorio

Diversamente, il *soft paternalism*, o paternalismo debole, si configura allorché l'ordinamento preveda limitazioni nel caso in cui un soggetto ponga

⁸⁰ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 29.

⁸¹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 273.

⁸² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2018.

in essere una condotta autolesiva frutto di scelte non pienamente volontarie o capaci. Tale tipologia di paternalismo ha lo scopo di impedire che un soggetto si procuri un danno mentre si trova in una posizione di incompetenza⁸³, tale da non consentire allo stesso individuo di compiere scelte veramente razionali e consapevoli. Pertanto, in tali casi lo Stato è legittimato a intervenire per assicurare una maggiore tutela a individui che presentino situazioni deficitarie, come ad esempio nel caso di mancanza di capacità intellettuale, minore età, o altre circostanze che limitino o escludano la capacità di intendere e di volere della persona. Tale intervento si giustifica laddove il suo destinatario sia effettivamente un soggetto che necessiti di protezione. In questo contesto, vi è chi evidenzia che in tali ipotesi l'ordinamento non sostituisce la volontà del singolo, ma la completa in modo necessario all'individuo e alla protezione dei suoi interessi. Adottando tale visuale, viene preminentemente in considerazione l'ottica di protezione e cura dell'individuo debole piuttosto che quella della tutela paternalistica *ex se*⁸⁴.

Pertanto, il paternalismo debole riguarda quelle ipotesi in cui lo Stato intende proibire condotte autolesive ovvero lesive, in presenza del consenso dell'interessato, quando e solo quando queste condotte siano involontarie o autorizzate da un consenso viziato, non genuino. Tale condizione di relativa incapacità che impedisce al soggetto di amministrare correttamente i suoi interessi, versando in uno stato di minorata difesa, legittima l'adozione di un approccio riconducibile al paternalismo debole. Invero, nel codice penale sono rinvenibili ipotesi la cui *ratio* giustificatrice appare quella propria di tale tipologia di paternalismo, come ad esempio le fattispecie di circonvenzione di incapace o di usura.

⁸³ Si parla di situazioni di «incompetenza basica» che possono consistere in: ignoranza di elementi rilevanti nella specifica situazione; forza di volontà grandemente compromessa; facoltà mentali temporaneamente o permanentemente ridotte, dovute a ipnosi o minaccia; irrazionalista. Così: E. GARZÓN VALDÈS, *Es eticamente justificable el Paternalismo jurídico?*, cit., p. 165.

⁸⁴ M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, p. 987 ss.

Dunque, lo Stato che adotta la concezione propria del paternalismo debole fonda la sua legislazione sul dichiarato obiettivo o di prevenire una decisione deficitaria del soggetto titolare del diritto leso o posto in pericolo, o di determinare se l'atto di volontà non sia viziato e risulti frutto della mera volontà individuale.

Sulla base di tali considerazioni, si ritiene che, nonostante sia necessario assicurare tutela alle istanze emergenti della collettività, deve comunque garantirsi l'applicazione dei principi liberali che danno la possibilità all'individuo di determinare la propria esistenza e di agire nel senso preferito. Come detto, le uniche limitazioni ammissibili sarebbero quelle volte ad assicurare la pacifica convivenza all'interno della comunità e che siano volontariamente assunte dalla stessa persona che le subisce. Conseguentemente, l'unico spazio di azione per lo Stato residua in quei settori in cui il suo intervento è percepito come necessario, dovendo, nei restanti spazi, autolimitarsi non intervenendo.

In tale ottica non assume alcuna rilevanza la logica del «danno a sé», in quanto il principio da cui muove tale impostazione è quello di autonomia, attraverso cui si intende impedire a un soggetto di compiere determinate azioni quando non è pienamente responsabile e, pertanto, non è nelle condizioni di valutarne le effettive conseguenze dannose o pericolose.

Il fine cui tende tale tipologia di paternalismo è quello solidaristico dell'integrazione della responsabilità, tipico dell'istituto della «posizione di garanzia»: invero, tale istituto si presenta in modo eguale sia che il suo obiettivo sia quello – paternalistico - di proteggere il soggetto non pienamente capace dal compiere atti di autolesionismo, sia che intenda operare su di lui un controllo al fine di evitare che la sua condotta arrechi danno a soggetti terzi.

Dunque, devono ritenersi accettabili le manifestazioni del paternalismo debole in quanto comunque volte a salvaguardare l'autonomia dell'individuo, ritenendo che questa venga tutelata anche nei casi in cui il soggetto non sia pienamente capace. Tale accettazione si fonda sulla considerazione per cui

questa tipologia di paternalismo è estrinsecazione della idea di libertà dell'individuo di agire in autonomia per il soddisfacimento dei propri beni, che è possibile solo ove costui versi in una condizione di piena capacità.

In una ottica di ulteriore approfondimento, può aggiungersi che la razionalità e la ragionevolezza del soggetto costituiscono elemento imprescindibile per una compiuta attuazione dei principi liberali nel campo del diritto penale, dove assume rilevanza centrale il valore dell'autonomia individuale. In assenza di tali presupposti, invero, l'autonomia risulterebbe svuotata di qualsiasi contenuto: «l'autonomia è il valore della scelta consapevole, non della scelta *tout court*; è il valore derivante dal fatto che il soggetto, tramite la ragione, è in grado di dare regole a se stesso»⁸⁵.

Deve partirsi dal presupposto che l'uomo è un essere razionale che, in quanto tale, è capace di scegliere consapevolmente i propri comportamenti valutandone anche le relative conseguenze. Pertanto, il concetto di libertà fatto proprio dalla concezione liberale si connota per essere necessariamente caratterizzato dalla capacità dell'individuo responsabile.

Dalle considerazioni che precedono può ribadirsi l'ammissibilità del paternalismo *soft* in quanto non violativo del principio di autonomia, circostanza utile a giustificare e legittimare un valido riconoscimento, così come si giustifica e accetta l'istituto civilistico della tutela *ex artt.* 357 ss. (esercizio della tutela) e 424 cod. civ. (tutela dell'interdetto e curatela dell'inabilitato).

In tale ottica, pertanto, lo Stato che agisce secondo il ragionamento paternalista, non solo ha il diritto, ma finanche il dovere di curare gli interessi dei consociati i quali, non trovandosi in condizioni di piena capacità, non sono ritenuti idonei a prendersi cura dei propri interessi; tale dovere giunge sino alla tutela del cittadino incapace, inconsapevole, irresponsabile, tutelandolo

⁸⁵ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1218; I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. A cura di V. Mathieu, Milano, 1994.

anche al fine di evitare che lo stesso si procuri danni o metta in pericolo i suoi propri interessi o beni giuridici.

Pertanto, può ragionevolmente affermarsi che l'attuale realtà culturale e giuridica impone che la tutela del singolo individuo avverso comportamenti da lui stesso posti in essere è ammissibile solo laddove lo stesso risulti privo di adeguata capacità, tanto da poterlo considerare un c.d. soggetto debole⁸⁶.

La valutazione in merito a tale capacità deve, però, essere effettuata in concreto, al fine di garantire l'assoluta necessità dell'intervento dell'ordinamento nella sfera di autonomia del singolo individuo.

Tanto premesso, a titolo di completezza deve evidenziarsi che il paternalismo debole potrebbe essere considerato come una particolare forma di manifestazione del principio del danno a terzi (*harm to others*), non costituendo nella sostanza un autonomo principio di criminalizzazione⁸⁷.

Invero, in molte delle ipotesi descritte non si realizza un vero e proprio danno (a se stessi) in quanto le fattispecie considerate non richiedono alcuna condotta da parte della vittima né presuppongono un suo consenso. L'aspetto paternalistico, in tali contesti, si veste, come precedentemente espresso, con l'abito proprio dell'obbligo di garanzia, che impone una cura particolare della vittima, e che è previsto dall'ordinamento come generale dovere gravante sull'autore della condotta quando essa sia rivolta a un soggetto che versi in condizioni di debolezza e che, quindi, deve essere garantito. Da ciò deriva l'inapplicabilità della causa di giustificazione del consenso all'avente diritto *ex art. 50 cod. pen.*⁸⁸ alle ipotesi descritte.

Dai differenti casi in cui è prevista una collaborazione di qualsiasi tipo da parte della vittima, ad esempio adottando una condotta autolesionistica, si rinviene comunque un netto collegamento con il principio del danno in quanto tali fattispecie ruotano attorno alla lesione a terzi che può derivare da tali

⁸⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 283.

⁸⁷ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1222.

⁸⁸ Di cui si parlerà ampiamente nel prosieguo, v. *infra*.

condotte e, pertanto, l'eventuale consenso prestato dalla vittima è da considerare, ancora una volta, invalido in quanto viziato da incompetenza.

Ciò posto, si ritiene necessario evidenziare che la forma di paternalismo debole genera dei rischi applicativi di cui deve tenersi conto. Invero, tale impostazione si fonda su criteri e concetti non univocamente interpretabili. Si fa in particolare riferimento ai concetti di «capacità», «consapevolezza», «maturità» e «responsabilità» che entrano in gioco quando le norme paternalistiche intendono assicurare tutela a soggetti ritenuti deboli. Tali concetti presentano il rischio di essere riempiti con intenti sostanzialistici, ossia con contenuti valoriali capaci di imporre una certa concezione di bene della vita⁸⁹.

Tale preoccupazione trova il suo ancoraggio nelle considerazioni svolte da Isaiah Berlin nel suo saggio «Due concetti di libertà»⁹⁰, dove si evidenzia che, con riferimento alla stessa persona, è possibile distinguere «due io», di cui uno più superficiale, esposto alle passioni e alla natura, e un secondo razionale e ragionevole, corrispondente alla parte migliore dell'individuo.

Bene, vi è il rischio che lo Stato ritenga che le proprie determinazioni coincidano con quelle che avrebbe preso questo secondo io, così da realizzare una trasformazione del paternalismo *soft* in paternalismo *hard*. Più specificamente, tali ipotesi verrebbero ad esistenza nei casi in cui lo Stato imponga una certa gerarchia di valori, non limitandosi a richiedere a chi dispone dei suoi diritti una sufficiente capacità e consapevolezza ma cercando di «inculcargli un certo modo di bilanciare gli interessi in gioco, gerarchia e bilanciamento che invece l'individuo consapevolmente rifiuta»⁹¹.

⁸⁹ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1223.

⁹⁰ I. BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), in Id., *Libertà* (2002), a cura di H. Hardy, trad. it. Di G. Rigamonti e M. Santambrogio, Milano, 2010, p. 169 ss.

⁹¹ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1225.

5.3 La distinzione tra il paternalismo puro o diretto e il paternalismo impuro o indiretto

In tema di paternalismo, ulteriore distinzione che assume rilievo è quella tra le condotte che arrecano un danno solamente a chi le pone in essere e quelle che, invece, generano una lesione anche in capo ad altri soggetti terzi. Tali diverse ipotesi vengono usualmente definite come paternalismo puro o diretto e paternalismo impuro o indiretto.

Più specificamente, nel caso di paternalismo diretto, lo Stato mira a impedire le azioni che un determinato soggetto rivolge contro se stesso: il precetto penale è indirizzato direttamente contro la persona da tutelare.

Differentemente, in caso di paternalismo indiretto, l'ordinamento mira a sanzionare il terzo che, attraverso la sua condotta e con il consenso della vittima o su sua richiesta, gli procura un danno. Dunque, in questi casi la norma penalistica è rivolta contro terzi che mettono a rischio o ledono con la propria condotta beni giuridici della persona protetta, anche nel caso in cui vi sia il consenso di quest'ultima o l'azione si verifichi conseguentemente a una sua espressa richiesta.

In tale solco assume rilevanza l'ulteriore distinzione tra condotte autodirette, che si sostanziano in quelle azioni od omissioni che la vittima pone in essere e che risultano idonee a ledere esclusivamente un suo interesse o diritto, e condotte eterodirette, ossia quelle azioni od omissioni capaci di ledere, oltre ai beni e interessi della vittima del reato, anche beni e interessi di soggetti terzi⁹².

Alla luce delle definizioni fornite, vi è chi ritiene che il paternalismo diretto si configuri allorché l'atteggiamento protettivo dello Stato riguardi un solo soggetto, mentre la forma indiretta si avrebbe quando tale atteggiamento sia rivolto a più soggetti.

⁹² Feinberg parla di condotte *self-regarding* e condotte *other regarding*.

Così, secondo l'impostazione di Feinberg, la prima delle tipologie di paternalismo descritte è inammissibile perché contrastante in modo netto con il principio di autonomia. Per l'Autore, inoltre, sarebbe inammissibile anche il paternalismo indiretto, ritenendo che nel caso in cui la vittima acconsenta alla lesione di un proprio diritto verrebbe meno l'antigiuridicità della condotta e, conseguentemente, anche la illiceità del fatto.

Tali considerazioni sono frutto della assoluta rilevanza che Feinberg attribuisce alla massima *volenti non fit iniuria*, su cui si fonda il principio di autonomia della persona e di sovranità assoluta su se stessa. Proprio in questa ottica, viene ritenuto ammissibile che un soggetto acconsenta alla lesione di beni supremi, come possono essere la vita o l'incolumità fisica, con la precisazione, però, che «più importante è il diritto che viene leso, più scrupolosa dev'essere l'indagine sulla volontarietà del consenso»⁹³.

Sul tema della distinzione appena descritta, giova evidenziare che parte della dottrina⁹⁴ ha criticato l'impostazione proposta da Feinberg, contestando in particolare la possibilità di individuare *a priori* criteri generali capaci di limitare la discrezionalità del legislatore, ritenendo che quest'ultimo non possa essere limitato dalla esistenza di un previo e generale limite all'introduzione di limitazioni paternalistiche.

Tanto premesso, si sottolinea che le due tipologie di condotte oggetto di approfondimento non sono facilmente distinguibili, essendo determinante in proposito la concezione del bene tutelato che il diritto penale intende adottare. Proprio sulla base di ciò, può ragionevolmente ritenersi che la distinzione *de qua* può risultare anche opinabile e mutevole col passare degli anni, condizionata com'è dall'importanza valoriale che può essere data o negata a certi beni giuridici a seconda del periodo storico a cui si guarda.

⁹³ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 225.

⁹⁴ M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010.

Così, seppur agevole in teoria, concretamente tale distinzione non risulta univoca.

Invero, può sostenersi che siano ben poche le azioni dei singoli individui che possano essere considerate veramente autodirette, non producendo alcun effetto sui terzi. Così opinando, la stragrande maggioranza degli interventi legislativi sarebbe comunque volta alla protezione di beni altrui, rispondendo così alla logica propria del principio del danno.

Prova di quanto appena affermato risiederebbe nella normativa sull'omissione di soccorso⁹⁵, in quanto, prevedendo un obbligo generalizzato di assistenza, il Legislatore limita, riducendolo drasticamente, lo spazio di assoluta libertà e autonomia dei singoli, i quali possono essere chiamati in qualsiasi momento a dover prestare aiuto (*rectius* soccorso) nei confronti di altri consociati, qualora essi si trovassero in condizioni di difficoltà o pericolo.

Tale impostazione è stata criticata da altra parte della dottrina⁹⁶, secondo cui le scelte dei singoli rappresentano espressione della loro sovranità e la maggior parte di queste azioni non sono idonee a produrre effetti sulla sfera di terzi. In queste ipotesi, viene ritenuto corretto che il singolo scelga liberamente come agire per il raggiungimento del «proprio» bene o, perfino, del proprio male, concetti che si presentano come estremamente soggettivi.

La stessa dottrina, con riguardo al fronte dell'omissione di soccorso, rileva che appare legittimo sanzionare certe tipologie di omissioni senza però ammettere che tutti i comportamenti del singolo producano effetti verso terzi.

Con riguardo alla difficoltà di distinguere le condotte autodirette da quelle eterodirette, appare utile proporre un ulteriore esempio pratico, volto a chiarire gli aspetti dell'analisi condotta.

Si fa riferimento alla disciplina relativa all'obbligo di indossare caschi o cinture di sicurezza. Tale specifico tema è stato oggetto di approfondimento

⁹⁵ H. MALM, *Su Feinberg, in tema di paternalismo*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, pp. 123 ss.

⁹⁶ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 235.

da parte della Corte costituzionale federale tedesca⁹⁷, la quale, affermando che qualsiasi limitazione imposta dallo Stato ai suoi consociati è giustificata laddove sia volta a tutelare ragioni costituzionalmente rilevanti, ha ritenuto le disposizioni in materia di circolazione stradale conformi al diritto al libero sviluppo della personalità di ciascuno.

Più approfonditamente, la Corte ha evidenziato che una restrizione della libertà del singolo è ammissibile solo nei limiti in cui sia volta alla tutela dello stesso soggetto a cui è rivolta. Con specifico riguardo all'obbligo per i motociclisti di indossare il casco protettivo, lo stesso Collegio lo ha ritenuto legittimo in quanto proporzionato allo scopo prefissato, consistente, per l'appunto, nella tutela della vita dei centauro.

Ulteriori argomentazioni adottate dalla Corte per legittimare l'obbligo di indossare il casco si presentano come aventi un maggiore respiro in quanto tengono in considerazione gli interessi dei terzi coinvolti e della collettività. Invero, con riferimento a quest'ultima, viene evidenziato come il mancato utilizzo del mezzo di protezione, nel caso di incidente con conseguenze letali o non letali ma pur sempre dannose, comporta un aggravio per i conti pubblici, in termini di utilizzo dei mezzi di salvataggio, delle cure mediche, delle misure riabilitative e assistenziali⁹⁸.

Secondo Feinberg, questi obblighi sarebbero comunque giustificabili alla luce del principio del danno, in quanto le condotte violative sarebbero da ritenere come eterodirette poiché produttive di effetti nei confronti di terzi.

Altra prospettiva da cui analizzare le ipotesi in commento potrebbe essere quella di ritenere comunque queste condotte come autodirette e, pertanto, giustificabili solo in chiave paternalistica.

Tale visione potrebbe giustificarsi sulla base di due diverse considerazioni. In primo luogo, tale impostazione si fonda sulla circostanza per cui questi obblighi non limitano, se non lievemente, la libertà del singolo in quanto

⁹⁷ *Ex multis*, Bverf.GE, 59, 275.

⁹⁸ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 116; per inciso, gli stessi parametri descritti sembrano essere stati utilizzati dalla Corte costituzionale italiana sul medesimo tema.

quest'ultimo è libero di compiere quelle attività per cui sono previsti tali obblighi. In secondo luogo, inoltre, si tratta di obblighi la cui violazione dà luogo a sanzioni amministrative. Pertanto, potrebbe ritenersi che norme paternalistiche sono ammissibili nelle ipotesi in cui la loro violazione venga punita attraverso sanzioni amministrative e non penali⁹⁹. Invero, la sanzione penale appare eccessivamente incidente, in quanto, dalla sua applicazione, deriva la considerazione del reo come criminale. Differentemente, la sanzione amministrativa appare eticamente più neutra e fondata su esigenze di organizzazione sociale¹⁰⁰.

Proprio per fugare i dubbi appena rappresentati, viene sostenuto che la distinzione tra paternalismo diretto e indiretto debba essere operata applicando il criterio del danno. In altri termini, al fine di distinguere i due diversi casi occorre valutare se la condotta arrechi un danno solo a colui che la compie e per la relativa condotta non si deve rendere conto a nessuno o se, invece, la stessa condotta sia idonea anche a provocare un danno a terzi.

Per ritenere dirimente tale criterio, deve adottarsi una nozione di danno non meramente descrittiva ma imperniata sulla violazione di un diritto altrui o di un obbligo di tenere una determinata condotta verso altri o verso la società.

Quanto appena espresso, però, è idoneo a manifestare le criticità di tale distinzione. Invero, emerge come tale tipologia di ragionamento si presenti come circolare. In altri termini, per poter fornire una definizione di danno è necessario individuare il perimetro delle libertà di cui il singolo individuo può godere e, allo stesso tempo, degli obblighi che gravano su di lui nei confronti dei suoi consociati o della società in cui opera. In termini semplicistici, occorre individuare il limite della sua libertà, il punto in cui la stessa cessa per far spazio alle libertà e ai diritti altrui.

⁹⁹ Pensiero elaborato da Andrew VON HIRSCH.

¹⁰⁰ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 231.

Emerge così come la concezione antipaternalista che fonda le sue osservazioni sul principio del danno non considera debitamente la circostanza per cui lo stesso concetto di danno risulta essenzialmente contestabile, in quanto intriso di contenuti valoriali e condizionato dal sistema in cui è chiamato ad operare.

Proprio per tali ragioni, vi è chi ritiene tale principio un mero espediente retorico, sorte comune al dibattito tra paternalismo e antipaternalismo¹⁰¹.

Alla luce di quanto affermato, potrebbe ritenersi che la questione non ruoti sulla legittimità del divieto di condotte idonee ad arrecare un danno a sé, ma, diversamente, «se il danno a terzi, che si pretende di prevenire con l'incriminazione, sia o meno effettivamente connesso con la realizzazione della condotta incriminata». In tal modo le questioni *de quibus* non riguarderebbero tanto la rilevanza dell'autodeterminazione quanto piuttosto la dannosità di una certa condotta rispetto a soggetti terzi, problematica appartenente al perimetro del danno ad altri, «nel quale la natura autolesionistica della condotta rappresenta una variabile tutto sommato incidentale, secondaria, non centrale»¹⁰².

5.4 Riflessioni sull'impostazione paternalistica

Tanto premesso, si ritiene necessario svolgere alcune considerazioni relative alla validità dell'impostazione paternalistica e alla sua possibile ammissibilità negli ordinamenti liberali moderni.

Così come già evidenziato, l'impostazione paternalistica elaborata da Feinberg è andata incontro alle critiche di coloro che rifiutano l'esistenza di un autonomo principio paternalista e ne prediligono una dimensione temperata¹⁰³. In particolare, con riguardo alle ipotesi di paternalismo

¹⁰¹ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit. p. 1230.

¹⁰² A. SPENA, *ESITE IL PATERNALISMO PENALE?*, cit., p. 1231.

¹⁰³ D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 489 ss.

indiretto, si ritiene giustificabile sanzionare un comportamento attuato da un soggetto a danno di un altro, anche in presenza del consenso di quest'ultimo, essendo il diritto penale imperniato sulla figura del soggetto attivo del reato e non su quello passivo. Il ragionamento prende le mosse dall'idea che il primo obiettivo del diritto penale non è sanzionare gli autori di condotte delittuose, ma tutelare i beni giuridici. Pertanto, appare necessario individuare il punto sino a cui può spingersi la libertà riconosciuta ai singoli di operare scelte di autonomia personale.

Dunque, può ritenersi che il punto centrale per valutare la validità del paternalismo penale sia quello relativo alla volontarietà della scelta autodannosa¹⁰⁴.

In proposito, deve evidenziarsi che l'affermazione del liberalismo non è idonea a giustificare un atteggiamento statale distaccato e privo di solidarietà. Invero, una visione eccessivamente rigida, tale per cui ogni manifestazione di volontà all'autolesione sarebbe da ritenere capace di eliminare la tipicità o l'antigiuridicità del fatto di reato, si porrebbe in contrasto con il principio solidaristico che permea l'assetto costituzionale dei moderni ordinamenti giuridici.

Tali osservazioni sorgono dalla considerazione per cui l'impostazione elaborata da Feinberg si fonda sulla previsione che i singoli consociati siano soggetti responsabili e irreprensibili¹⁰⁵. Tuttavia, si evidenzia che il diritto penale deve essere rivolto anche, se non soprattutto, a tutela di quei soggetti che non presentino queste caratteristiche e che, anzi, versino in condizioni di maggiore difficoltà e debolezza.

Vengono così presi ad esempio il tema della tossicodipendenza e dell'eutanasia, evidenziando come in certi settori sia fondamentale non accontentarsi del mero consenso espresso semplicisticamente ma occorran

¹⁰⁴ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 233 ss.

¹⁰⁵ Tale criticità del pensiero di Feinberg fu rilevata da H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed. Joseph Raz, Penelope Bullock (eds.). Oxford, 1994.

procedure apposite capaci di valutare la consapevolezza della scelta e delle sue immodificabili conseguenze. Si parla, in questi casi, di cause di giustificazione «proceduralizzate»¹⁰⁶.

In definitiva, entrambe le concezioni del diritto penale analizzate, quella fondata sul criterio liberale e quella più prettamente paternalistica, possono essere considerate valide, pur se non nelle loro concezioni estremiste.

Può sostenersi che sia gli ordinamenti che adottano una impostazione paternalista sia quelli che mettono al centro l'autoresponsabilità devono comunque essere valutati tenendo conto non solo degli interessi dello Stato ma anche degli interessi degli individui e dei gruppi sociali maggiormente influenti¹⁰⁷.

Tali considerazioni possono ritenersi ugualmente valide anche laddove si ritenesse che l'ordinamento sia improntato a un principio di liberalismo puro, in quanto, pur sostenendo che porre sotto tutela le persone per il loro bene è da considerare inconcepibile sia da un punto di vista filosofico sia da quello costituzionale, può affermarsi tuttavia che, all'interno della società, vi sono individui che, per le loro caratteristiche, necessitano di una tutela, non per forza penale, e, di conseguenza, di un intervento dello Stato in loro soccorso¹⁰⁸.

All'esito delle considerazioni svolte, può, quindi, sostenersi che il diritto penale *lato sensu* inteso, nella sua versione generale, deve ritenersi necessariamente paternalistico. Tuttavia, guardando al diritto penale in senso stretto, si evidenzia che la corrente giusfilosofica del paternalismo deve essere circoscritta agli interventi statali, soprattutto penali, sulla libertà di un individuo a beneficio e nell'interesse di quest'ultimo¹⁰⁹.

¹⁰⁶ W. HASSEMER *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994.

¹⁰⁷ C. PRITZWITZ, *Selbstschuld?*, cit. p.58.

¹⁰⁸ U. MURMANN, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, in GA, 1996, 269.

¹⁰⁹ G. DWORKIN, *Paternalism*, *Monist* 65, 1972.

Tutti i comportamenti *self regarding* (ovvero autodiretti) dell'individuo non sono limitabili dal diritto penale a meno che non risultino frutto di una volontà menomata¹¹⁰. Tale impostazione si ritiene giustificata dal fatto che una scelta inconsapevole, un comportamento privo di consapevolezza o frutto di una volontà viziata non può ritenersi espressione reale dell'autonomia dell'individuo. Pertanto, in tali ipotesi, il diritto penale può ritenersi legittimato a intervenire. Si tratta di casi di paternalismo tutorio.

Diversamente, adottando una impostazione particolarmente restrittiva, il valore liberale dell'autonomia non consentirebbe di riconoscere alcuno spazio al paternalismo nella sua accezione maggiormente incisiva. Non a caso, ciò è quanto sostenuto dagli antipaternalisti, secondo cui il valore liberale dell'autonomia contrasta evidentemente con i principi paternalistici.

Tuttavia, su tale aspetto può evidenziarsi¹¹¹ l'attualità della celebre frase sopra il detto comune, secondo cui «questo può essere vero in teoria, ma non vale per la pratica»¹¹². Invero, quale prova della validità di tale considerazione kantiana, vi sono autori che, pur definendosi decisamente liberali, ritengono che vi siano spazi per la validità di alcune manifestazioni paternalistiche.

6. Il principio di autodeterminazione quale fondamento del principio di autoresponsabilità: inquadramento concettuale

Con la descritta affermazione del diritto penale liberale, seppur mitigato dall'ammissione di forme di paternalismo tutorio, l'esercizio della libertà individuale ha assunto valore centrale all'interno dell'ordinamento giuridico. La sua compiuta affermazione risulta intimamente connessa con la più ampia valorizzazione del principio di autodeterminazione.

Invero, quest'ultimo assolve a diverse funzioni, tra cui si evidenzia il suo essere a fondamento del concetto di autoresponsabilità. Più specificatamente,

¹¹⁰ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 224.

¹¹¹ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit., p. 1211.

¹¹² I. KANT, *Scritti di filosofia politica*, a cura di D. Faucci, Firenze, La Nuova Italia, 1967, p. 47.

il principio del *sibi imputet* si ritiene non configurabile senza una previa affermazione del principio di autodeterminazione, in quanto non può parlarsi di autoresponsabilità della vittima tutte le volte in cui la scelta comportamentale di quest'ultima non sia frutto della sua libera volontà non viziata¹¹³. In altri termini, il rispetto concreto dell'autodeterminazione della vittima rappresenta il presupposto fondamentale per l'affermazione del principio del *sibi imputet*, essendo necessario che la decisione assunta dal soggetto passivo di porre in essere determinati comportamenti sia spontanea e frutto di un procedimento decisionale non viziato.

Da quanto appena espresso deriva che il principio di autoresponsabilità non può operare laddove la persona non sia pienamente capace e non abbia manifestato, anche in via implicita ma pur sempre percepibile, la sua volontà. Detto altrimenti, il principio del *sibi imputet* non può operare nel caso in cui il soggetto risulti essere un incapace o la sua volontà risulti viziata e, quindi, in assenza di una valida autodeterminazione¹¹⁴.

In tale solco, si evidenzia che, nelle società moderne, si ha la percezione che l'accoglimento generalizzato del principio del *sibi imputet* potrebbe apparire drastico ed eccessivo. Invero, negli ordinamenti contemporanei si è sviluppato un sentimento di protezione verso le fasce di popolazione più deboli, che impongono di fatto su ciascun consociato un obbligo di

¹¹³ In proposito, deve segnalarsi G. Civello, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 143 ss., dove l'autore ritiene improprio parlare di «autoresponsabilità», ritenendo più corretta la dizione «autoimputazione», in quanto la responsabilità presuppone, nella sua stessa parola, una relazione con l'altro, non potendosi così immaginare una responsabilità verso se stessi.

¹¹⁴ Deve però evidenziarsi l'esistenza di una diversa concezione, in particolare M. RONCO, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 278, dove si afferma che il presupposto logico dell'autodeterminazione deve essere rinvenuto nell'autoresponsabilità, intesa quale «responsabilità di ciascun uomo verso se stesso, verso la ragione di vero e di buono che sostanzia il complesso dei diritti e dei doveri degli uomini che vivono nella società comune»¹¹⁴. Ritenendo diversamente, e quindi non individuando tale fondamento, si perverrebbe ad adottare un approccio privo di razionalità ed espressione del trionfo dell'arbitrio individualistico.

protezione. Si fa riferimento non solo e non tanto alle persone del tutto incapaci, ma anche a quella fascia di individui che versano in condizioni di difficoltà (es. psichica) tale da non garantire che le loro libere scelte siano adeguate alla situazione concreta che hanno di fronte. Proprio sulla base di queste ultime considerazioni, possono essere ritenute ammissibili forme di intervento statale riconducibili alla concezione descritta del paternalismo debole¹¹⁵.

Con riguardo all'autoresponsabilità della vittima in generale, deve rilevarsi che alcuna dottrina ritiene tale espressione un espediente argomentativo per indicare una tematica particolarmente complessa che sussume impostazioni teoriche differenti ma comunque volte a contrastare le tendenze paternalistiche che un ordinamento penale, e la sua giurisprudenza, può assumere. In tale solco viene rilevata l'utilità pratica del concetto di autoresponsabilità quale strumento utile per garantire una corretta interpretazione delle norme giuridiche vigenti¹¹⁶.

Tanto premesso, deve altresì rilevarsi che il principio di autoresponsabilità assolve un ruolo limitante della responsabilità penale, in quanto dall'affermazione della libertà di azione di ciascun individuo, che assurge a regola generale negli ordinamenti moderni, deriva che ognuno risponda delle conseguenze derivanti dai propri comportamenti. Pertanto, la responsabilità di ciascun individuo viene ritenuta radicata nella stessa libertà di agire, come contraltare o contrappeso di questa.

Tuttavia, come già evidenziato, tale affermazione, pur apparendo assoluta, deve contemperarsi con la necessità di assicurare una tutela a interessi

¹¹⁵ A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. Fiandaca, G. Francolini, Torino, 2008, p. 93 ss., dove può evincersi che le posizioni di studiosi classici come J. Stuart Mill e Joel Feinberg non assunsero mai posizioni eccessivamente estreme circa il principio di autoresponsabilità.

¹¹⁶ O. DI GIOVINE *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 115 ss., dove si parla della nozione di autoresponsabilità come «*topos* argomentativo, lessico di sintesi».

giuridici meritevoli di protezione, in ossequio alle regole della convivenza civile all'interno di una società. Dunque, in ogni ordinamento devono individuarsi quei beni giuridici, individuali o collettivi che siano, che, nonostante il principio di libertà di autodeterminazione sul proprio agire, possono dar luogo a responsabilità penale¹¹⁷.

Pertanto, l'incisione sulla libertà di azione dei singoli consociati viene effettuata alla luce del principio di selezione dei beni giuridici¹¹⁸ meritevoli di tutela penale, sempre utilizzando quale faro indicatore il concetto di intervento penale come *extrema ratio*¹¹⁹. Invero, comunemente si accetta che lo Stato possa reprimere comportamenti dei singoli nel caso in cui gli stessi si presentino come capaci di ledere o porre in pericolo la convivenza civile e la conservazione dell'ordinamento statale come organizzazione collettiva.

Pertanto, deve sottolinearsi che il dialogo tra il principio di tutela dei beni giuridici e il carattere di *extrema ratio* del rimedio penale imporrebbe che si ricorresse a quest'ultimo solo nel caso in cui il titolare del bene giuridico protetto e messo in pericolo dalla condotta altrui, e che si esponga autonomamente al rischio della lesione o alla sua effettiva produzione, richieda tale tutela.

Adottando tale rigida impostazione, ogniqualvolta il titolare di un bene giuridico presti un consenso giuridicamente valido alla lesione o messa in pericolo effettiva del proprio bene giuridico, non potrà sorgere una responsabilità penale. In altri termini, lo Stato dovrebbe dismettere le sue vesti da tutore in presenza di due condizioni: per un verso che il consenso sia

¹¹⁷ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 25.

¹¹⁸ Si evidenzia come la crescente fortuna della teoria del bene giuridico ha di fatto comportato la perdita di interesse, se non l'estromissione dal dibattito scientifico, per la figura e per il ruolo rivestito dalla vittima del reato.

¹¹⁹ M. Helfer, *Paternalismo e diritto penale*, cit., non manca di evidenziare come, ad oggi, siano numerose le osservazioni critiche verso la consistenza effettiva del principio di *ultima ratio*, in quanto questo viene spesso abusato e portato alla sua estensione massima o ridotto nella sua dimensione minima; cfr. C. PRITTWITZ, *Garanzia di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco, Milano, p. 50 ss.

prestato dall'effettivo titolare del bene giuridico leso o messo in pericolo e che tale consenso non risulti viziato e sia frutto di una scelta libera e consapevole; per altro verso, che il bene giuridico oggetto del consenso sia nella disponibilità del suo titolare e non appartenga alla categoria dei diritti indisponibili, «in quanto il suo valore individuale supera notevolmente qualsiasi pur esistente valore strumentale dello stesso»¹²⁰.

L'idea appena espressa è posta formalmente alla base della maggior parte degli ordinamenti penali moderni. Invero, nelle due tradizioni giuridiche per eccellenza, quella di *civil law* e quella di *common law*, è possibile rintracciare l'affermazione degli stessi principi nei testi dei padri più autorevoli di tali sistemi¹²¹. Tuttavia, si sottolinea che, seppur previsti formalmente come principi cardine dell'ordinamento, gli stessi spesso non vengono del tutto applicati in concreto.

Sul tema, premessa per qualsiasi ragionamento è quella per cui qualunque soggetto opera all'interno di una comunità. Pertanto, al suo diritto assoluto di decidere se agire, come agire e perché agire fa da contraltare il suo obbligo di rispettare la stessa identica libertà degli altri soggetti consociati che operano all'interno della stessa comunità, secondo la celebre formula, pronunciata per la prima volta dal filosofo tedesco Immanuel Kant, per cui «la libertà di ciascuno finisce quando comincia la libertà altrui»¹²².

Tale impostazione viene fatta propria dagli ordinamenti moderni, dove la libertà positiva di ciascuno incontra limiti che strozzano l'autonomia individuale nell'interesse della comunità¹²³.

Da ciò, come già evidenziato, discende l'immediata conseguenza per cui all'ordinamento è rimesso l'arduo compito di delimitare il campo

¹²⁰ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 26. Sulla distinzione relativa alla natura personale o strumentale del bene giuridico, v. G. DWORKIN, *Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und personliche Freiheit*, Reinbek b., Hamburg, 1994, p. 107.

¹²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764; J. S. MILL, *Saggio sulla libertà*, 1859.

¹²² I. KANT, *Introduzione alla Metafisica dei costumi*, cit., p. 393 ss.

¹²³ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 26.

dell'autonomia e autodeterminazione di ciascun individuo che opera al suo interno, e ciò avviene mediante la scelta dei beni giuridici a cui si vuole assicurare una maggiore protezione, sociale oltre che penale.

Proprio su tale versante si rintracciano le differenze di approccio tra i diversi ordinamenti giuridici, impostazioni figlie dei diversi contesti storici e dogmatici, per un verso, e, per altro verso, delle diverse scelte di politica criminale (che possono ricondursi alle descritte concezioni del liberalismo e del paternalismo)¹²⁴.

¹²⁴ Sul tema riguardante le diverse considerazioni a livello europeo del principio di autonomia e autodeterminazione dell'individuo, v. M. DONINI, *Il principio di Offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Stile/Manacorda/Mongillo, Napoli, 2015, p. 213 ss; Id., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza penale*, in *Foro.it*, 2001, V, p. 29 ss.

Capitolo II

Il principio di autodeterminazione nell'ordinamento italiano

1. La rilevanza dell'autodeterminazione nell'ordinamento italiano

Da quanto sin qui espresso deriva la possibilità di sviluppare l'analisi relativa all'autodeterminazione e all'autoresponsabilità su due piani distinti.

Invero, una prima prospettiva guarda alla vittima come soggetto da proteggere, ammettendo così forme di intervento statale in chiave paternalista; diversamente, un secondo piano di rilevanza del soggetto passivo riguarda le ipotesi in cui lo stesso ponga in essere condotte autolesive, essendo pertanto responsabile per le lesioni da lui subite. Proprio con riguardo a tali casi, ci si interroga se sia possibile ritenere configurata una responsabilità penale di soggetti terzi.

Con riferimento all'ordinamento positivo italiano, una delle maggiori problematiche attiene alla individuazione della reale portata del principio della personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 della Costituzione. Viene ritenuto che al fine di delimitare i contorni di tale principio sia necessario valorizzare e definire il principio di autoresponsabilità, con l'obiettivo primario di evitare che un soggetto si trovi a dover rispondere penalmente per una condotta materialmente commessa da altri, ossia dalla vittima stessa del reato.

In tale solco, come già evidenziato, un ruolo di rilievo è svolto dalla «vittimologia», in base alla quale, ai fini dell'individuazione del soggetto penalmente responsabile, deve valorizzarsi la relazione intercorrente tra l'autore della condotta e la vittima del reato. Invero, l'analisi di tale relazione risulta utile per selezionare le diverse ipotesi di illecito punibili secondo i differenti istituti dogmatici operanti nell'ordinamento (imputazione in

generale, imputazione colposa, imputazione oggettiva)¹²⁵. Da ciò deriva che qualsiasi analisi sulla reale portata del principio di autodeterminazione e di autoresponsabilità non può che trovare il suo abbrivo nell'individuazione della loro «sede teoria» (autoresponsabilità e autodeterminazione; teoria causalista; teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento). In altri termini, fondamentale appare l'inquadramento, sul piano della teoria del reato, del fenomeno dell'autoresponsabilità, necessario elemento per svolgere una analisi critica delle diverse e discordanti posizioni assunte sulla materia *de qua* dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹²⁶.

Dalla possibilità di ricorrere a diversi istituti dogmatici per valorizzare il principio di autoresponsabilità può dedursi l'esistenza di una differenza di approccio al problema nei diversi ambiti in cui emerge la sua rilevanza, da cui deriva l'adozione di differenti soluzioni a seconda della materia coinvolta¹²⁷.

Ferme tali premesse di sistema, volendo analizzare concretamente l'ordinamento italiano, si evidenzia che la concezione liberale, con la contestuale accettazione di applicazioni di ipotesi di paternalismo *soft*, appare compatibile con l'assetto delineato con l'entrata in vigore della Carta fondamentale. Invero, oltre al già citato principio di personalità della responsabilità penale, quest'ultima trova tra i suoi pilastri portanti la tutela delle libertà fondamentali della persona, tra le quali vi rientra l'autonomia del singolo, di chiara impronta liberale. A tale riconoscimento di libertà fa da contrappeso il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., che obbliga lo Stato e i singoli consociati a garantire tutela a soggetti ritenuti deboli o incapaci.

¹²⁵ L. CORNACCHIA, *Autoresponsabilità e imputazione*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 99 ss.

¹²⁶ E. M. AMBROSETTI, *Considerazioni introduttive alla sessione dedicata alla «autoresponsabilità nella sua applicazione concreta»*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 157 ss.

¹²⁷ Questa diversità di approccio giustifica e rende interessante una ricerca in questa materia.

Ciò posto, nonostante il suo riconoscimento a livello ordinamentale, l'applicazione in concreto del principio di autoresponsabilità non ha conosciuto un'ampia fortuna, essendo maggioritario un orientamento giurisprudenziale che ne professa una applicazione particolarmente restrittiva. Tale atteggiamento oppositivo viene giustificato attraverso diverse argomentazioni, fondate sulla possibile violazione del principio di riserva di legge e, in molte ipotesi concrete, sul possibile conflitto con la citata ispirazione solidaristica che caratterizza la Costituzione italiana.

Pertanto, nella sostanza, la giurisprudenza nazionale continua a non attribuire centralità al ruolo della vittima, ritenendo che, diversamente, si addiverrebbe a un contrasto con la necessaria natura pubblica dell'intervento penale, comportante la deprivatizzazione del conflitto tra autore del reato e persona offesa al dichiarato fine di evitare di introdurre interessi privati nel processo penale atti a celare spunti vendicativi, ledendo i diritti del reo¹²⁸.

Tuttavia, deve sin da subito evidenziarsi come tale approccio rigoristico si ponga in contraddizione con la crescente e recente valorizzazione del ruolo della vittima, quantomeno sotto il profilo dei principi generali del diritto penale e in una ottica di una sua migliore tutela.

Ciò posto, l'analisi del diritto positivo nazionale consente di individuare diverse disposizioni attraverso cui è stata riconosciuta rilevanza al comportamento adottato dalla vittima. Invero, nel codice penale trovano disciplina le attenuanti del contributo doloso della parte offesa dal reato e della provocazione, le cause di giustificazione del consenso dell'avente diritto e della legittima difesa¹²⁹, nonché specifiche ipotesi in cui vengono valorizzate determinate caratteristiche della vittima, come età o infermità.

Tra le ipotesi indicate, particolare interesse suscita l'attenuante del concorso doloso della vittima di cui all'art. 62, n. 5, cod. pen., che prevede una attenuazione della pena prevista per il reato quando l'evento si è prodotto

¹²⁸ L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, p. 12.

¹²⁹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 9.

anche a causa del fatto doloso della persona offesa, unitamente all'azione od omissione del colpevole. Pertanto, qualora l'offesa tipica sia il prodotto di più concause, tra le quali rientra l'azione dolosa della stessa vittima che, per le sue caratteristiche, non è comunque idonea a interrompere il nesso causale tra l'evento e la condotta del colpevole, quest'ultimo, pur beneficiando di una attenuazione della pena edittale, sarà comunque ritenuto penalmente responsabile del reato¹³⁰.

Invero, l'attenuante *de qua* si fonda su uno scopo di equità che genera una sorta di compensazione tra l'elemento soggettivo del reo e quello della vittima. Tuttavia, tale conseguenza è l'unica riconosciuta dal Legislatore che, per il resto, ha voluto escludere qualsiasi rilevanza al comportamento colposo del soggetto passivo, con l'obiettivo di assicurare la più ampia tutela di quest'ultimo, anche nel caso in cui l'evento sia determinato, anche solo in parte, da un comportamento tenuto contro se stesso.

Tale esegesi è stata avallata dalla giurisprudenza, la quale ha evidenziato che per l'operatività dell'attenuante in commento è richiesto che l'evento alla cui determinazione la vittima deve concorrere sia lo stesso perseguito dal soggetto attivo ed è necessario che la condotta della vittima sia connotata da intenzionalità¹³¹.

Diversamente, in dottrina si è tentata una dilatazione interpretativa, ad esempio ampliando l'accezione giuridica di evento in modo da ricomprendere, nell'applicazione della norma in esame, anche i reati di mera condotta¹³².

In tale sede si reputa opportuno evidenziare che, qualora il contributo della vittima non sia doloso ma colposo, lo stesso potrà assumere rilevanza attraverso la disciplina generale di cui all'art. 41 cod. pen. in materia di

¹³⁰ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano, 1984, p. 146.

¹³¹ Tra le altre, Cass. 18 dicembre 1991, in Cass. pen., 1993, 1700.

¹³² E. CONTIERI, *L'attenuante del contributo causale della condotta dolosa dell'offeso dal reato*, in *Foro pen.*, 1963, p. 221 ss.

rapporto di causalità. In altri termini, il contributo colposo della vittima può interrompere il nesso di causalità tra la condotta del soggetto agente e l'evento tanto da escludere qualsiasi responsabilità penale. Per completezza deve aggiungersi che tale impostazione non è unanimemente condivisa, in quanto tale condotta colposa della vittima può essere considerata causa preesistente, concomitante o successiva non idonea a interrompere il nesso di causalità.

Ulteriore disposizione contenuta nella parte generale del codice penale atta ad attribuire rilevanza al comportamento della vittima è l'art. 50, che disciplina la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto. Posto che tale scriminante sarà oggetto di specifico approfondimento, in tale sede si evidenzia che, superata l'impostazione per cui era da applicare una concezione contrattualistica del consenso, oggi, in quanto causa di giustificazione che, come tale, rileva in modo oggettivo, si ammette che possa riguardare anche l'attività pericolosa altrui nei reati colposi.

La rilevanza del principio di autoresponsabilità nell'ordinamento italiano emerge anche dall'analisi del diritto civile. All'esito di un suo approfondimento complessivo, può concludersi che il principio di autoresponsabilità non condiziona l'intero sistema giuridico né costituisce principio essenziale e assoluto per la sua stabilità. Tuttavia, esso assolve a rilevanti funzioni che, però, sono necessariamente condizionate dalla volontà politica manifestata nelle scelte del Legislatore¹³³.

Più specificamente, la validità nell'ordinamento italiano del principio di autodeterminazione e di quello connesso di autoresponsabilità appare un dato acquisito e non dubitabile. Invero, il primo di tali principi risulta essere espressione del generale diritto di libertà di azione dei singoli individui, fondamento ideologico-politico delle moderne democrazie, che non può però spingersi a giustificare il compimento di azioni dannose o pericolose per altri soggetti. Il principio dell'autoresponsabilità, dal canto suo, viene ricondotto all'art. 27, co. 1, Cost. Posta la sua indiscussa rilevanza, la reale problematica

¹³³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 247.

risiede nell'individuazione dei suoi limiti operativi, soprattutto con riguardo alle ipotesi di concausazione di una autolesione.

La relativa valorizzazione del principio di autoresponsabilità, inoltre, è determinata dalla impossibilità per tale principio di operare in autonomia rispetto al resto dei principi dell'ordinamento. Invero, la sua portata risulta fortemente condizionata dalle caratteristiche del sistema in cui viene applicato, tanto da non poter «elidere l'efficacia incriminatrice di fattispecie che prevedono espressamente condotte concausali di un'auto lesione della vittima»¹³⁴.

Quanto sin qui espresso è utile a dimostrare la relativa rilevanza del principio di autoresponsabilità nell'ordinamento nazionale. Per contro, come già anticipato, deve ribadirsi che la concezione liberale accolta nell'ordinamento penale italiano subisce delle attenuazioni ricollegabili al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. Da tale disposizione deriva, pertanto, l'ammissibilità di un intervento statale volto a tutelare determinati beni giuridici anche contro la volontà del loro titolare, in una ottica di paternalismo tutorio.

L'influenza solidaristica si manifesta non solo in diverse disposizioni della Carta costituzionale¹³⁵, ma anche in numerose norme del codice penale volte alla tutela di soggetti deboli o vulnerabili, predisponendo reti di protezione per gli stessi, che possono, pertanto, essere interpretate come manifestazione, esplicita o implicita, totale o parziale, del paternalismo penale.

¹³⁴ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore*, cit., p. 136 ss.

¹³⁵ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale*, cit., p. 1219, dove si ritiene che tracce di *soft paternalism* più o meno esplicite sono rinvenibili negli artt. 30 (tutela dei figli minori, dentro e fuori della famiglia), 34 (istruzione inferiore obbligatoria), 36 (irrinunciabilità del riposo settimanale e delle ferie annuali), 37 (limite minimo di età per il lavoro salariato e tutela del lavoro femminile e minorile), 38 (assistenza sociale); viene ritenuto inoltre che, seppur indirettamente, tracce di paternalismo *soft* sono rinvenibili anche nelle norme costituzionali a tutela della libertà della persona e in quelle che, più genericamente, riconoscono diritti inviolabili dell'uomo e i doveri inderogabili della società (art. 2) e nella tutela della eguaglianza formale e sostanziale (art. 3). Deve precisarsi, tuttavia, che le norme appena ricordate possono essere interpretate anche nel senso escludente il paternalismo *soft*; questo però non appare decisivo nell'escludere qualsiasi possibile scopo «tutorio» di tali disposizioni.

In particolare è possibile distinguere quelle disposizioni che intendono tutelare quei soggetti che si trovano in una condizione di incompetenza basica dal porre in essere scelte autolesionistiche¹³⁶.

Altro gruppo di disposizioni in cui è ravvisabile una ispirazione quantomeno parzialmente paternalistica ricomprende quelle norme volte a sanzionare le condotte di chi non si prende cura di soggetti deboli o comunque bisognosi di assistenza¹³⁷. Si tratta di disposizioni, pertanto, in cui non è direttamente l'ordinamento a prendersi cura del soggetto bisognoso ma, attraverso le disposizioni normative, si impone a terzi il dovere di prendersene cura, sanzionando penalmente l'eventuale violazione di tale dovere. Si tratta di norme dalla chiara ispirazione solidaristica che trovano il loro valore paternalistico nell'esclusione di qualsiasi validità del consenso prestato dal soggetto debole.

Infine, altro gruppo di norme contenute nel codice penale che presenta una impronta paternalistica si rinviene in quelle disposizioni che non prevedono per la loro applicazione l'attivarsi della persona offesa (attraverso la presentazione di querela), tenendo conto che questa può difettare in conseguenza dello stato di debolezza o soggezione determinato dal comportamento di terzi¹³⁸.

Tanto premesso, deve evidenziarsi come, nell'ordinamento italiano, abbia preso campo l'idea di ancorare l'operatività del principio di autoresponsabilità all'ambito causale. Invero, viene ritenuto che il

¹³⁶ Tali disposizioni sono contenute nel codice penale agli articoli: 573, 574, 579, terzo comma, 580, secondo comma, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinques, 600-sexies, 600-octies, 609-bis, comma secondo, 609-quater, 609-quinques, 609-undecies, nonché artt. 640, 643 e 644 con le quali si intende tutelare la vittima dalla sua ingenuità, debolezza o incapacità determinata dal suo stato di bisogno. Tale individuazione di norme è operata da: A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale?*, cit. p. 1221; cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., 101-3; anche S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 128 ss.

¹³⁷ Tra le quali si ricordano i seguenti articoli del codice penale: 591, 593, 731, 732 (abrogato).

¹³⁸ È ciò che accade nei casi di abuso dei mezzi di correzione ex art. 571 cod. pen. e maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli ex art. 572 cod. pen.

comportamento della vittima scevro da qualsiasi vizio, e quindi espressione di autodeterminazione, possa avere una efficacia interruttiva del nesso causale, alla luce della teoria dell'approfondimento del rischio, secondo cui l'azione libera, consapevole e volontaria della vittima è idonea ad approfondire il rischio già creato dalla condotta di un soggetto terzo, accentrando su di sé la responsabilità dell'evento.

Inoltre, alla stessa conclusione, per cui si dovrebbe attribuire efficacia interruttiva del nesso causale alla autolesione compiuta dal soggetto capace, al fine di evitare l'attribuzione di responsabilità all'agente, in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale, può giungersi anche nel caso in cui si succedano più azioni poste in rapporto di causalità consecutiva rispetto all'evento. Per vero, qualora a seguito della realizzazione di una condotta causale tipica rispetto ad ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva¹³⁹ la vittima di tale condotta ponga in essere un ulteriore comportamento causalmente tipico da cui scaturisce l'evento lesivo, il nesso causale tra la prima condotta e quest'ultimo deve ritenersi interrotto, in quanto «il significato umano e sociale della condotta volontaria più prossimo all'evento è tale da permettere di qualificarla come sufficiente da sola a determinare l'evento e dunque da accentrare su di essa l'intero disvalore del risultato lesivo»¹⁴⁰.

1.1 La concreta operatività del paternalismo tutorio nell'ordinamento italiano

Al netto delle disposizioni richiamate nel paragrafo precedente, l'ammissibilità nell'ordinamento nazionale di forme di paternalismo tutorio è emersa con riguardo a diversi casi concreti.

¹³⁹ Nella sua attuale consistenza che ne richiede quantomeno la colpa in concreto.

¹⁴⁰ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore*, cit., p. 153.

Tra essi, un tema che ha assunto particolare rilevanza, e che verrà approfondito ulteriormente nel prosieguo della trattazione, è quello relativo alla responsabilità penale nelle scelte di fine vita, relativamente alle ipotesi di istigazione o aiuto al suicidio e omicidio del consenziente.

Più in particolare, entrambe le ipotesi vengono espressamente previste e sanzionate nel codice penale italiano.

Invero, l'art. 580 cod. pen. è uno dei delitti previsti a tutela della vita e della incolumità individuale, prevedendo la configurazione di una responsabilità penale per colui il quale istiga o agevola il proposito suicida altrui. Si ritiene che, attraverso tale disposizione, il Legislatore abbia inteso escludere la possibilità di ravvisare l'esercizio di un diritto individuale attraverso il proposito suicida¹⁴¹. Inoltre, la disposizione in commento rappresenta altresì l'intenzione di sanzionare quelle condotte che si sostanziano in un contributo causale all'assunzione della decisione suicidiaria della vittima. Non si realizzerebbe così un concorso nell'autodeterminazione della vittima ma dovrebbe parlarsi di eterodeterminazione della morte altrui. Così, la struttura dell'illecito penale in esame sarebbe affine a quella dell'omicidio, differenziandosene solo per il trattamento penale più mite, giustificabile alla luce della minore pericolosità sociale del soggetto attivo¹⁴².

Inoltre, alle ragioni giustificative della disposizione in commento può aggiungersi anche la considerazione per cui l'autodeterminazione debba ritenersi soccombente a fronte della tutela della vita. Pertanto, colui che tenta il suicidio, non conseguendo la propria morte, va esente da pena non perché la sua condotta non è riprovevole penalmente ma perché difetterebbe il «bisogno» di pena, essendo frustrati gli scopi della stessa. Il bisogno invece permarrrebbe con riguardo a chi concorre al proposito suicida.

¹⁴¹ F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della disciplina penale dell'aiuto a morire*, in *Studi Senesi*, 1988, suppl., p. 303 ss.

¹⁴² S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.

Con riguardo all'omicidio del consenziente *ex art. 579 cod. pen.* e all'eutanasia, dalla mancata previsione di una disciplina apposita per quest'ultima può farsi derivare l'assenza di volontà nel regolamentare e prevedere il principio di autodeterminazione in questo settore.

Su tale contesto si contendono il campo due diverse impostazioni: alcune che pongono al centro della scena la necessaria tutela delle volontà di colui il quale si autodetermina alla morte e altri che pongono al centro la tutela del bene vita.

Dalle disposizioni richiamate può dedursi che, sul piano generale, la volontà di autolesione della vittima e/o la diretta realizzazione di tale volontà da parte dello stesso soggetto non sono idonee a escludere la responsabilità del soggetto che abbia fornito un contributo. Più specificamente, si tratta di «una responsabilità che evidentemente graverà su chi abbia partecipato, con un contributo diretto, indiretto ed anche di tipo non materiale, alla realizzazione della condotta lesiva del bene vita»¹⁴³.

Pertanto, con riguardo all'ordinamento italiano, può affermarsi che dalle considerazioni sull'aiuto o istigazione al suicidio non possa derivare alcuna conclusione riguardante il principio di autodeterminazione.

In via incidentale deve evidenziarsi che, nel sistema tedesco, le ipotesi descritte non configurano una fattispecie di reato, in quanto l'aiuto o l'istigazione forniti da un soggetto a favore di un altro con propositi suicidi non viene considerato penalmente rilevante perché espressione del principio di autodeterminazione che, in tale ordinamento, assume massimo rilievo, tanto da prevalere anche sul bene della vita.

Altro esempio concreto, utile a valutare la reale portata e incidenza del principio di autodeterminazione e del connesso principio di autoresponsabilità, è rinvenibile nelle ipotesi di consumo di sostanze stupefacenti. Invero, tale tema può rilevare sia sotto il profilo della possibile

¹⁴³ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore*, cit., p. 137. Ferme le considerazioni svolte, sull'approfondimento relativo agli artt. 579 e 580 cod. pen si rinvia ai prossimi capitoli.

criminalizzazione del semplice consumo di sostanze stupefacenti, sia sotto il profilo della responsabilità penale dello spacciatore per l'intervenuta morte del tossicodipendente.

In particolare, con riguardo alle ipotesi relative alla possibilità di sanzionare l'assuntore o detentore della sostanza stupefacente, si ritiene doveroso evidenziare la necessità di abbandonare valutazioni di natura etico-morale, incompatibili con l'ormai affermato diritto penale laico.

Il vero *punctum dolens* risiede nell'analisi circa l'effettiva potenzialità lesiva di beni costituzionalmente rilevanti di quei comportamenti che si limitano all'assunzione o detenzione di sostanze psicotrope. Solo in caso di risposta positiva potrà ritenersi che il Legislatore non stia adottando logiche esclusivamente paternalistiche, se non addirittura moralistiche, volte alla tutela della salute dello stesso consumatore o di moralizzazione dell'individuo.

Nell'ordinamento italiano si è assistito ad una alternanza tra la criminalizzazione del tossicodipendente e la sua considerazione alla stregua di un malato bisognoso di assistenza.

Più in particolare, coloro i quali ritengono necessaria la criminalizzazione del consumo e della detenzione di sostanze stupefacenti, pur riconoscendo l'inesistenza di un collegamento diretto tra l'assunzione di droghe e la lesione di beni di rilevanza costituzionale, sostengono che ciò avviene «se visto nella dimensione sociale della produzione c.d. seriale del pregiudizio»¹⁴⁴. Inoltre, il consumo di droga si ritiene lesivo della salute pubblica, intesa quale salute di molti e salute degli altri.

In più, viene evidenziato che il consumo di sostanza stupefacenti produce effetti criminogeni diretti, in quanto idoneo ad abbassare i freni inibitori dell'assuntore a causa dell'alterazione psichica prodotta.

¹⁴⁴ F. C. PALAZZO, *L'uso personale degli stupefacenti nella nuova legge antidroga*, «LP», 1992, 1°, p. 159.

Dunque, le condotte di detenzione e consumo di sostanze stupefacenti vengono ritenute, da tale impostazione, come idonee a ledere la salute pubblica, la sicurezza pubblica e la pace sociale.

Diversamente, chi ritiene illegittima l'incriminazione oggetto di approfondimento, evidenzia come tali condotte siano espressione dell'esercizio del diritto di libertà individuale, consistente, in tali ipotesi, nella libertà di disposizione del proprio fisico e della propria psiche. In più, si evidenzia che non è certo che dall'assunzione di stupefacenti derivi la lesione di beni di rango costituzionale. Comunque, anche laddove ciò si verificasse, si deve lo stesso procedere a un bilanciamento tra i beni in conflitto. Pertanto non è automatica la configurazione di una responsabilità penale¹⁴⁵.

Può dunque ragionevolmente affermarsi la necessità di operare una valutazione differenziata secondo le caratteristiche delle ipotesi concrete: laddove la condotta di assunzione o detenzione ponga in concreto pericolo beni costituzionalmente rilevanti, la stessa potrà ritenersi penalmente rilevante sempre sulla base di un bilanciamento tra gli interessi coinvolti (nell'ambito del quale non può che assumere particolare rilevanza la libertà di autodeterminazione).

Ciò posto, con riguardo alla responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente, giova evidenziare che la giurisprudenza tedesca ne ha riconosciuto la configurabilità laddove l'assunzione della sostanza stupefacente non fosse avvenuta liberamente ma fosse stata determinata dalla condizione di dipendenza dello stesso assunto¹⁴⁶.

¹⁴⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 123 ss; G. PISAPIA, *Dalla modica quantità alla modica punibilità. Commento alla legge 162/90, in Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, a cura di L. Manconi, Bologna, 1991, 10, p. 108, in cui si pongono i seguenti interrogativi: «fino a che punto lo Stato ha il dovere di rispettare la libertà del singolo ad autodeterminare la propria condotta? È ammissibile tale intervento nei casi in cui il soggetto consapevolmente decide di porre in essere condotte e comportamenti che, pur se non accettati alla collettività, non ledono diritti altrui?».

¹⁴⁶ In particolare, BGH, 28 ottobre 1982, cit.

Tale impostazione è stata duramente criticata dalla dottrina tedesca¹⁴⁷, la quale ha evidenziato come risulti non univoco il significato da attribuire alla volontaria auto-messa in pericolo della vittima e, adottando l'impostazione precedentemente descritta, si realizzerebbe un contrasto con la non punibilità, sancita nell'ordinamento tedesco, della dolosa agevolazione al suicidio.

Inoltre, viene sostenuto che la non punibilità dello spacciatore deriverebbe dalla circostanza per cui le norme penali applicabili non perseguirebbero lo scopo di evitare l'assunzione spontanea dello stupefacente da parte del soggetto che, a causa di tale condotta, vede il suo bene giuridico compromesso. In sostanza, si addiverrebbe ad una applicazione del principio di autoresponsabilità di ciascun individuo, al quale compete «decidere se, e soprattutto come agire alle altrui azioni e alle conseguenze di esse»¹⁴⁸.

Quanto espresso viene ricavato non solo dal generale principio di personalità della responsabilità penale ma anche dalla non punibilità nell'ordinamento tedesco delle condotte agevolative del suicidio.

L'impostazione descritta, tuttavia, può essere criticata in quanto non tiene debitamente conto dell'effettiva libertà di decisione del soggetto coinvolto, evidenziando come «il principio di autoresponsabilità del soggetto è funzione della sua capacità di autodeterminarsi»¹⁴⁹.

2. L'approccio della giurisprudenza italiana

La tradizionale giurisprudenza italiana ha adottato un approccio particolarmente rigoroso con riguardo al principio di autoresponsabilità, determinandone una scarsa rilevanza pratica. Invero, storicamente l'interpretazione giudiziale non ha riconosciuto alla condotta imprudente

¹⁴⁷ Fra i molti, B. SCHUNEMANN, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?* – *Besprechung des Urteils BGH NStZ 350*, in *NStZ* 1982, p. 61 ss.

¹⁴⁸ P. CRAMER, in *StGB-Kommentar*, a cura di Shonke-Schroder, ann. 155 al par. 15, p. 218.

¹⁴⁹ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore*, cit., p. 142 ss.

della vittima la qualità di fattore eccezionale capace di escludere la responsabilità del soggetto agente¹⁵⁰.

Tale atteggiamento rigoristico ha continuato ad essere adottato anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, tanto da indurre gli interpreti a ritenere questo approccio restrittivo elusivo del principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, in termini sia di colpevolezza sia di divieto di responsabilità per fatto altrui.

L'impostazione giurisprudenziale descritta trova il suo fondamento nella tendenziale diffidenza mostrata verso i meccanismi di delimitazione delle sfere di responsabilità, preferendo una estensione degli obblighi cautelari in capo a soggetti diversi da quelli su cui effettivamente essi gravano. Ulteriore motivazione di tale approccio rigoristico risiede nell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, da cui può desumersi l'irrilevanza della volontà del soggetto che adotta tale determinazione, ritenendo così trascurabile qualsiasi condotta accessoria che accede a un fatto principale non incriminato¹⁵¹.

Inoltre, a fondamento del severo approccio adottato dalla giurisprudenza viene indicata la disciplina relativa al concorso di persone nel reato di cui all'art. 113 cod. pen. Invero, da tale disposizione la giurisprudenza tende a desumere la difficoltà di escludere una responsabilità dei vari concorrenti laddove le loro condotte abbiano causato un danno o pericolo a uno degli stessi concorrenti.

Ancora, la giurisprudenza in materia ha evidenziato come l'ordinamento preveda ipotesi in cui vengono incriminate condotte che determinano in modo involontario una offesa alla vita e alla incolumità personale (es.: artt. 586, 589, 590 cod. pen).

¹⁵⁰ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 116.

¹⁵¹ V. MILITELLO, *L'autoesposizione a pericolo fra colpa in ambiti illeciti e autoresponsabilità: il caso delle morti da assunzione di stupefacenti*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 165.

Peraltro, il rigore della giurisprudenza si è manifestato anche attraverso alcune decisioni da cui può desumersi l'intenzione di attribuire minor rilevanza al generale principio di affidamento quale criterio idoneo a circoscrivere le ipotesi di imputazione obiettiva dell'evento, per sostituirlo con «un opposto obbligo di previsione dell'altrui imprudenza, che potrebbe essere compatibile solo con una posizione di controllo sull'altrui azione pericolosa, di cui mancano però del tutto gli estremi fondativi»¹⁵².

Esempi di tale tradizionale approccio restrittivo della giurisprudenza nazionale possono essere rinvenuti in materia di infortunistica stradale, infortunistica lavorativa e responsabilità penale dello spacciatore per l'intervenuto decesso dell'assuntore della sostanza stupefacente.

In particolare, nel primo di tali settori, la giurisprudenza, ai fini della individuazione del soggetto responsabile dell'evento lesivo, fa riferimento al principio di affidamento ma, in concreto, richiede di prevedere necessariamente l'altrui comportamento imprudente¹⁵³.

Situazione molto simile si registra con riguardo alle ipotesi di infortunistica lavorativa. Indicativa risulta la pronuncia della Corte di Cassazione in cui si afferma che «il datore di lavoro non ha più un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, ma soltanto quello di fornirgli tutti i mezzi idonei per la prevenzione, sicché non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore»¹⁵⁴.

Con riguardo alla responsabilità penale dello spacciatore per il decesso del tossicodipendente, le Corti sono generalmente inclini a dichiararne la

¹⁵² V. MILITELLO, *L'autoesposizione a pericolo*, cit., p. 166; cfr., A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG, IX ed., Milano 2020, p. 333 ss.

¹⁵³ Cass. IV, 27 aprile 2017 (dep. 23 maggio 2017) n. 25552, in *IlPenalista.it*, 30 giugno 2017 con nota di G. PAVICH, *Il problema della prevedibilità della condotta altrui. Un caso di investimento con decesso di donna incinta*.

¹⁵⁴ Cass. IV, 7 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017) n. 11705 in *Diritto & Giustizia*, 13 marzo 2017. La sentenza è pubblicata anche in *Dir. Pen. Proc.* 2017, p. 1450 ss., e annotata da N. PISTILLI, *Il concorso di colpe nella circolazione stradale: alcuni punti fermi attendendo la giurisprudenza al varco della nuova attenuante*.

responsabilità penale attraverso diversi istituti, come quello riconducibile alla norma incriminatrice delle morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, all'omicidio preterintenzionale o all'omicidio doloso, nella sua variante di dolo eventuale.

Ciò posto, l'atteggiamento restrittivo descritto è stato criticato evidenziando che esso fa uso di una terminologia coniata in campo accademico (ad esempio, i concetti di prevedibilità e di agente modello), ma perseguendo obiettivi difformi da quelli per cui furono elaborati. Invero, si contesta alla giurisprudenza di utilizzare un concetto di prevedibilità eccessivamente ampio, tanto da ricomprendere anche le ipotesi di volontario autolesionismo della vittima, e di attribuire all'agente modello poteri pre-cognitivi¹⁵⁵.

Proprio sulla scorta delle critiche descritte e, soprattutto, in conseguenza della crescente importanza assunta dal principio di autoresponsabilità negli ordinamenti penali moderni, può evidenziarsi l'esistenza di alcune pronunce giurisprudenziali che sembrano scalfire l'atteggiamento oppositivo sopra descritto.

Invero, maggiori aperture al riconoscimento della rilevanza del principio di autoresponsabilità derivano dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵⁶ in cui, prendendo le mosse dal principio di colpevolezza, si sono equiparate le ipotesi di colpa in ambiti illeciti con quelle riguardanti campi leciti e socialmente utili.

Tuttavia, anche tale impostazione presenta delle criticità, in quanto la teorizzazione di tale specie di colpa, riguardante attività illecite e fondata sulla prevedibilità in concreto dell'evento da parte dell'agente modello razionale, potrebbe comportare una eccessiva oggettivizzazione del giudizio sulla sua

¹⁵⁵ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 120.

¹⁵⁶ Cass. Sez. Un. 22.01.2009 n. 22676, RV. 243381.

configurazione e introdurre delle presunzioni di regole cautelari in ambiti illeciti¹⁵⁷.

Ulteriore rischio applicativo dell'impostazione adottata da tale giurisprudenza consiste nella difficoltà di considerare la colpa in ambiti illeciti come un parametro aderente alla realtà, soprattutto in quei settori che richiedono ai loro partecipanti il possesso di determinate caratteristiche necessarie per la produzione dell'evento.

Proprio per ovviare a tali difficoltà, la giurisprudenza successiva a quella citata ha teso a non richiedere la conoscenza delle caratteristiche proprie della persona vittima del reato, ma ha ritenuto comunque necessaria, in quanto riconducibile al parametro dell'agente modello, la conoscenza e la valutazione degli elementi oggettivi che caratterizzano il fatto¹⁵⁸.

Tuttavia, tale interpretazione potrebbe comportare una eccessiva riduzione del campo relativo all'imputazione dell'evento, «ponendo così le basi per lo scivolamento dell'ascrizione della responsabilità verso forme di dolo eventuale»¹⁵⁹.

Si evidenzia che il paradosso cui si può giungere nel caso in cui si richieda all'agente di conoscere le informazioni che caratterizzano il caso concreto consiste nel fatto che tali caratteristiche possono coincidere con il parametro dell'agente modello, razionale e avveduto, oggettivizzando il rimprovero per colpa che, così, perderebbe il suo aspetto concreto; diversamente, se le informazioni sono rapportate alla effettiva conoscibilità del soggetto agente, si potrebbe addivenire ad una sistematica esclusione della responsabilità in

¹⁵⁷ Rischio segnalato anche da chi apre alla possibilità di riconoscere valenza a tale tipologia di colpa; cfr. F. BASILE, *La colpa in attività illecite. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, p. 3.

¹⁵⁸ In concreto, con riguardo alle ipotesi di responsabilità dello spacciatore per morte del tossicodipendente, si è ritenuto non necessario che il primo conosca le caratteristiche proprie della persona a cui viene ceduta la sostanza stupefacente, ma si ritiene che rientri nel parametro dell'agente modello la valutazione circa la conoscenza del principio attivo particolarmente elevato della sostanza proibita.

¹⁵⁹ V. MILITELLO, *L'autoesposizione a pericolo*, cit., p. 169.

quanto la maggior parte dei casi concreti non potrebbe essere ricompresa nel campo applicativo delle norme di parte speciale che tipicizzano i comportamenti delittuosi.

Tali considerazioni inducono a sostenere la necessità di una maggiore valorizzazione del principio di autoresponsabilità al fine di attenuare il pericolo di una minore considerazione del disvalore effettivo dell'evento, che deve essere il prodotto di una determinata condotta, pertanto il frutto di un rischio non voluto dalla vittima e creato univocamente dal soggetto agente che ne mantiene il controllo¹⁶⁰. Così, qualora la vittima sia un individuo capace e ponga in essere una condotta volontaria, tale circostanza può ritenersi una causa sopravvenuta idonea, da sola, ad interrompere il nesso causale con l'azione del soggetto agente¹⁶¹.

Con riguardo ai reati colposi di evento, possono registrarsi ulteriori aperture da parte della giurisprudenza circa la possibilità di dare ampia rilevanza al principio di autoresponsabilità, nell'ottica di valutare anche il rapporto tra i più garanti alla luce del principio di affidamento.

Invero, la Corte di Cassazione afferma che «il principio di affidamento, nel caso di ripartizione degli obblighi fra più soggetti, implica che colui che si affida non possa essere automaticamente ritenuto responsabile delle autonome condotte del soggetto cui si è affidato; e ciò in base al principio di autoresponsabilità. Tale principio viene circoscritto in quanto, nel caso in cui l'affidante ponga in essere una condotta causalmente rilevante, la condotta colposa dell'affidato, anch'essa con efficacia causale nella determinazione dell'evento, non vale ad escludere la responsabilità del primo in base al principio dell'equivalenza delle cause e dell'efficacia non esclusiva della

¹⁶⁰ V. MILITELLO, *L'autoesposizione a pericolo*, cit., p. 171 ss.; con riguardo al caso specifico della responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente, nel testo citato viene affermato che, qualora il consumatore continui a possedere un margine di scelta in merito all'assunzione della sostanza proibita, nessuna responsabilità può essere ascritta ad un altro soggetto per l'eventuale intervenuta morte.

¹⁶¹ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore*, cit., p. 152 ss.

causa sopravvenuta. Di conseguenza, nel caso di successione nella posizione di garanzia, colui al quale altri succeda non si libera da eventuali responsabilità, riconducibili alla sua condotta – azione o omissione – facendo affidamento sull’adempimento del proprio dovere da parte del successore»¹⁶².

Peraltro, la definizione tradizionale di principio di affidamento è stata elaborata dalla giurisprudenza nel caso della tragedia di Stava. Nella decisione che ha riguardato tale evento si afferma che: «il principio di affidamento, secondo il quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell’attività che di volta in volta viene in questione, e in virtù del quale ognuno deve evitare unicamente i pericoli scaturenti dalla propria condotta, significa, infatti, soltanto che, di regola, non si ha l’obbligo di impedire che realizzino comportamenti pericolosi terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili [...]».

Nella medesima decisione sono stati tracciati anche i contorni dell’operatività di tale principio, evidenziando che «non vi è luogo per una rilevanza del principio di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per aver violato determinate norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte». Viene altresì evidenziato che l’affidamento sull’intervento riparatore di un altro soggetto coinvolto successivamente nella medesima attività, capace di eliminare la violazione realizzata, non trova legittimazione nell’ordinamento giuridico. Infine si puntualizza che l’ancoraggio del ragionamento sul principio di affidamento ha ricadute sulle regole della causalità, in quanto «ove anche per l’omissione del successore si produca l’evento che una certa azione avrebbe dovuto impedire, quell’evento avrà due antecedenti causali, perché è da escludere che la seconda omissione sia fatto eccezionale sopravvenuto da solo sufficiente a produrre l’evento»¹⁶³.

¹⁶² Cass. Sez. IV, n. 25310 del 07.04. 2004, Ardovino e altri.

¹⁶³ S. DOVERE, *L’autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti*

A tale quadro, secondo cui in tema di reati colposi di evento vige il principio di affidamento quale diretta espressione del principio di personalità della responsabilità penale, si sono aggiunte nuove considerazioni riguardanti la dinamica dei rapporti tra l'autoresponsabilità, il principio di affidamento e nesso causale. Invero, il problema teleologico viene reinterpretato alla luce della teoria del rischio, secondo cui il fattore interruttivo del nesso causale è quel rischio diverso da quello che la norma intendeva prevenire e gestito dal soggetto coinvolto. Da ciò deriva che il comportamento di un altro soggetto ugualmente garante potrà assorbire il disvalore della violazione precedente qualora si configuri come rischio eccentrico rispetto a quello inerente alla condotta altrui.

Pertanto, da ciò deriva che le sfere di responsabilità possono essere separate in virtù della diversità dei rischi. In altri termini, si avrà una interruzione del nesso causale tutte le volte in cui si verifichi un comportamento interruttivo eccentrico rispetto al rischio che il garante era tenuto a governare¹⁶⁴.

Dunque, dall'analisi complessiva della giurisprudenza più recente sul tema¹⁶⁵, può evincersi un frequente riferimento al principio di affidamento e alla dinamica causale al fine di attribuire rilevanza al principio di autoresponsabilità.

Tuttavia, giova evidenziare come l'applicazione del principio di affidamento avvenga in chiave confliggente con la visione soggettivistica professata in tali decisioni.

vulnerabili, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 177; Cass. Sez. IV, n. 4793 del 06.12.1990 – dep. 1991, Bonetti e altri.

¹⁶⁴ Sez. Un. n. 38343 del 24.04.2014, Espenhahan.

¹⁶⁵ La maggior parte di decisioni sulla materia attiene alle seguenti ipotesi: la sicurezza sul lavoro, la circolazione stradale, l'attività sanitaria, le attività sportive pericolose, l'ingresso volontario non autorizzato in luoghi pericolosi.

Così, sempre più spesso la giurisprudenza tende ad attribuire rilevanza al comportamento della vittima del reato al fine di valutare la concreta responsabilità penale del terzo agente.

Da quanto espresso può desumersi l'erroneità dell'assunto per cui l'obbligo di impedire l'evento abbia natura astratta, tale da determinarne una estensione illimitata. Invero, il diritto positivo da tempo adotta un approccio teso ad individuare le figure e i principi cardine in materia di responsabilità gestoria, con il chiaro obiettivo di limitarne la portata e la connessa responsabilità penale. Basti ricordare l'applicazione dei principi di autoresponsabilità, di affidamento e di gerarchia. Dunque, è da rifuggire l'idea per cui la responsabilità penale possa reggersi solo sulla predisposizione di una posizione di garanzia, senza l'accertamento della violazione di una regola cautelare che abbia determinato la causazione dell'evento¹⁶⁶.

Pertanto, dall'evoluzione giurisprudenziale può trarsi l'indicazione per cui il contenuto incerto dell'obbligo di garanzia rende l'applicazione del principio di autoresponsabilità, che sorge le volte in cui il soggetto passivo contribuisca alla realizzazione dell'evento per lui lesivo, maggiormente problematica. Invero, l'obbligo di garanzia viene sovente inteso come obbligo di porre in essere tutte le condotte possibili capaci di incidere anche indirettamente sul fatto tipico, anche nelle ipotesi in cui si tratti di una attività possibile sul piano naturalistico ma non imposta da alcuna norma giuridica. A tale ricostruzione si è andata col tempo contrapponendosi l'impostazione per cui la posizione gestoria debba essere delimitata «con precisione chirurgica» e secondo «la logica dei pieni e dei vuoti». Invero, per un verso «si rimarca che l'obbligo di diligenza (che definisce la sfera di competenza) viene contenutisticamente definito dalle regole cautelari che indicano le (sole) modalità doverose; dall'altro si richiama l'attenzione sul fatto che

¹⁶⁶ S. DOVERE, *L'autoresponsabilità nella giurisprudenza italiana*, cit., p. 192; Cass. Sez. IV, n. 42496 del 23.09.2009, Tonti.

l'autoesposizione a pericolo del soggetto passivo può incidere proprio sulla conformazione della pretesa che l'ordinamento rivolge al garante»¹⁶⁷.

3. L'approccio della dottrina italiana

Dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente emerge l'atteggiamento critico della dottrina verso la rigorosa impostazione giurisprudenziale adottata con riguardo al principio di autoresponsabilità.

Invero, proprio al fine di contrastare l'atteggiamento restrittivo descritto, gli interpreti hanno proposto diverse soluzioni, tutte volte a riconoscere massimo rilievo al principio del *sibi imputet*.

La necessità di riconoscere maggiore rilevanza al principio di autoresponsabilità trova la sua ragione nelle nuove caratteristiche che connotano l'attuale contesto storico. Invero, a differenza che nel passato, dove il principio entrava in gioco per casi di semplice lettura che vedevano coinvolto sostanzialmente un solo soggetto (es. caso Memel), nella realtà odierna, le ipotesi in cui si pone un problema di autoresponsabilità della vittima riguardano campi in cui si realizza una allocazione del rischio tra diversi soggetti e che attengono a settori caratterizzati da un elevato livello di specializzazione e in cui i relativi operatori agiscono in sinergia, rendendo difficile la separazione delle loro attività da quelle degli altri soggetti coinvolti.

Inoltre, la richiesta di maggiore valorizzazione del principio di autoresponsabilità è intimamente collegata con il riconosciuto fondamento costituzionale delle prospettive vittimologiche, ancorate al principio di responsabilità penale personale¹⁶⁸.

Nel sistema tradizionale italiano, il ruolo e la natura dell'autoresponsabilità della vittima non hanno avuto la risonanza a loro

¹⁶⁷ S. DOVERE, *L'autoresponsabilità nella giurisprudenza italiana*, cit., p. 192.

¹⁶⁸ S. TORDINI CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2000, p. 1148 ss.

accordata in altri ordinamenti europei. Tuttavia, la loro limitata rilevanza è stata fondata sugli istituti penalistici classici, in particolare riconducibili alla teorica del principio di causalità¹⁶⁹.

In particolare, nella più risalente dottrina italiana, la fortuna avuta dalle impostazioni causali è stata determinata dall'utilizzo della tematica della compensazione delle colpe, sostenendosi che, nel caso in cui l'evento si fosse realizzato in conseguenza del contributo della vittima, sarebbe venuta meno «la ragione politica del punire per la cessazione del danno mediato, quale il malo esempio agli scioperanti e la insussistenza di allarme per i buoni (chi è causa del suo mal pianga se stesso)»¹⁷⁰.

Diversamente, altra autorevole dottrina¹⁷¹ riteneva inammissibile l'applicazione del principio della compensazione delle colpe, basando la propria impostazione sulla considerazione per cui il fondamento del diritto penale è quello di assolvere a funzioni prettamente politico-sociali.

Secondo gli ulteriori sviluppi di tale impostazione¹⁷², non era da escludere il venir meno della responsabilità dell'agente richiamando l'applicazione del principio di causalità e, pertanto, negando la responsabilità dell'autore mediato.

Questa impostazione veniva ulteriormente sviluppata da coloro i quali valorizzavano il principio di prevedibilità, nel senso che «fin tanto che l'evento sinistro, nonostante la concorrente colpa della vittima, è, secondo la comune esperienza, prevedibile, non può parlarsi di compensazione assoluta di colpe, e quindi di eliminazione di responsabilità penale, ma soltanto di diminuzione di essa»¹⁷³.

¹⁶⁹ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 611 ss.

¹⁷⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, I, Lucca, 1896, § 1100.

¹⁷¹ A. STOPPATO, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 1898, p. 271 ss.

¹⁷² G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Bologna, 1951, 473 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1949, p. 410 ss.

¹⁷³ L. MASUCCI, *Il codice penale italiano studiato*, Vol. II, Parte II, Napoli, 1895, p. 98 ss.

La stessa dottrina evidenziava come la chiusura della giurisprudenza fosse determinata non da questioni puramente giuridiche ma da valutazione ideologiche, nel senso che valorizzare eccessivamente il canone della prevedibilità avrebbe indebolito la risposta statuale che, in cambio, doveva essere sempre ispirata innanzitutto a ragioni punitive.

Si evidenzia come tali teorie trovarono riscontro giurisprudenziale attraverso la categoria della causalità efficiente, tramite la quale si rese possibile risolvere casi mediante l'applicazione di criteri aventi l'attitudine di fornire copertura giuridica a soluzioni ispirate essenzialmente dal senso comune.

Ulteriore sviluppo teorico a tale impostazione è stato fornito da quella dottrina che teorizzò l'evoluzione della causalità attraverso l'imputazione oggettiva di un evento¹⁷⁴.

La causalità immediata e la causalità efficiente trovarono appiglio nelle teorie successive che riguardarono il principio di causalità stesso. In primo luogo nella teoria della causalità adeguata¹⁷⁵, poi nella causalità umana, capace di influenzare in maniera incisiva il diritto vivente, mescolando categorie naturalistiche e categorie normative¹⁷⁶ ed escludendo la responsabilità dell'agente solo ove il comportamento della vittima si fosse presentato come del tutto eccezionale¹⁷⁷.

Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte, emerge come le tesi elaborate dalla storica dottrina italiana hanno proposto di risolvere le difficoltà applicative proprie del principio di autoresponsabilità attraverso l'applicazione dei principi generali e, in particolare, del profilo del nesso di causalità.

¹⁷⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Vol. I, Torino, 1981, p. 830 ss.

¹⁷⁵ Il cui principale sostenitore in Italia fu A. Stoppato, *L'evento punibile*, cit., p. 61 ss.

¹⁷⁶ F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, p. 274 ss.

¹⁷⁷ La scarsa fortuna avuta dalla causalità umana è da attribuire all'eccessiva incertezza del concetto di «eccezionalità».

Invero, si evidenzia che, con riguardo all'affermazione del principio di autoresponsabilità, ciò che veramente rileva è che la vittima abbia concretamente posto in essere una condotta da cui è derivata la lesione o messa in pericolo di un suo bene giuridico.

Così, l'odierna impostazione maggioritaria riconduce il principio del *sibi imputet* a una ricostruzione teorica prettamente causalista, secondo cui «il comportamento della vittima sarebbe tale da escludere una responsabilità di terzi qualora tale comportamento abbia costituito un fattore di interruzione del nesso causale fra la condotta degli estranei e l'evento lesivo»¹⁷⁸.

Tuttavia, deve evidenziarsi che tale approccio è andato incontro ad osservazioni critiche, principalmente incentrate sulla scarsa rilevanza attribuita al principio di personalità della responsabilità penale, la cui valorizzazione consentirebbe di svelare le caratteristiche del caso, inteso sia come fatto sia come evento. L'accertamento causale sarebbe comunque un necessario antecedente rispetto alla successiva, e altrettanto necessaria, indagine sui ruoli, competenze e rischi del caso concreto.

Ulteriori problematiche contestate a questo approccio causalista vengono evidenziate da quella dottrina tradizionale per cui, almeno potenzialmente, ogni condizione che abbia concorso a determinare un evento può chiamarsi causa, risultando poco spazio per l'applicazione del *sibi imputet*. In altri termini, ricondurre tale principio nell'alveo causale significa determinarne di fatto un impoverimento concettuale e una quasi impossibilità applicativa, in quanto si rintraccerà sempre un fattore causale cui addebitare la responsabilità.

Prima di procedere alla descrizione delle diverse impostazioni che valorizzano il principio di autoresponsabilità, deve evidenziarsi che in tale materia i profili dogmatici e di politica criminale risultano distinguibili soltanto con grande sforzo e per comodità espositiva, essendo connessi in un intreccio inestricabile.

¹⁷⁸ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 148.

4. Le differenti vie percorse per attribuire rilevanza al principio di autoresponsabilità

Tra le varie ricostruzioni interpretative volte ad attribuire rilievo al principio di autoresponsabilità, deve evidenziarsi che la maggior parte della dottrina riconosce la validità di tale principio già sul piano oggettivo della tipicità¹⁷⁹. In particolare, la partecipazione della vittima alla realizzazione del fatto viene ritenuta come una causa di esclusione della tipicità in senso stretto¹⁸⁰.

Invero, la ragione del divieto penale risiede nell'interesse del soggetto potenzialmente leso a che le condotte offensive dei suoi beni e interessi vengano vietate. Pertanto, laddove manchi tale interesse, non si ritiene ragionevole continuare a limitare la libertà di azione del terzo.

Tale approccio, tuttavia, conosce dei temperamenti nelle ipotesi in cui, nonostante la determinazione autoresponsabile attraverso cui un soggetto rinuncia alla tutela di un suo diritto o bene, permane un interesse a vietare certi comportamenti in quanto produttivi di effetti negativi sull'intera collettività.

Peraltro, con riguardo specifico alle ipotesi di autoesposizione della vittima al pericolo, si ipotizza la mancanza di tipicità «sulla base dell'assunto che “fatto proprio” si dia solo in presenza quantomeno di colpa e che la *tipicità imputativa* non sussiste se compete alla vittima evitare l'evento dannoso»¹⁸¹.

¹⁷⁹ M. RONCO, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, cit.; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit.

¹⁸⁰ W. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der discussion und zur Problematik der Objektiven Zurechnungslehre*, “GA”, 2003, p. 719; S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 27.

¹⁸¹ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 122; G. Civello, *Il principio del sibi imputet*, cit.

Tanto premesso, l'impostazione descritta tende ad escludere la tipicità del fatto di reato inciso dal comportamento autoresponsabile della vittima mediante l'esclusione della sussistenza del nesso causale tra la condotta del terzo e il fatto di reato.

Al fine di comprendere appieno le diverse strade percorribili che si diramano da tale nucleo comune del difetto di tipicità, appare necessario evidenziare che, in tema di causalità, il concetto di «causa» si presenta come particolarmente complesso, tanto da non consentirne l'individuazione di una nozione unitaria e condivisa. In particolare, può affermarsi che «non esiste un concetto ontologico o logico di causalità che possa costituire un dato precostituito per l'indagine. L'idea “giuridica” di causa deve essere costruita in un modo che corrisponda alle ragioni ed agli strumenti del diritto penale»¹⁸².

Peraltro, con specifico riguardo al rapporto di causalità, in origine il Legislatore nazionale aderì alla concezione filosofica propria del modello ontologico di tipo deterministico, ispirato alla successione necessitata di fenomeni.

Alla luce delle conquiste teorico-scientifiche, apparse palese l'insufficienza di tale modello, tanto da indurre lo stesso Legislatore ad adottare un concetto di causalità imperniato sul determinismo logico, non ontologico.

Inoltre, nella ricostruzione del concetto di causalità, il riferimento alla mera probabilità è idoneo a generare un avvicinamento concettuale tra le nozioni di «causa» e «pericolo», tanto da fondare il giudizio relativo alla causalità stessa sulla caratteristica dell'adeguatezza del fatto a produrre un determinato evento, la cui portata si esaurisce *ex ante*. Viene affermato, in proposito, che «dalla causalità [...] il modello nomologico conduce alla mera causabilità»¹⁸³. In proposito, si evidenzia che solo nella causalità possono

¹⁸² R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 6.

¹⁸³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 279; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1984, p. 24; il primo a utilizzare il

ritenersi verificati sia l'azione che l'evento, mentre nei casi pericolosi quest'ultimo evento è assunto solo come possibile.

Ciò posto, sempre con riguardo alla causalità in generale, ha assunto rilevanza il concetto di c.d. causalità multipla, secondo cui l'evento insorge come conseguenza di una moltitudine di fattori, «una rete di causazione in cui non è isolabile il ruolo determinante ed esclusivo di un unico agente»¹⁸⁴. In merito a queste ipotesi, è stata prospettata la riabilitazione dell'analisi differenziale, alla luce della quale, una volta riconosciuta una causa come sufficiente a produrre un evento, sia imprescindibile indagare se la stessa si presenti anche come necessaria¹⁸⁵.

Tanto premesso, nelle pagine seguenti si tenterà di tracciare il quadro delle strade percorse dalla dottrina al fine di attribuire massima rilevanza al principio di autodeterminazione della vittima e al consequenziale principio di autoresponsabilità.

termine «causabilità»: A. ROCCO, *Oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 298.

¹⁸⁴ P. VINEIS, *Modelli di rischio*, Torino, 1990, p. 22; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 284.

¹⁸⁵ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 294; con riguardo alle diverse categorie di causalità, V. MILITELLO, *La responsabilità dello spacciatore*, cit., p. 67 e ss., dove vengono distinte la causalità addizionale o cumulativa, la causalità parallela e la causalità consecutiva (omogenea o eterogenea).

Per quanto riguarda i casi di causalità addizionale, queste si configurano nelle ipotesi in cui si realizzano più azioni dello stesso tipo che siano reciprocamente indipendenti tra di loro e che abbiano contribuito alla verificazione dell'evento, pur se la singola azione sarebbe stata da sola sufficiente a determinare la verificazione dell'evento stesso.

Diversamente, la causalità parallela si verifica allorché le singole azioni sono reciprocamente indipendenti e rappresentano tutte quante condizione necessaria per la realizzazione dell'evento.

Infine, la causalità consecutiva riguarda i casi in cui, nello sviluppo della serie causale generatrice di un certo risultato, l'azione che ha determinato quest'ultimo è stata a sua volta causata e condizionata da un'azione precedente: pertanto, tutte queste azioni risultano necessarie per la verificazione dell'evento in quanto la mancanza di quella precedente non avrebbe permesso la realizzazione di quella più prossima all'evento realizzato. Sul punto può ulteriormente richiamarsi la distinzione tra cause consecutive omogenee e cause consecutive eterogenee, le quali si distinguono in ragione dell'appartenenza o meno delle azioni collegate allo stesso tipo.

4.1 La teoria del rischio

Una tra le principali impostazioni che ha provato a dare maggior valore al principio di autoresponsabilità è quella propria della c.d. teoria del rischio. Invero, l'applicazione di quest'ultima conosce dei temperamenti nelle ipotesi in cui nella serie causale si inseriscano atti di volontaria autoesposizione a pericolo del soggetto passivo, anche laddove tali comportamenti seguano una precedente condotta determinante la condizione di pericolosità. In questi casi, in presenza di certe condizioni è da escludere la responsabilità penale dei soggetti che hanno contribuito all'autoesposizione a pericolo della vittima.

Tale conclusione è frutto dell'applicazione del principio di autodeterminazione, da cui deriva la possibilità di ricondurre l'evento lesivo alla esclusiva volontà del soggetto passivo che si è posto nella situazione pericolosa o lesiva dei suoi stessi beni. Non è pertanto possibile attribuire ad altri la responsabilità per l'evento concretamente verificatosi.

Tanto premesso, il criterio del rischio fu elaborato per soddisfare la necessità dell'ordinamento di rendere lecite determinate attività nonostante la loro pericolosità e la loro capacità ad essere fonte di possibili offese a beni e interessi meritevoli di tutela penale. Dalla sua applicazione consegue la rilevanza penale di quelle condotte che, pur non producendo una lesione effettiva del bene o interesse meritevole di protezione penale, realizzano un rischio considerato illecito dall'ordinamento.

A partire dalla sua formulazione, la teoria del rischio ha conosciuto una crescente valorizzazione fondata sulla sua naturale connessione con molteplici istituti propri della teoria generale del reato. Invero, tale teoria tornò utile al fine di distinguere le diverse tipologie di responsabilità penale (doloso, colposa e obiettiva) e costituì il fondamento attorno al quale si sviluppò la teoria dell'imputazione dell'evento¹⁸⁶.

¹⁸⁶ *Funditus* nel paragrafo successivo.

Lo sviluppo teorico del criterio del rischio e la sua crescente importanza furono determinati dall'evoluzione sociale e industriale, da cui derivò l'affermazione di modalità lavorative pericolose ma che, in breve tempo, divennero fondamentali per l'efficiente funzionamento della società. È da evidenziare che, già nelle prime formulazioni del criterio del rischio, emerse la capacità sconfinata della sua applicazione, determinata dal fatto che la pericolosità caratterizza la quasi totalità delle azioni umane¹⁸⁷.

Tuttavia, deve evidenziarsi che, nonostante la crescente importanza assunta dalla teoria del rischio, nell'ordinamento italiano non è presente una apposita disposizione cui ancorarne la validità. Nonostante ciò, però, può dirsi che l'importanza di tale teoria è andata progressivamente cristallizzandosi, tanto da incidere in modo trasversale sull'intera teoria generale del reato.

Invero, premettendo la stretta connessione tra il criterio del rischio e il principio di personalità della responsabilità penale, deve evidenziarsi la capacità del rischio consentito di delimitare i confini della responsabilità penale colposa, tanto da escluderla nei casi in cui una attività intrinsecamente pericolosa, ma socialmente utile, produca delle conseguenze lesive prevedibili ovvero si tratti di attività pericolose ma espressamente autorizzate dall'ordinamento¹⁸⁸.

Ulteriore analisi necessaria per comprendere le sfumature applicative della teoria in commento riguarda il rapporto intercorrente tra i concetti di «rischio» e di «pericolo», il quale assume rilevanza perché quest'ultimo

¹⁸⁷ K. BINDING, *Normen*, IV, p. 433 ss.: «In migliaia e migliaia di azioni umane, si potrebbe quasi dire in tutte quelle non solo interiori, vi sono possibilità, probabilità, forse certezze di pericoli o lesioni non intenzionali a beni giuridici, senza le quali difficilmente l'azione stessa potrebbe essere eseguita».

¹⁸⁸ V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 12; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI Ed., Bologna, 2010, p. 359; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, 1997, p. 94; F. SGUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *La questione criminale*, 1975, p. 470 ss.

concetto viene espressamente richiamato in alcune fattispecie come loro elemento costitutivo¹⁸⁹.

Una compiuta comparazione tra i due diversi concetti induce a ritenere che tra gli stessi vi sia una sostanziale identità strutturale (*rectius* tra le relazioni di pericolo e di rischio). Volendo identificare i relativi confini, viene ritenuto che «il rischio si specifica in quanto consistente in una relazione di possibilità tra una condotta umana e l'offesa (lesione o messa in pericolo) ad un bene penalmente tutelato»¹⁹⁰. Tale connessione possibilista non appare come reale o concretamente esistente, essendo il risultato di una necessaria finzione basata sul collegamento non meramente naturalistico tra una condotta e un dato ulteriore, su cui si fonda l'offensività del reato.

Ciò posto, deve evidenziarsi che la teoria del rischio si fonda sul concetto di rischio consentito, elaborato al fine di individuare un elemento che, seppur eccezionalmente, risulta consentito limitatamente a quelle attività che si presentano come rischiose ma che l'ordinamento autorizza per la loro rilevante utilità sociale, anche allorché le stesse attività diano statisticamente luogo alla verifica di offese penalmente rilevanti.

Tuttavia, sin dalla sua prima formulazione il concetto di «rischio consentito» ha manifestato le sue ambiguità in merito alla fonte da cui ricavarne la liceità. Invero, ci si è interrogati sulla possibilità di ricavare la sua qualità dall'ordinamento nel suo complesso o se, diversamente, sia frutto della partecipazione all'attività non vietata dello stesso interessato, su cui ricadono gli effetti lesivi in caso di concretizzazione del rischio.

Dall'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione derivano differenti conseguenze. Invero, adottando la prima si genera un evidente restringimento del campo applicativo del divieto penale, potendo considerare l'illiceità dell'azione compressa in via generale. Diversamente, nel caso in cui si valorizzi la posizione della potenziale vittima, il comportamento

¹⁸⁹ Sulla distinzione tra rischio e pericolo: V. MILITELLO, *Rischio*, cit. p. 17 e ss.

¹⁹⁰ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 33 ss.

astrattamente penalmente rilevante sarà da considerare lecito in ragione dell'applicabilità della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto *ex art. 50 cod. pen.*, le cui latitudini applicative risultano eccessivamente limitate dal rischio stesso.

Proprio per evitare le ambiguità proprie del concetto di «rischio consentito», sono state elaborate le altre terminologie di «rischio adeguato» e «rischio lecito», le quali si presentano come capaci di essere utilizzate in via generale con riguardo a qualsiasi attività al fine di indicare l'effettiva soglia di pericolosità da oltrepassare per far sì che la relativa condotta assuma rilevanza sul piano della responsabilità penale¹⁹¹.

Come anticipato, il descritto criterio del rischio si è sviluppato nell'ambito della teoria generale del delitto colposo, dove la sua applicabilità per escludere la relativa responsabilità appare in linea con la concezione normativa di quest'ultima, fondata su regole obiettive di diligenza elaborate al fine di evitare la causazione di eventi tipici in modo involontario.

In tale solco, deve evidenziarsi che la teoria del rischio appare idonea ad adattare l'illecito colposo ai vari accadimenti della vita concreta, in modo più efficace e completo rispetto al mero riferimento alla negligenza e alla imprudenza. Si registra una forte connessione tra il criterio del rischio e quello della prevedibilità, in quanto, anche con riguardo a quelle attività consentite dall'ordinamento, l'individuo deve pur sempre agire anche nel rispetto di regole sociali di diligenza e prudenza¹⁹².

Invero, dall'affermazione della concezione normativa della colpa deriva, per un verso, che il requisito della prevedibilità dell'evento può accertarsi tramite la teoria del rischio e, per altro verso, un travaso delle considerazioni

¹⁹¹ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 46.

¹⁹² V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 70; l'inadeguatezza o insufficienza delle norme cautelari scritte a esaurire la valutazione della colpa è considerata certa sia in dottrina che in giurisprudenza: sul punto, *cfr.* G. MARINUCCI, *La Colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 250; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 319; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI Ed., Padova, 2020, p. 538; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 293.

riguardanti il rischio adeguato nella generale definizione della struttura del reato.

Con il passare del tempo, inoltre, il criterio del rischio passò dall'essere considerato una regola eccezionale applicabile principalmente (se non esclusivamente) con riferimento ai reati colposi, per divenire una regola riferita all'intero contenuto dell'illecito penale. In altri termini, «il rischio adeguato lasciò la sua collocazione di esclusione speciale dell'antigiuridicità, configurando l'esempio più chiaro della nuova teoria dell'adeguatezza sociale»¹⁹³.

Per determinare il campo di applicazione del rischio adeguato non può che partirsi dalla considerazione per cui la nostra Costituzione ha una chiara impronta liberaldemocratica, in quanto individua diritti fondamentali che non possono essere compressi se non per particolari ragioni. In questo contesto, l'ambito proprio del diritto penale deve essere tracciato alla luce della libertà di esplicazione della personalità umana. Dunque, il campo di applicazione del diritto penale risulta essere il frutto del bilanciamento tra la libertà di agire e la necessaria protezione di beni giuridici.

Può affermarsi che l'individuazione del rischio permesso o adeguato ha lo scopo di non annichilire la libertà di ciascun individuo di porre in essere determinate attività, sacrificata per la salvaguardia di beni tutelati giuridicamente. Invero, la teoria del rischio ha il pregio di garantire un bilanciamento tra gli interessi contrastanti, tra la libertà di ciascuno di compiere determinate azioni e la salvaguardia di certi beni particolarmente rilevanti, «evitando tanto che la libertà di azione si realizzi a costo di un sacrificio programmatico di qualsiasi altro interesse meritevole di protezione, quanto che la tutela di questi sia talmente ampliata da vietare ogni attività fonte di pur minimi pericoli»¹⁹⁴.

¹⁹³ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 63; cfr G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.

¹⁹⁴ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 106.

Ulteriore profilo di interesse riguarda il rapporto intercorrente tra il rischio e il parametro della diligenza, la cui violazione è necessaria ai fini di una responsabilità penale per colpa¹⁹⁵.

Si precisa che l'illecito colposo non può essere concepito come violazione di un generico precetto di *neminem laedere*, il quale, piuttosto, risulta a fondamento di ipotesi di responsabilità oggettiva. Invero, viene evidenziato che ricondurre la responsabilità colposa alla realizzazione di condotte che presentano un minimo profilo di rischio conduce a rendere il giudizio su tale responsabilità eccessivamente aleatorio, realizzando una violazione di principi costituzionali di massima importanza, come l'uguaglianza e la certezza del diritto¹⁹⁶.

D'altronde appare evidente l'esigenza di non ricomprendere sotto il concetto di responsabilità colposa ogni condotta che si presenti come potenzialmente lesiva: tale compito infelice è risolto ricorrendo al concetto del dovere obiettivo di diligenza, quale elemento costitutivo essenziale dell'illecito colposo.

Dunque, emerge la centralità dell'individuazione della soglia di diligenza necessaria nello svolgimento delle attività rischiose, costituendo indicazione utile per evitare la verifica dell'offesa tipica, ma, al contempo, criterio adatto a delimitare la conformità all'ordinamento della condotta stessa, anche laddove cagioni l'evento lesivo.

¹⁹⁵ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 125 ss., dove si evidenzia che questi due concetti possono entrare in relazione in diversi modi. A seconda del loro rapporto, invero, può parlarsi di rapporto di identità, rapporto di specialità o rapporto di alterità. In particolare, il rapporto di identità si ha nel caso in cui le considerazioni sul rischio non possono intaccare la valutazione di responsabilità penale colposa fondata sulla regola obiettiva di diligenza. In merito al rapporto di specialità, invece, esso si configura allorché l'addebito di responsabilità è sì fondato sulla verifica di eventi prevedibili con la diligenza richiesta, ma sottraendo quei comportamenti che possono essere ricondotti nell'alveo del rischio adeguato. Infine, con riguardo al rapporto di alterità, questo attiene alle ipotesi in cui il parametro del rischio e quello del dovere di diligenza vengono intesi come «reciprocamente indipendenti per la definizione dell'ambito di responsabilità colposa». Tuttavia, nessuna delle impostazioni presentate risulta del tutto convincente, alla luce degli schemi teorici riguardanti la struttura del reato colposo.

¹⁹⁶ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 131.

Viene sostenuto che il rischio adeguato apporta uno specifico contributo per delimitare ulteriormente la misura di diligenza necessaria nello svolgimento della condotta.

Pertanto, qualora la condotta produttiva dell'evento lesivo si sia compiuta nel rispetto della diligenza richiesta dall'ordinamento, essa non potrà dar luogo a responsabilità colposa. Da ciò può desumersi che le condotte non negligenzi ma che producono comunque un qualche rischio di verificazione dell'evento tipico non possono rientrare nelle latitudini applicative della fattispecie incriminatrice penale¹⁹⁷. Può pertanto affermarsi che «come la diligenza dovuta esprime le modalità di una condotta che sono richieste per limitarne le potenzialità offensive, così il rischio adeguato caratterizza la pericolosità dell'azione dopo l'applicazione delle precauzioni necessarie»¹⁹⁸.

Dunque, la determinazione legislativa delle forme di attività tipiche esclude la rilevanza penale di quelle ipotesi in cui si verifica l'evento che la norma mirava a prevenire ma attraverso condotte non tipicizzate, in quanto, in tali ipotesi, il livello di rischio, secondo il giudizio dell'ordinamento, è ancora adeguato.

La teoria del rischio così come descritta è andata incontro alle critiche di coloro i quali hanno evidenziato che, nel diritto penale italiano, incentrato sul fatto, il ricorso al parametro del rischio è fonte di insicurezza giuridica che, per tali sue caratteristiche, deve essere ammesso nei limiti dello stretto indispensabile.

Tali obiezioni sono state affrontate ancorando il criterio del rischio alla previsione di regole cautelari scritte, in particolare ad autorizzazioni amministrative scritte che permettono lo svolgimento di certe attività solo adempiendo ad alcune prescrizioni di carattere preventivo.

Tale impostazione, però, avrebbe comportato una eccessiva restrizione di quelle attività pericolose ma considerate lecite. In particolare, si evidenzia che

¹⁹⁷ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 132 ss.

¹⁹⁸ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 140.

l'autorizzazione amministrativa può essere considerata quale elemento positivo della colpa, integrante una delle discipline indicate dall'art. 43 cod. pen. per la configurazione della colpa specifica.

Pur nella sua invalidità a fungere da parametro generale, il riferimento alle autorizzazioni consente di operare quel bilanciamento necessario tra le esigenze di impronta generale di sicurezza e prevenzione delle possibili offese e lo svolgimento di certe attività nel rispetto di determinate prescrizioni e, quindi, con determinate caratteristiche. Tuttavia, deve evidenziarsi la necessità di evitare di richiedere alle autorizzazioni la fissazione granitica dello standard di diligenza da osservare e, dunque, la definizione del rischio considerato lecito in quel determinato settore autorizzato¹⁹⁹.

4.2 La teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento

La teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento rappresenta lo strumento attraverso cui diversi interpreti attribuiscono rilevanza al comportamento assunto dalla vittima di un reato.

Ferme le sue accennate origini riconducibili alla descritta teoria del rischio, di cui in tale sede se ne richiamano i concetti, la tesi in commento fu elaborata da Roxin, il quale ebbe il merito di specificare il concetto di dominabilità del fatto, ritenuto eccessivamente vago così come elaborato da Hegel e Honig²⁰⁰, con una maggiormente puntuale individuazione dei presupposti per l'imputazione di un evento²⁰¹, individuati nella diminuzione del rischio, nel rischio consentito e nello scopo della norma violata.

¹⁹⁹ V. MILITELLO, *Rischio*, cit., p. 99.

²⁰⁰ R. HONIG, *Kausalität und objective Zurechnung*, in *Festschrift für Reinhard von Frank*, a cura di A. HEGLER (hrsg. Von), Bd. I, Mohr, Tübingen 1930, p. 184 ss.

²⁰¹ C. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, in *Festschrift*, 1970, p. 133 ss.

Ulteriore sviluppo alla teoria in commento avvenne grazie all'opera di Jacobs, il quale valorizzò ampiamente il concetto di rischio consentito, negando cittadinanza a quello dell'aumento del rischio²⁰².

Ciò premesso, la via dell'imputazione obiettiva dell'evento viene percorsa dalla maggioranza della dottrina al dichiarato fine di assicurare massima tutela alla persona offesa e, contestualmente, garantire al soggetto agente la sua irresponsabilità penale per quegli eventi determinati dalla libera volontà della stessa vittima²⁰³. In tal senso, la teoria dell'imputazione dell'evento è stata valorizzata al fine di superare le incoerenze applicative proprie del causalismo²⁰⁴ e riconoscere massima rilevanza al principio di autoresponsabilità.

Invero, l'essenza dei criteri di imputazione oggettiva sarebbe da rintracciare nella circostanza per cui l'adeguatezza sociale costituisce parametro necessario per determinare il rapporto tra la condotta e il pericolo di un evento lesivo, prescrivendo al contempo le regole utili per imputare la responsabilità di quest'ultimo al soggetto agente²⁰⁵.

Dunque, la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento considera l'autoresponsabilità configurabile allorché la condotta della presunta vittima risulti tale da contribuire in modo decisivo alla realizzazione di un evento lesivo che non risulta riconducibile all'alveo degli scopi di tutela perseguiti dalla norma penale violata dal terzo.

Deve evidenziarsi che la teoria in esame è stata oggetto di diversi rilievi critici, fondati sulla ritenuta sua eccessiva indeterminatezza e sulla sua incapacità di proporre valutazioni del fatto in concreto. In particolare, viene sostenuto che sia la norma, con la sua proiezione cautelare, a decidere quale

²⁰² G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen Und Die Zurechnungslehre Lehrbuch*, Berlino, 1983, AT, cit., § 7/35 ss.

²⁰³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 327.

²⁰⁴ Proprio per tale ragione la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento venne elaborata quale correttivo alla teoria condizionalistica.

²⁰⁵ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 333.

rischio è lecito e quale non lo è, prescindendo dal filtro soggettivo dell'agente, da alcuni ritenuto «necessaria lente di osservazione del disvalore del fatto in concreto e momento imprescindibile della tipicità soggettiva»²⁰⁶.

Con particolare riguardo alla dottrina italiana, vi è chi nega in maniera decisa l'applicazione della teoria dell'imputazione obiettiva nell'ordinamento nazionale.

In particolare, ne viene sostenuta la superficialità in quanto, per descrivere la causalità, sarebbe già sufficiente il criterio della *condicio sine qua non*, integrato dalla c.d. causalità scientifica²⁰⁷. Inoltre, viene ulteriormente negata l'utilità pratica della teoria in esame, ritenendo risolvibili i problemi di applicazione attraverso gli istituti già presenti nell'ordinamento, come la disciplina delle scriminanti o la disciplina della colpa, di cui la teoria criticata risulterebbe nella sostanza una copia. Tutto ciò si fonda sulla considerazione per cui il concetto di rischio consentito si basa sull'individuazione e perimetrazione della nozione di diligenza.

In merito ai delitti dolosi, viene sostenuto che «non può esserci dolo senza colpa», volendo così evidenziare che anche il dolo presuppone la violazione dei doveri di diligenza²⁰⁸.

Tuttavia, deve ritenersi evidente la distinzione tra i delitti dolosi e quelli colposi, determinata dalle relative peculiarità strutturali. Invero, il rischio consentito può riferirsi in modo certo all'elemento soggettivo colposo, elaborato al fine di attribuire responsabilità in tutti quei casi in cui la violazione di determinate regole, previste per annullare o ridurre il rischio di eventi dannosi con riguardo a determinate attività pericolose ma socialmente utili, si sostanzia nella mancata osservanza di specifiche cautele.

²⁰⁶ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 344.

²⁰⁷ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. La nozione penalmente rilevante di causa*, Milano, 2000, p. 392.

²⁰⁸ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1991, p. 4 ss.

Tale profilo cautelare delle regole richiamate risulta incompatibili con riguardo alle attività dolose, dove vige un dovere assoluto di astensione dal compiere determinate attività. Invero, nel caso in cui i rischi non siano controbilanciati da una reale utilità sociale, l'ordinamento non ha alcun interesse a consentire la realizzazione di tali attività pericolose.

Opinando diversamente, si creerebbe un cortocircuito all'interno dell'ordinamento, in quanto si vieterebbero condotte dietro minaccia della sanzione penale e, contestualmente, si esigerebbe l'osservanza di determinate cautele nel loro svolgimento²⁰⁹.

Proprio sulla base delle difficoltà teoriche riconducibili alle tesi che negano rilevanza alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, l'orientamento prevalente appare favorevole alla sua adozione.

In particolare, è stata evidenziata²¹⁰ la necessità di valorizzare l'analisi sia dei momenti precedenti all'evento che quelli successivi. Più specificamente, la teoria dell'imputazione opererebbe su di un piano oggettivo, in quanto la realizzazione del rischio, necessariamente valutata *ex post*, richiede quale suo presupposto logico l'imputazione di un preliminare rischio da analizzarsi in una prospettiva *ex ante*²¹¹.

Deve operarsi un giudizio, dunque, tale da poter accertare la sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta e il risultato, che grava solo sulla liceità del rischio prodotto, e quindi sul superamento del rischio consentito. Tale livello rileva sia nei delitti dolosi che in quelli colposi, operando in maniera del tutto indifferente.

Inoltre, viene evidenziato che un modo adatto a collocare l'autoresponsabilità all'interno del generale principio di imputazione è quello di seguire un approccio capace di coordinare e integrare correttamente il piano oggettivo con quello soggettivo del reato. Così, può affermarsi che un

²⁰⁹ G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 103 ss.

²¹⁰ M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte II, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1989, p. 1116.

²¹¹ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 289 ss.

fatto può essere ricondotto ad un individuo non solo quando non è commesso dall'altrui condotta ma è consapevolmente voluto dall'agente o, secondo i parametri dell'imputazione colposa, quantomeno prevedibile ed evitabile.

Pertanto, da tale impostazione deriva che nel caso in cui non risultino configurati gli estremi della colpa si ricade direttamente sul terreno del caso fortuito, che è penalmente irrilevante.

Così, lo strumento ermeneutico dell'imputazione obiettiva dell'evento viene valorizzato sottolineando che qualora il soggetto passivo dia vita con la sua condotta a un rischio prima inesistente (ad esempio, procurandosi, attraverso una condotta attiva, una infezione mortale generata da una lieve ferita conseguente da una condotta altrui), non può ritenersi realizzato il rischio che la norma del reato ascrivibile al soggetto attivo mirava a prevenire²¹².

Inoltre, deve evidenziarsi che la teoria in commento appare idonea ad assolvere una duplice funzione: funge non soltanto in chiave restrittiva dell'ambito della responsabilità penale ma anche di ampliamento della stessa. Fondata su un criterio teleologico, la teoria dell'imputazione oggettiva assolverebbe alla funzione di addebitare una responsabilità penale anche laddove il rischio concretamente verificatosi non combaci perfettamente con quello che la norma incriminatrice mirava a prevenire, ma presenti comunque una identità di disvalore tale per cui può ritenersi equivalente sotto il profilo normativo.

Con specifico riguardo alla funzione limitante della responsabilità penale assolta dalla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, si sostiene l'esistenza di profonde differenze tra i parametri del rischio consentito e dello scopo della norma violata, sia da punto di vista della loro funzione sia in merito al loro accertamento.

In particolare, dal punto di vista funzionale, la categoria del rischio consentito assolve esigenze di prevenzione generale, che cedono il passo nelle

²¹² M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 383.

ipotesi in cui il soggetto agisca nel rispetto di tutte le regole che governano l'attività compiuta. Inoltre, alla categoria del rischio consentito risulterebbero strettamente connessi gli istituti del principio di affidamento e, in chiave negativa, le posizioni di garanzia, in quanto il rischio è da ritenersi lecito laddove non possa essere addebitato a un soggetto garante del bene.

Per quanto riguarda il piano dell'accertamento, la valutazione sul rischio deve necessariamente essere effettuata *ex ante*. Così, laddove il rischio non si presenti lecito sin dall'origine, sarebbe necessario procedere ad un ulteriore accertamento *ex post*, volto a verificare se esso coincida con lo scopo della norma violata²¹³.

Le considerazioni appena svolte, però, prestano il fianco alle critiche secondo cui, nel caso in cui difetti *ab origine* un rischio illecito, l'applicazione della teoria dell'imputazione obiettiva coinvolgerebbe altre categorie dogmatiche²¹⁴.

Sotto altro versante, viene ritenuto che il concetto di rischio sia eccessivamente ondivago, tanto da non poter assurgere a elemento dirimente circa l'attribuzione della responsabilità penale. Individuare il fondamento delle posizioni di garanzia nella categoria del rischio consentito risulta errato in quanto la categoria stessa non trova un appiglio nel diritto positivo.

Quanto allo scopo della norma violata, viene evidenziata la sua scarsa utilità pratica, in quanto riguardante ipotesi già sussunte all'interno del tema della causalità o all'interno della colpa.

Per altro verso, viene sostenuto che, fermi i descritti presupposti della teoria dell'imputazione obiettiva, le caratteristiche dell'aumento del rischio finiscono con l'essere riassunte in una valutazione circa l'evitabilità

²¹³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 355 ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, p. 792 ss.

²¹⁴ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 360.

dell'evento²¹⁵. La matrice dello scopo della norma violata viene invece rinvenuta nella prevedibilità e dominabilità del risultato finale.

Dall'analisi dottrinale appena svolta, sembra potersi individuare un andamento a parabola dell'evoluzione interpretativa del principio di autodeterminazione della vittima. Tali studi muovono dalla considerazione per cui questa può essere collocata sul terreno del rapporto di causalità, al fine di delimitare la responsabilità penale.

Successivamente, viene tentata la strada dell'imputazione oggettiva, che però fu elaborata allo scopo di escludere sul piano della tipicità la rilevanza di comportamenti *ex post* causalmente rilevanti, ma che *ex ante* non potevano ritenersi forieri di pericoli illeciti.

Ulteriore spunto di approfondimento potrebbe riguardare il possibile rilievo delle circostanze conosciute o conoscibili dell'agente, entrambe le ipotesi appartenenti alla dogmatica della colpa che si conferma il terreno maggiormente fertile per attribuire rilevanza al comportamento dell'offeso²¹⁶.

4.2.1 L'esempio pratico di applicazione della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento: le condotte autodirette ed eterodirette

Esempio pratico di applicazione della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento riguarda le descritte ipotesi di condotte autodirette e condotte eterodirette.

Come evidenziato, seppur teoricamente la distinzione in commento appare concettualmente agevole, nella realtà essa presenta numerose difficoltà, in quanto più è stretta l'interazione tra la vittima e il terzo, maggiormente complicato risulta capire se si versi nell'ipotesi dell'auto-esposizione al danno/pericolo o in quella del consenso al danno/pericolo altrui. La dottrina maggioritaria, cercando un criterio discretivo tra i due casi, ha avallato

²¹⁵ A. R. CASTALDO, L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento, Napoli, 1989, cit., p. 93 ss.

²¹⁶ O. Di Giovine, Il contributo della vittima, cit., p. 367 ss.

l'impostazione che fa perno sulla teoria del dominio effettivo sul fatto, alla luce della quale si avrà auto-esposizione al danno o pericolo nel caso in cui il fatto è materialmente e concretamente dominato dalla vittima; diversamente, quando il fatto delittuoso è materialmente controllato dal terzo, si avrà consenso al danno o pericolo altrui²¹⁷.

Particolare interesse rivestono le ipotesi di autoesposizione della vittima al pericolo per un suo bene giuridico, la cui crescita di rilevanza si è avuta con lo sviluppo e l'affermazione della descritta teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, così come rivitalizzata dall'opera di K. Roxin²¹⁸.

Invero, per tale autore la distinzione tra autoesposizione al pericolo e consenso al pericolo creato da altri va eseguita sulla base del parametro del dominio sul fatto. In particolare, viene sostenuto che nella prima di tali ipotesi il dominio sul fatto da parte della vittima permane sino all'ultimo atto esecutivo; diversamente, nel consenso al pericolo realizzato da altri, il dominio permane nella sfera del terzo, in quanto la vittima si limita ad acconsentire alla mera attività pericolosa.

Dunque, pur operando entrambe sul piano dell'imputazione oggettiva, nella prima di tali ipotesi sarebbe da escludere l'imputazione dell'evento all'autore della condotta, escludendone altresì la punibilità; nella seconda ipotesi, invece, solo in casi eccezionali si produrrebbero siffatte conseguenze, essendo necessario che il caso sia caratterizzato da tutti gli elementi che connotano le ipotesi di autoesposizione al pericolo, essendo pertanto necessario che la vittima abbia un grado di consapevolezza del rischio pari a quello dell'autore, che la situazione di pericolo sia generata dalla condotta di entrambi i soggetti e che la lesione subita dalla vittima sia la naturale conseguenza del rischio da lei assunto consapevolmente²¹⁹.

²¹⁷ Sul tema deve, però, evidenziarsi che alcuni autori spostano la lente di ingrandimento su chi determina il verificarsi del pericolo che produce l'evento lesivo: C. ROXIN, GA 2012, 658 ss.

²¹⁸ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 19.

²¹⁹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 20 ss.

Tanto premesso, il criterio del dominio sul fatto presta il fianco a rilievi critici in quanto, così come dimostrato in numerosi casi concreti²²⁰, non appare idoneo ad individuare una linea discretiva certa tra le due ipotesi, posta l'insufficienza del solo dominio strumentale sul fatto e la relativa necessità anche del dominio normativo.

Pertanto, si è proposto di distinguere le due diverse ipotesi di autoesposizione al danno o pericolo e il consenso al danno o pericolo creato da altri attraverso il riferimento alla manifestazione di volontà espressa dal soggetto titolare del bene protetto, che nella sola seconda ipotesi indicata può considerarsi consistente in una vera e propria autorizzazione ad una condotta lesiva altrimenti vietata²²¹. In altri termini, il *discrimen* tra le due diverse ipotesi è da indagare valutando se la condotta sia consentita indipendentemente dal pensiero (consenso) della vittima o se la stessa possa essere autorizzata solo con il consenso.

4.3 L'autoresponsabilità sul piano della responsabilità colposa

Una delle vie maggiormente battute per attribuire rilevanza al principio di autoresponsabilità è quella propria della responsabilità colposa. Invero, il principio in esame appare idoneo a limitare il dovere obiettivo di diligenza che grava su ciascun individuo, attraverso o lo strumento del rischio consentito, tale per cui sarebbero lecite le ipotesi di creazione o concorso ad una situazione rischiosa a cui un terzo si espone volontariamente e liberamente, o il principio di affidamento, ai sensi del quale non può ritenersi sussistente un particolare dovere di cautela nei confronti di un terzo, qualora

²²⁰ Ad esempio il caso del rapporto sessuale consensuale con persona affetta da HIV con persona sana che conosca la situazione di rischio e la patologia altrui; il caso del doppio suicidio contestuale fallito per uno dei due soggetti; o ancora il caso di *car surfing* in cui il soggetto sdraiato sul tetto dell'auto moriva in conseguenza della perdita di presa sull'auto.

²²¹ U. MURMANN, *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile della vittima in Germania*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 67.

costui sia una persona capace di scelte responsabili e di adottare un comportamento diligente²²².

Invero, la valorizzazione dell'istituto della colpa, accentuando i suoi profili normativi a discapito di quelli soggettivi – che potrebbero prestare il fianco a una sua eccessiva manipolazione da parte degli interpreti –, è stata considerata lo strumento attraverso cui risolvere le problematiche connesse all'applicazione del principio di autoresponsabilità, derivanti principalmente dalla sua incidenza sull'individuazione dei soggetti tenuti a determinati comportamenti, pena l'applicazione di sanzioni penali.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, si evidenzia la profonda connessione tra il principio di personalità della responsabilità penale e l'idea classica di «individuo», capace di prendere decisioni razionali e coscienti. Tuttavia, a fronte della crisi di tale concezione individualistica razionale, messa in dubbio dai più recenti studi neuro-scientifici, le soluzioni che i moderni sistemi penalistici possono adottare oscillano tra una soluzione rigida, fondata sulla finzione per cui è l'individuo a decidere tutto, per lo meno le sue azioni, e una soluzione maggiormente elastica, che rinnega l'idea del tutto o niente per appoggiare l'assunto secondo cui le incertezze scientifiche e le caratteristiche individuali giustificano una risposta penalistica graduata, secondo la logica del più e del meno²²³.

Inoltre, la valorizzazione dell'aspetto normativo della colpa a discapito di quello para-psicologico, assicura maggiore certezza con riguardo al giudizio relativo alla concretizzazione del rischio, fondato su di una più precisa ricostruzione della regola cautelare prevista dall'ordinamento²²⁴. Si addivene, così, a una maggiore e migliore tutela del terzo, innanzitutto da se stesso, dalla sua stanchezza e dalla sua imprudenza, tramite la previsione

²²² O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 115 ss.

²²³ Accolta, come detto, in alcune decisioni giurisprudenziali.

²²⁴ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 123.

scritta e tipica di alcune cautele, oltre le quali lo stesso terzo non è tenuto a garantire.

Tanto premesso, occorre evidenziare che lo sviluppo della tematica del principio di autoresponsabilità attraverso la valorizzazione del contributo della vittima nel delitto colposo si è sviluppato attraverso due diverse chiavi di lettura²²⁵.

Una prima via si fonda su considerazioni *lato sensu* di politica criminale, attinenti all'autoresponsabilità della persona offesa. In tale quadro, rileva la valutazione riguardante l'incidenza dell'autoesposizione al pericolo sul bisogno e sulla meritevolezza di pena da applicare all'autore del reato.

Altra prospettiva, riconducibile ad una ottica dogmatica tradizionale, cerca, attraverso l'individuazione di norme contenute nel codice o di impostazioni dottrinali ormai consolidate, di elaborare una via capace di valorizzare l'interazione tra vittima e colpevole, idonea ad escludere la responsabilità penale di colui che abbia solamente contribuito al verificarsi dell'evento delittuoso. In tale contesto, si evince la dimensione transcategoriale della tematica *de qua*, che coinvolge aspetti relativi al principio di causalità, alla teoria dell'imputazione dell'evento e alla responsabilità colposa.

Tali considerazioni trovano la loro genesi nella necessità di contrastare l'impostazione giurisprudenziale che ha riconosciuto scarsa rilevanza pratica al principio di autoresponsabilità, proponendo di abbandonare la concezione esclusivamente pubblicistica del bene giuridico tutelato dalla norma penale, per aderire a una visione più privata, capace di valorizzare gli aspetti interrelazionali che caratterizzano i fatti concreti²²⁶.

Tale impostazione, peraltro, risulterebbe maggiormente in armonia con la crescente riemersione del protagonismo della vittima, riconosciuto in maniera più incisiva negli ordinamenti penalistici più avanzati. Invero,

²²⁵ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 3.

²²⁶ A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1997, p. 1079 ss.

dall'evoluzione sociale che ha comportato la giustificazione di determinate attività rischiose necessarie per il perseguimento del benessere collettivo, deriva che il principio solidaristico che caratterizza il nostro ordinamento non può ritenersi l'unico da considerare per delimitare le ipotesi di responsabilità penale.

Pertanto, sempre con riguardo alla possibilità che l'autoresponsabilità della vittima assuma rilevanza penale attraverso l'istituto della colpa, deve precisarsi che quest'ultima, a differenza del dolo, introduce un concetto relazionale fondato sulla interattività tra diversi soggetti. Invero, la colpa «riflette in modo immediato la posizione dell'altro giocatore e si plasma, adatta se stessa, alle mosse di quest'ultimo»²²⁷.

Al fine di comprendere l'effettiva influenza dell'istituto della colpa sull'operatività del principio *de quo*, appare utile tratteggiare le caratteristiche fondamentali dell'illecito colposo.

Quest'ultimo si presenta come avente una struttura dinamica fortemente condizionata dalle caratteristiche del caso concreto. Invero, nei delitti colposi di evento l'integrazione che si viene a realizzare attraverso il parametro del «dovere oggettivo di diligenza» è una etero-integrazione normativa, in quanto è necessario individuare le regole di comportamento violate che, ove osservate, avrebbero evitato la verifica dell'evento.

Oltre alla fonte da cui può derivare il dovere di diligenza, la colpa si caratterizza per possedere una struttura relazionale, in quanto, ad oggi, sempre più spesso molte delle attività rischiose sono svolte da più soggetti in collaborazione tra di loro, sincronica e diacronica²²⁸. Tale caratteristica della colpa consente di considerarla lo strumento migliore per valorizzare i profili relazionali e dinamici della tipicità.

La dogmatica della colpa ne prevede due distinte manifestazioni: la colpa specifica e la colpa generica, a cui deve aggiungersi l'affiancamento nel corso

²²⁷ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 377.

²²⁸ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, che ammette ipotesi di *culpa per relationem*.

del tempo di ipotesi di colpa c.d. ibride, come i casi di previsione di linee guida, dei protocolli e delle pratiche clinico-assistenziali, o della *soft regulation*.

Con riguardo alle ipotesi di colpa specifica, la violazione della norma di comportamento scritta esaurisce la cautela doverosa, non essendo necessaria l'analisi sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Viene ritenuto che la colpa specifica è in grado di permettere una ricostruzione del campo applicativo della regola cautelare.

Si sostiene che le funzioni di prevedibilità ed evitabilità nella colpa specifica risultano già esaurite con la concretizzazione del rischio. Invero, quest'ultima assolve lo scopo di delimitare i confini della responsabilità penale e della tipicità dell'evento in una dimensione *ex post*, richiedente la mera concordanza tra lo scopo cautelare della norma e l'evento verificatosi.

Deve specificarsi che le regole utilizzabili nel suo giudizio sono soltanto quelle che si presentano strutturalmente come regole modali, ossia quelle che individuano in modo vincolato condotte da tenere per contenere un determinato rischio. Non si tratta di regole generiche che lasciano il destinatario libero di agire come meglio ritiene. Questa considerazione deriverebbe dall'essenza stessa della concretizzazione del rischio, che non potrebbe essere accertata *ex post* qualora la regola non sanziona una condotta potenzialmente idonea alla produzione dell'evento²²⁹.

Pertanto, il giudice è tenuto a verificare la sussistenza di una colpa specifica sulla base della violazione di una regola scritta e sarà in tale sede che potrà stabilirsi se vi è stata interazione tra autoresponsabilità della vittima e cautela doverosa. Invero, l'autoesposizione al rischio è idonea a incidere sulla riconoscibilità della situazione di pericolo: in particolare appare utile per delimitare il piano astratto della tipicità, in quanto appare ragionevole confidare che il comportamento degli altri soggetti coinvolti si espliciti nel rispetto delle regole e, ancor più ragionevole, ritenere che la vittima non

²²⁹ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 387 ss.

agisca contro i suoi stessi interessi; sul piano concreto, invece, produrrà un ampliamento della tipicità qualora il soggetto agente sia a conoscenza di circostanze particolari riguardanti la probabilità di verificazione dell'evento lesivo.

Il ragionamento sin qui condotto sulla colpa specifica evidenzia che il giudizio riguardante la sua sussistenza può fondarsi solo sulle norme a struttura modale e sull'accertamento di un nesso causale diretto tra la finalità cautelare della regola e l'evento verificatosi. In altri termini, la cautela indicata nella norma deve essere di primo grado, nel senso di essere indirizzata alla prevenzione di eventi dannosi e non meramente pericolosi.

Viene precisato che, laddove la norma indichi la sua finalità cautelare, che quindi sarà individuabile senza sforzo, l'indagine sull'incidenza dell'autoresponsabilità della vittima si presenterà maggiormente agevole. Invero, nel caso in cui la vittima si autoesponga volontariamente al pericolo, l'autore della condotta non potrà rispondere del reato commesso, seppur colposamente, perché la norma violata non comprende nel suo raggio di cautele la autoesposizione al rischio della vittima²³⁰.

Pertanto, viene sostenuta la necessità che il canone dell'autoresponsabilità della vittima sia già filtrato per il tramite di disposizioni vigenti operanti il bilanciamento tra i valori coinvolti²³¹.

Tanto premesso sulla colpa specifica, con riguardo alla colpa generica, si precisa che essa consiste nella violazione di una regola cautelare non scritta, frutto della ripetizione nel tempo di giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento²³².

La colpa generica è stata da sempre ritenuta idonea a perimetrare il concetto di prevedibilità in senso penalistico, consistente nella mera

²³⁰ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 391 ss.

²³¹ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 408.

²³² M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., pp. 637 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 177 ss.

possibilità di prevedere la verifica di un evento e distinguendosi dal concetto di probabilità che assume rilievo sul piano della causalità.

La caratterizzazione della colpa in chiave di doverosità viene talvolta cercata nel ricorso al parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis* come criterio di giudizio consistente nel potere di riconoscere il fatto connotato da colposità di cui è in possesso l'agente modello, il cui riferimento diviene necessario strumento per la concretizzazione del dovere nelle diverse situazioni²³³.

Invero, il primo modello di riferimento a cui guardare per comprendere se si sia in presenza di una responsabilità colposa è quello della prevedibilità oggettiva, al fine di porre un argine al profilo del «dover prevedere».

Viene ritenuto che l'autoesposizione a pericolo della vittima sia idonea a rilevare sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo, in quanto si caratterizza per essere una modalità di estrinsecazione dell'evento imprevedibile e costituisce una violazione di massime comportamentali che esula dal dovere di rappresentazione che incombe sul soggetto agente.

Opinando diversamente, si addiverrebbe al risultato controproducente consistente nell'indebolimento dell'efficacia concreta della norma sociale, in quanto si farebbe carico al soggetto di prevenire il rischio anche laddove sia frutto dell'attività di terzi. In altri termini, così opinando si caricherebbe eccessivamente la regola cautelare, tanto da renderne quasi impossibile la sua concreta applicazione.

Sul punto, assume rilevanza la concezione accolta nell'ordinamento tedesco secondo cui la colpa vada situata all'interno della tipicità soggettiva, considerata come «erronea valutazione antidoverosa in ordine alla possibile realizzazione della fattispecie»²³⁴. In altri termini, assume rilevanza il concetto di «diligenza interna», riferendosi a quelle ipotesi in cui l'ignoranza circa la situazione di fatto non è stata evitata ma si presenta come evitabile.

²³³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 418; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*; Milano, 1990, p. 164.

²³⁴ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 428.

Così, la cautela che un soggetto è tenuto ad avere caratterizza la tipicità, mentre nella colpevolezza confluisce la concreta capacità di adeguamento dell'agente alla pretesa normativa.

Tuttavia, deve evidenziarsi che il binomio «cautela interna-cautela esterna»²³⁵ non ha avuto particolare rilievo nell'ordinamento italiano, in quanto tale distinzione risulta fondata su di una impostazione c.d. psicologista, manifestata dalla richiesta di riconoscimento della situazione di pericolo, da sempre avversata dalla cultura penalistica²³⁶.

Potrebbe ritenersi, però, che, in un ordinamento come quello attuale, dove viene dato per assodato il carattere normativo della colpa, la valorizzazione della cautela interna sarebbe utile per delimitare le ipotesi di atipicità colposa.

Inoltre, considerando che la prevedibilità dell'evento secondo il parametro dell'agente modello rappresenta il coefficiente minimo per ritenere tipico un determinato fatto colposo, la valorizzazione dell'aspetto soggettivo, consistente nella prevedibilità in concreto, potrebbe consistere in un utile strumento per riconoscere la sussistenza del pericolo. Così opinando, potrebbe ritenersi sussistente un rapporto di proporzione inversa in quanto più probabile sia la prevedibilità soggettiva dell'evento, più limitato sarà il campo di applicazione dell'autoresponsabilità della vittima.

Si è detto che la prevedibilità è utile a individuare il rischio penalmente rilevante tale da generare una responsabilità penale per colpa generica. Ulteriore passaggio è quello della c.d. concretizzazione del rischio, per cui la colpa può venire a esistenza solo ove il rischio concretamente verificatosi sia frutto della violazione della regola cautelare²³⁷.

Infine, deve evidenziarsi che il canone della prevedibilità che connota la responsabilità colposa determina la produzione di diverse conseguenze teoriche e applicative, tra le quali particolare rilevanza è rivestita da quella

²³⁵ Cenni sul binomio in G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 139 ss.

²³⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 143 ss.

²³⁷ Viene da taluni evidenziato che tale parametro è per lo più sovrapponibile a quello dello scopo della norma violata, visto con riguardo alla teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento.

per cui non si configura una ipotesi di responsabilità colposa nelle ipotesi in cui la condotta violativa di una regola precauzionale, sociale o giuridica, abbia determinato la verificazione di un evento diverso da quello oggetto della norma penale²³⁸

Tanto premesso, oltre al requisito della prevedibilità, altro presupposto del reato colposo è rappresentato dall'evitabilità dell'evento.

Sulla sua struttura, risulta determinante l'individuazione della misura oggettiva fissata per il comportamento dell'agente modello, secondo i modelli scientifici ed esperenziali disponibili al momento di verificazione della condotta.

Dunque, l'ambito soggettivo del dovere è composto da tutto quello che un soggetto avrebbe potuto porre in essere secondo il parametro dell'agente concreto per evitare la verificazione dell'evento lesivo: «l'evitabilità è dotata di un contenuto positivo, perché riempie la cautela doverosa (esterna) e contribuisce ad edificare la struttura dell'illecito colposo»²³⁹.

Nei casi di comportamento alternativo lecito e autoesposizione a pericolo della vittima si verterà in una situazione di decorso causale atipico tale da non poter pretendere dal soggetto agente l'evitabilità dell'evento.

Dalle considerazioni che precedono può, dunque, affermarsi che nel delitto colposo lo standard di diligenza richiesto all'autore della condotta non potrebbe ritenersi violato nel caso in cui vi sia una partecipazione della stessa vittima²⁴⁰.

Tale impostazione ha conosciuto uno sviluppo attraverso le considerazioni per cui per imputare la responsabilità di un evento appare determinante individuare lo standard di diligenza minimo che il soggetto che si espone a

²³⁸ V. MILITELLO, *La responsabilità dello spacciatore*, cit., p. 14.

²³⁹ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit. p. 459.

²⁴⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 28; tale impostazione è stata posta a fondamento della risoluzione di importati casi concreti, come il c.d. caso Memel-Fall, sul passaggio fornito dal traghettatore, il c.d. caso Morrad-Fall, sul passaggio fornito dal motociclista, e il c.d. caso Schlagerei-Fall, sulla responsabilità penale del pugile.

una situazione di pericolo può ragionevolmente aspettarsi dal terzo, soprattutto in una società, come quella attuale, caratterizzata dalla presenza di rischi sempre più incisivi. In altri termini, la partecipazione della vittima comporterebbe una diminuzione degli obblighi cautelari imposti all'autore di determinate condotte²⁴¹.

A titolo di completezza, deve inoltre evidenziarsi che, con riguardo all'accertamento della responsabilità colposa, si ritiene necessario valorizzare l'accertamento del profilo colposo, sotto l'aspetto della dimensione relazionale capace di descrivere l'impatto dei diversi agenti modello influenti nell'intreccio causale caratterizzante la verifica dell'evento lesivo. Per tali ragioni si propone di valorizzare la figura dell'agente modello nella sua dimensione variabile e differenziata.

Dunque, appare fondamentale recuperare la fase di accertamento del profilo colposo, conseguentemente all'accertamento causale. Così, dopo aver accertato i profili oggettivi della colpa, consistenti nella «competenza» per il rischio concretizzatosi nell'evento, nella causalità della condotta e nel nesso tra rischio ed evitabilità dell'evento, devono necessariamente considerarsi anche i profili relazionali, valutando in modo correlato l'autoresponsabilità del soggetto passivo e il comportamento del garante e ridimensionando, conseguentemente, le sfaccettature paternalistiche che caratterizzano attualmente determinati settori, come ad esempio la responsabilità del datore di lavoro.

Invero, evidenziando preliminarmente come nella società odierna vi siano parecchie attività in cui le persone agiscono accettando il rischio di possibili lesioni, gli ordinamenti tendono a introdurre obblighi precisi volti a circoscrivere le ipotesi di responsabilità penale al fine di far fronte alle difficoltà applicative dei principi di diritto penale a tali situazioni²⁴². Ad

²⁴¹ P. FRISCH, *Das fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlino, 1973.

²⁴² K. SCHWAIGHOFER, *L'autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 79 ss.

esempio, ciò è quello che accade con gli obblighi relativi alla sicurezza stradale oppure con riguardo alla disciplina sulla sicurezza sul lavoro. In questi campi, pertanto, laddove si verifichi una lesione o messa in pericolo di un determinato bene giuridico, è necessario valutare se si sia verificata una violazione di una regola cautelare oggettiva, da cui deriverebbe la necessaria valutazione della sussistenza di una ipotesi di responsabilità penale quantomeno colposa.

Tuttavia, proprio con riguardo a tale ultimo aspetto, deve necessariamente evidenziarsi che la responsabilità colposa può sorgere anche dalla violazione non solo di norme di legge a carattere cautelare, ma anche per violazione di obblighi contrattuali o tenendo conto del parametro dell'agente modello a cui è riconducibile l'autore del reato²⁴³.

Dunque, può affermarsi che un presupposto fondamentale per la concretizzazione della colpa risiede nella violazione di una regola cautelare oggettiva («agisce in tal senso colui che viola regole di cautela codificate oppure colui che si comporta in modo diverso rispetto alla condotta che un agente modello avrebbe tenuto nella situazione concreta»²⁴⁴). Ovviamente è da precisare che dal fatto che una azione si presenti come pericolosa non può automaticamente dedursi la sua contrarietà a una regola cautelare oggettiva, in quanto molte attività della società odierna, seppur pericolose, sono comunemente accettate. Pertanto, devono ritenersi violative di regole cautelari tutte quelle condotte che non siano conformi al rischio socialmente consentito e quindi disapprovato dall'ordinamento giuridico.

Altri presupposti per la configurazione della responsabilità colposa sono l'esistenza di un nesso non solo naturalistico ma anche normativo tra la violazione della regola cautelare e l'evento lesivo e la necessaria

²⁴³ BURGSTALLER, SCHUTZ, in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (WK2)*, § 6, Wien, 2017, num. a margine 38; LEUKAUF/STEININGER/HUBER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4° ed. (2017) § 6, Wien, 2018, num. a marg. 12 ss.

²⁴⁴ K. SCHWAIGHOFER, *L'autoresponsabilità quale causa di esclusione*, cit., p. 82.

rimproverabilità soggettiva, la quale si configura laddove il soggetto che ha violato la regola cautelare era capace di rispettarla.

In via di estrema sintesi, deve rammentarsi che l'imputazione per il delitto colposo è imperniata su tre elementi fondamentali: l'offensività oggettiva del comportamento, il quale deve risultare oggettivamente idoneo a produrre l'evento; la violazione oggettiva di una regola cautelare; la prevedibilità ed evitabilità dell'evento. A questi tre caratteri va aggiunto, nel caso si tratti di reato omissivo, l'esistenza di una posizione di garanzia e l'obbligo giuridico di impedire l'evento²⁴⁵.

Pertanto, con riguardo alle ipotesi di responsabilità colposa, risulta imprescindibile per la sua configurazione la sussistenza di uno stretto nesso tra l'evento verificatosi e le diverse qualifiche colpose, sociali o giuridiche che siano.

Deve rammentarsi che la responsabilità colposa sorge nelle ipotesi di violazione di determinate forme giuridiche, che devono necessariamente avere carattere preventivo, precauzionale o cautelare. Tali caratteristiche possono essere rintracciate anche nelle leggi penali, la violazione delle quali può costituire pertanto la base per la responsabilità colposa ai sensi dell'art. 43, ultimo comma, cod. pen., pur con la necessaria precisazione per cui deve trattarsi di norme che «prescrivono o vietano comportamenti, astenendosi dai quali o utilizzando i quali, è prevedibile il verificarsi di un evento dannoso come conseguenza della propria azione od omissione»²⁴⁶.

Tali considerazioni appaiono necessarie per scongiurare una sovrapposizione tra la responsabilità colposa e le ipotesi di responsabilità oggettiva di un evento tipico, generata dalla involontaria realizzazione di una condotta penalmente illecita.

Particolare attenzione deve essere rivolta a quella impostazione che, ai fini dell'imputazione di responsabilità in presenza di una condotta

²⁴⁵ G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 148.

²⁴⁶ V. MILITELLO, *la responsabilità dello spacciatore*, cit. p. 14; M. GALLO, voce *Colpa penale* (dir. vig.), ivi, Vol. VII, 1960, p. 642.

autoresponsabile della vittima, ritiene fondamentale indagare sulla reale posizione rivestita dai soggetti coinvolti nella fattispecie di reato.

Invero, tale orientamento risulta influenzato da quella dottrina tedesca secondo cui non è necessario operare la distinzione tra aspetto oggettivo e soggettivo ma a rilevare è indagare la posizione del singolo e quale ruolo ricopra nella società. Pertanto, soltanto ove sul terzo gravino posizioni di garanzia desumibili dal contesto normativo costui potrà essere considerato responsabile anche qualora la vittima abbia, con la sua condotta o con il suo volere, determinato il verificarsi dell'evento lesivo²⁴⁷. È da evidenziare come tale impostazione abbia prodotto un'eco sulla giurisprudenza italiana, la quale ne ha usufruito a partire dal caso c.d. Lovison²⁴⁸.

Tale impostazione è stata oggetto di critiche in quanto produttiva di rischi applicativi tali per cui il soggetto terzo può essere ritenuto gravato da un generale obbligo o dovere di garantire la correttezza della volontà della vittima, come se esistesse una competenza pressoché universale del soggetto attivo a evitare qualsiasi rischio per la potenziale vittima, anche quelli che la stessa procura a se stessa o a cui acconsente espressamente²⁴⁹.

Può in conclusione affermarsi che una applicazione generale e libera da qualsiasi limite del principio di autoresponsabilità delle parti non permetterebbe di giungere al miglior obiettivo possibile, consistente nella salvaguardia della libertà dei singoli e, al contempo, dei beni meritevoli di protezione penale in ragione della loro rilevanza collettiva. Invero, lo squilibrio di posizione intercorrente nella maggior parte delle ipotesi tra l'autore del reato e la vittima non garantisce la più profonda interrelazione tra i due, utile al raggiungimento del miglior risultato per entrambe le parti.

²⁴⁷ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

²⁴⁸ Cass. IV, 21 dicembre 2012 (dep. 15 ottobre 2014), Lovison, n. 49821, in Foro.it, 2013, pt. II, cc. 350 ss., con nota di G. FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*; Cass. IV, 17 giugno 2014, (dep. 15 ottobre 2014), n. 43168, C.A., N.

²⁴⁹ O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 128.

Pertanto, abbandonando l'impostazione che attribuisce rilevanza all'autoresponsabilità sul solo piano della tipicità oggettiva in quanto criterio eccessivamente indeterminato, viene ritenuta errata la considerazione statica dell'autoresponsabilità stessa.

Invero, si sostiene la necessaria valorizzazione delle circostanze concretamente verificatesi, tenendo conto delle osservazioni del soggetto agente. Tali aspetti potrebbero risultare più facilmente analizzabili applicando la disciplina relativa alla responsabilità colposa (quindi in sede di tipicità soggettiva), in quanto la vittima, con il suo contributo alla realizzazione del fatto, comporta in concreto un assottigliamento dei profili di evitabilità e prevedibilità dell'evento. Concentrando l'attenzione sui profili di doverosità della cautela, «diventa difficile immaginare che l'ordinamento intende accollare al soggetto attivo la salvaguardia di interessi per la cui protezione il titolare mostra invece una totale incuria: la precauzione finirà allora dove comincia la possibilità di salvaguardia da parte del diretto interessato»²⁵⁰.

4.4 La valorizzazione del principio di affidamento

Nella valorizzazione del principio di autodeterminazione e del conseguente principio del *sibi imputet*, particolare importanza è rivestita dal principio di affidamento.

Quest'ultimo è stato elaborato al fine di delimitare la portata delle regole cautelari proprie dell'imputazione colposa, per cui chi ripone un ragionevole e fondato affidamento sul comportamento di altri soggetti non può rispondere penalmente per i fatti lesivi che la condotta di costoro ha generato.

In tal senso, si adotta una nozione normativa di affidamento, intesa nel suo significato basilico quale «aspettativa di tipo normativo generale per la quale è legittimo confidare nel fatto che gli altri adottino le precauzioni normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta viene

²⁵⁰ O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., p. 130.

in esame (*homo eiusdem condicionis et professionis*): fiducia normativa nel corretto comportamento altrui come regola di determinazione della propria condotta nel contatto con altri soggetti»²⁵¹.

Per contro, deve precisarsi che, laddove il soggetto titolare di obblighi di protezione o di controllo si accorga della condotta incauta altrui, quest'ultima è sì idonea a escludere l'affidamento, ma, in applicazione del generale principio del *imputet sibi*, non comporta un contestuale innalzamento degli obblighi che l'ordinamento gli assegna in virtù del ruolo che egli riveste.

Sul punto, deve evidenziarsi l'esistenza di una impostazione per cui la circoscrizione dell'imputazione penale può avvenire valorizzando la differenziazione tra i diversi ambiti di organizzazione e responsabilità²⁵². Tale approccio appare riconducibile alla filosofia di Tommaso D'Aquino, il quale riteneva che dalla condizione personale e professionale dei singoli individui derivassero delle conseguenze non solo sul piano degli obblighi giuridici ma anche su quello delle prerogative, idonei a delimitare il loro campo di azione e la connessa ed eventuale responsabilità²⁵³. In altri termini, si sosteneva che l'imputazione di un determinato soggetto è necessariamente collegata e connessa alla sua competenza²⁵⁴.

Dunque, ai fini dell'imputazione della responsabilità penale, qualora sia posta in essere una condotta capace di realizzare un rischio che si concretizzi in un evento lesivo, occorre accertare se il rischio doveva essere gestito dall'autore della condotta stessa, dalla vittima, da una terza persona o se risulti essere frutto del caso.

Tale impostazione è riconducibile a quella corrente di pensiero che ritiene le problematiche relative al tema dell'autoresponsabilità come risolvibili applicando il generale principio secondo cui *negligentia unius non imputatur*

²⁵¹ L. CORNACCHIA, *Autoresponsabilità e imputazione*, cit., p. 101.

²⁵² R. DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin 1992, p. 61 ss.

²⁵³ V. S. TOMMASO D'AQUINO, *De Malo*, 3,7 c.

²⁵⁴ *Id.*, *Summa contra gentes*, III 2,7; *Id.*, *Super Romanos*, 14, 1.

*alteri*²⁵⁵. In altri termini, il problema dell'autoresponsabilità andrebbe analizzato alla luce del principio della responsabilità per fatto proprio e considerando il criterio dell'affidamento.

Dall'operatività di quest'ultimo principio deriva la conseguente aspettativa per ciascun consociato a che l'attività altrui si svolga nel rispetto delle regole di diligenza minima che la governano.

In proposito, deve evidenziarsi la teorizzazione in alcuni ordinamenti dell'esistenza di un generale dovere di autoprotezione incombente su ciascun individuo potenziale vittima di conseguenze lesive. Tale idea, tuttavia, non ha avuto fortuna in quegli ordinamenti, come quello italiano, dove non si giunge in nessuna occasione a riconoscere la responsabilità penale della vittima, anche laddove sia essa stessa a procurarsi una lesione a un bene ritenuto indisponibile e di rilievo primario. Può sottolinearsi, però, che tale dovere di autoprotezione deve essere riferito ai rapporti tra vittima e autore del fatto, volendo sottolineare la possibilità che, in presenza di determinate caratteristiche, l'evento lesivo sia imputato all'ambito di autoresponsabilità della vittima²⁵⁶.

Su tale tema, si ritengono ulteriormente esistenti alcuni obblighi verso se stessi, da intendere come doveri giuridici che ciascuno deve rispettare nelle relazioni intersoggettive, anche laddove non vi sia una espressa previsione normativa in tal senso. In altri termini, la libertà riconosciuta a ciascun individuo di adottare comportamenti afferenti la propria vita o incolumità individuale deve ritenersi perimetrata dall'obbligo di rispettare non tanto doveri verso se stessi, ma l'esercizio del corrispondente diritto di libertà dei

²⁵⁵*Id.*, *Quodlib.* VI 8, 1 ag.

²⁵⁶ M. CANCIO MELIA, *Conducta de la victima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ambitos de responsabilidad de victima y autor en actividades arriesgadas*, II Ed., Barcellona, 2001, p. 348. «Secondo tale impostazione, presupposti per l'imputazione alla sfera della vittima sono che il titolare del bene leso (persona offesa) intraprenda con altri un'attività che possa produrre una lesione del bene, che la condotta della persona offesa non sia stata strumentalizzata dall'agente (caso della vittima inimputabile o in errore) e che quest'ultimo non abbia un dovere di protezione nei confronti dei beni della vittima».

soggetti con cui si interagisce: «si tratta di doveri giuridici di corretta gestione della propria sfera di azione, doveri che servono a evitare che tale azione si riverberi in una usurpazione della sfera di libertà altrui, né più né meno di qualsiasi obbligo cautelare, si intenda, esattamente come le regole di diligenza o prudenza che fondano il giudizio di colpa»²⁵⁷. In presenza di tali ipotesi non opera il principio del *sibi imputet* e l'eventuale violazione di qualche regola giuridica non penale da parte di quella che risulta essere la vittima del reato potrà essere valutata, in sede di processo penale, al più ai fini della determinazione della pena da applicare.

Da quanto espresso consegue che, nel caso in cui il comportamento della vittima risulti del tutto imprevedibile, il soggetto che causa l'evento lesivo o pericoloso non può andare incontro a responsabilità penale perché il suo obbligo di diligenza non può spingersi fino a dover prevedere l'imprevedibile. Ritenendo che la possibilità di adempiere al comando imposto dalla regola cautelare è elemento riconducibile alla tipicità, il comportamento anomalo della vittima comporta una diminuzione della consistenza dell'obbligo cautelare²⁵⁸.

Dunque, può affermarsi che l'evento lesivo può essere imputato alla vittima quando risulti essere la diretta conseguenza del mancato rispetto da parte della stessa vittima di un proprio dovere giuridico di condotta (di corretta gestione della propria sfera di libertà) nei confronti di altri.

Discorso diverso riguarda i casi in cui la vittima non abbia violato un dovere giuridico verso terzi ma abbia meramente prodotto una condotta autolesiva, anche semplicemente per imprudenza. Tali contesti sono caratterizzati per l'assenza di una relazione intersoggettiva.

Ai fini di una maggiore chiarezza, occorre evidenziare le differenze terminologiche tra le due diverse tipologie di obblighi che vengono in gioco in tali situazioni.

²⁵⁷ L. CORNACCHIA, *Autoresponsabilità e imputazione*, cit., p. 106.

²⁵⁸ Cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 239 ss.

Sulla persona offesa incombono doveri giuridici che sorgono nelle relazioni intersoggettive: si tratti di obblighi giuridici relazionali che gravano su qualsiasi soggetto, anche attivo.

Diversamente, nel caso di comportamenti imprudenti che generano una autolesione, si utilizza la nozione di «incombenze» o, attingendo da una terminologia tradizionale, di «oneri», non involgendo alcuna dimensione intersoggettiva sotto il profilo normativo.

Si evidenzia, peraltro, che la terminologia appena riportata risulta maggiormente appropriata rispetto a quella proposta da altra corrente interpretativa, che parla di regole riflessive o autodirette²⁵⁹, criticata in quanto evocativa di obblighi verso se stessi.

Inoltre, deve contestarsi l'impostazione per cui il soggetto agente che abbia delle conoscenze superiori a quelle che l'ordinamento gli richiede ne debba fare uso nella previsione dei comportamenti della vittima²⁶⁰. Viene ritenuto, infatti, che la diligenza richiesta a ciascun consociato su cui ricade l'obbligo cautelare è strettamente collegata con le conoscenze che egli era tenuto per legge a possedere e utilizzare²⁶¹.

Le considerazioni appena svolte inducono taluni commentatori a ritenere che il contenuto della regola cautelare quale precetto della colpa generica non possa essere determinato sulla base della percezione avuta dal soggetto agente sulla capacità di difesa della vittima²⁶², in quanto ciò determinerebbe un ancoraggio del giudizio di responsabilità ad aspetti fattuali che possono non possedere valore normativo. Da ciò deriverebbe una indebita limitazione della libertà individuale condizionata dalle conoscenze che la stessa possa trovarsi ad avere. Occorrerebbe trovare un parametro normativo in base al quale

²⁵⁹ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 374.

²⁶⁰ S. TORDINI CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 200, 3, p. 1183.

²⁶¹ L. CORNACCHIA, *Autoresponsabilità e imputazione*, cit., p. 111;

²⁶² O. DI GIOVINE, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Legislazione penale*, 2019, 12.

spiegare le ragioni dell'obbligo di attivarsi in presenza di una determinata percezione, o comunque di comportarsi diversamente in assenza di quest'ultima²⁶³.

Pertanto, la consapevolezza del soggetto agente circa le minorate condizioni della vittima, ai fini della configurazione della responsabilità penale, può rilevare in tre diversi modi. Innanzitutto, rileva sempre qualora la conoscenza sia propria della sfera di competenza del soggetto agente (es. Medico); in secondo luogo, essa rileva nelle ipotesi specifiche per cui l'ordinamento impone obblighi di natura solidaristica anche senza la previsione espressa di un obbligo di garanzia; infine, la consapevolezza delle condizioni della vittima assume rilievo nel caso in cui il soggetto agente utilizza le proprie conoscenze per strumentalizzare i comportamenti del soggetto passivo.

In definitiva, secondo tale impostazione non possono ritenersi esistenti obblighi di condotta verso se stessi ma oneri di comportamento rilevanti nelle relazioni sociali intersoggettive.

Peraltro, il principio di affidamento viene in gioco anche nelle ipotesi che vedono la partecipazione di più soggetti. Si evidenzia che, in tali casi, vi è sempre il rischio di utilizzare varianti della colpa di natura civilistica, ossia la *culpa in vigilando* e la *culpa in eligendo*, nate in una logica di responsabilità oggettiva che contrasta con lo stesso principio di responsabilità penale personale.

Proprio per scongiurare tale pericolo, in tali casi si ritiene doveroso utilizzare il criterio di affidamento, utile a dare rilevanza al principio di autoresponsabilità e capace di delimitare le posizioni dei singoli garanti coinvolti²⁶⁴. Invero, si ritiene che il principio di autoresponsabilità operi nei

²⁶³ L. CORNACCHIA, *Autoresponsabilità e imputazione*, cit., p. 112.

²⁶⁴ A. MASSARO, *Il principio di affidamento e cooperazione colposa nell'attività medico-chirurgica*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 215 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso della vittima*, Bologna, 2008.

casi di autoassunzione del pericolo da parte dell'offeso, in quanto è utile a delimitare le posizioni di garanzia e i confini dello stesso principio di affidamento, con riguardo alla misura oggettiva della colpa e allo scopo cautelare della norma²⁶⁵.

Dalle considerazioni che precedono emerge come sia di preminente importanza il tema della riconoscibilità dell'altrui comportamento inosservante. Invero, quest'ultima dovrebbe essere valutata secondo parametri più restrittivi rispetto a quelli relativi all'accertamento della generale prevedibilità dell'inosservanza altrui, dovendo riferirsi solo a quelle ipotesi in cui si commettano errori macroscopici e, in quanto tali, facilmente riconoscibili. Potrebbe ipotizzarsi che il filtro della riconoscibilità dell'altrui comportamento inosservante operi solo con riguardo alle ipotesi di condotte concomitanti e, quindi, di collaborazione sincronica, contribuendo così ad attenuare il rischio di una smisurata espansione dell'eccezione in commento. Tuttavia, si ritiene irragionevole tale soluzione, così da poter affermare che un comportamento inosservante può essere rilevato anche nei casi di collaborazione diacronica.

Ciò posto, dall'applicazione del principio di affidamento deriva altresì la considerazione dell'obbligo di controllo sull'operato altrui come un obbligo di impedimento che assume rilevanza ai sensi dell'art. 40, co. 2, cod. pen. Invero, pur ritenendo necessaria una attenta ricostruzione dell'obbligo di garanzia, fondata sulla esistenza di un concreto potere-dovere giuridico di intervenire, deve comunque considerarsi che vi sono casi in cui tale potere-dovere costituisca caratteristica insita nella posizione di vertice rivestita dal soggetto. In tali ipotesi, pertanto, non potrà ritenersi configurata alcuna responsabilità penale allorché la condotta doverosa non è stata tenuta per ragioni di impossibilità sul piano naturalistico non determinata da una errata valutazione colposa del soggetto posto in posizione verticistica.

²⁶⁵ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 196 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 566.

Tutto ciò, però, non deve sconfinare nell'ammissibilità di forme di responsabilità di posizione, grazie alla distinzione tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza e attribuendo alla regola cautelare lo scopo di descrivere puntualmente i connotati della condotta doverosa omessa, capaci di attenuare il rischio di formazione di tale tipologia di responsabilità²⁶⁶.

Dunque, al fine di valutare la responsabilità del soggetto posto al vertice di un gruppo di individui, non si dovrà guardare esclusivamente al rispetto del generico obbligo di controllo sull'operato altrui su di lui gravante, ma dovrà tenersi conto anche della regola cautelare che si ritiene concretamente violata. Tale approccio consente di «transitare dal piano dell'*an* dell'intervento (obbligo di garanzia) a quello del *quomodo* dello stesso (obbligo di diligenza)», potendo così utilizzare il concetto di «colpa di organizzazione»²⁶⁷ idoneo a delimitare più precisamente i confini della condotta doverosa omessa²⁶⁸.

Per contro, vi è chi ritiene di valorizzare maggiormente l'impostazione propria della vittimologia. Invero, adottando tale visuale, può ritenersi ammissibile parlare di «responsabilità funzionale» della vittima, da cui può desumersi l'obbligo per la stessa di astenersi dal compiere azioni che possano indurre altri alla realizzazione di un reato e, conseguentemente, ci si può aspettare dalla stessa che si autotuteli opponendosi ad eventuali aggressioni ricevute.

In via di estrema sintesi, dunque, può affermarsi che al singolo individuo viene riconosciuto, in quanto essere responsabile, il diritto di disporre dei propri beni in modo libero e assoluto. Per altro verso, allo stesso è riconosciuta la possibilità di difendere i propri beni dalle possibili aggressioni provenienti da soggetti terzi, obbligo fortemente condizionato dai mezzi a sua disposizione.

²⁶⁶ A. MASSARO, *Il principio di affidamento*, cit., p. 223.

²⁶⁷ A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, p. 243 ss. e 349 ss.

²⁶⁸ A. MASSARO, *Il principio di affidamento*, cit., p. 224.

Ciò posto, la difficoltà riscontrata dalla vittimologia sul punto risiede nell'individuazione di criteri univoci per la determinazione delle modalità autodifensive di cui il soggetto passivo dovrebbe usufruire per ritenersi meritevole e bisognoso di una salvaguardia penale²⁶⁹.

Deve peraltro evidenziarsi che, qualora non possa operare il principio di affidamento, ci si interroga sulla possibilità di applicare la disciplina relativa alla cooperazione colposa *ex art. 113 cod. pen.*

Si discute sulla funzione effettiva di tale norma, se di disciplina o incriminatrice. Viene evidenziato che la giurisprudenza maggioritaria sembra orientata nel senso di riconoscere funzione incriminatrice alla norma in questione con riferimento alle condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte, anche qualora si tratti di fattispecie causalmente orientate²⁷⁰.

La normativa generale richiede che vi sia un collegamento psichico tra i soggetti concorrenti, consistente nella mera rappresentabilità dell'altrui condotta negligente²⁷¹. Qualora la cooperazione sia già insita nell'obbligo di diligenza, l'applicazione dell'art. 113 cod. pen. potrebbe giustificarsi sulla mera rappresentabilità della condotta altrui, secondo il parametro della colpa individuale.

Sul tema ha inciso fortemente la sentenza «Thyssenkrupp», secondo cui, ai fini dell'applicazione della normativa sulla cooperazione colposa, «occorre che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno siano contingenze oggettivamente definite senza incertezze e pienamente condivise sul piano della consapevolezza»²⁷².

²⁶⁹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 14 ss.

²⁷⁰ Cass. IV pen., 2 dicembre 2008, n. 1786.

²⁷¹ S. DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 111 ss.

²⁷² Cass. Sez. Un. Pen. 24 aprile 2014 n. 38343.

Pertanto, l'interazione prudente riempie di contenuto la regola cautelare che il soggetto deve osservare quando opera nell'ambito di organizzazioni complesse: la prospettiva è quella della colpa ma vista nella sua dimensione oggettiva.

Dunque, laddove il legittimo affidamento non può operare, e anzi proprio in ragione di tale circostanza, resta uno spazio per una partecipazione colposa a contenuto fortemente normativizzato.

4.5 L'autoresponsabilità e l'istituto del consenso dell'avente diritto (Rinvio)

L'impatto dell'istituto del consenso dell'avente diritto sui principi di autodeterminazione e di autoresponsabilità sarà oggetto di apposita trattazione nel capitolo III del presente lavoro.

4.6 L'autoresponsabilità attraverso i principi generali e i rapporti tra etica e diritto

Una ulteriore via percorsa per attribuire la massima rilevanza al principio di autoresponsabilità si fonda sulla valorizzazione dei principi regolatori del rapporto tra etica e diritto.

Invero, in tale solco è stato sottolineato che le varie tesi descritte non assumono la veste di valori ma, tutt'al più, sono da considerare condizioni per la tenuta di un sistema che ha il proprio fulcro nelle regole (le quali selezionano altri valori come degni di tutela)²⁷³.

Pertanto, viene sostenuto che, con riguardo all'autoresponsabilità dell'offeso nel diritto penale, dottrina e giurisprudenza italiana non hanno assecondato le diverse letture possibili volte a dare rilievo ai principi in esame, in quanto la Costituzione italiana ha generato uno stato sociale di

²⁷³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 187.

diritto, dove non può non tenersi conto della componente solidaristica, principio cardine dell'intervento statale che, in quanto tale, deve necessariamente essere bilanciato col principio di sussidiarietà²⁷⁴.

Proprio sulla spinta di tali considerazioni, vi è chi ritiene che l'analisi debba essere condotta sul piano dei valori. Pertanto, sarebbe essenziale individuare con precisione quali valori entrino in gioco quando si parla di autoresponsabilità, precisando che questa non viene valorizzata solo in favore della vittima ma, anzi, spesso anche contro di essa.

Invero, si sottolinea l'esistenza del «pericolo che un'arbitraria e disinvolta sopravvalutazione del concetto di autoresponsabilità della vittima produca una morale rovesciata in cui lo stesso funga da strumento di demotivazione individuale, piuttosto che di responsabilizzazione collettiva: veste nella quale è invece presentato soprattutto dalla dottrina straniera. In tal caso quello che era un tempo il primo corollario della dignità umana si tramuterebbe in un inaccettabile strumento per la sua mortificazione»²⁷⁵.

4.7 La rilevanza dell'autoresponsabilità sul piano della commisurazione e dell'applicazione della pena

Ulteriore rilevanza al comportamento della vittima è attribuita attraverso quella impostazione secondo cui, laddove tale comportamento sia idoneo a diminuire l'illiceità del fatto o la colpevolezza dell'agente, dovrebbe giungersi quantomeno ad una attenuazione delle conseguenze sanzionatorie subite dal reo.

Invero, l'attribuzione di rilevanza alla partecipazione della vittima è idonea, per un verso, a comportare un'attenuazione della tutela degli interessi

²⁷⁴ V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-domatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990, p. 247.

²⁷⁵ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 192.

del soggetto passivo e, per altro verso, a valorizzare la sua posizione, elevando a principio generale la sua libertà di scelta²⁷⁶.

Sul piano della vittimologia, il ruolo della vittima assume rilevanza anche con riguardo alla pena.

Invero, punto di partenza per qualsiasi ragionamento deve essere la considerazione per cui il monopolio ordinamentale riguardante la reazione alla commissione di crimini non può essere scalfito, salvo limitate ipotesi particolarmente circoscritte. Ferma tale premessa, però, si evidenzia che il diritto penale non può dimenticare la vittima nel momento sanzionatorio, in quanto la stessa merita soddisfazione anche nel momento successivo all'applicazione della pena.

Su tale tema si è soliti utilizzare l'espressione «giustizia riparativa» per descrivere la modalità chiave attraverso cui valorizzare certi aspetti del fatto anche in sede di commisurazione della pena. Tale espressione non appare univoca e presenta profili di equivocità. Tuttavia, può definirsi come un paradigma «sanzionatorio» volto a risolvere le problematiche sollevate dall'applicazione dei modelli retributivi e riabilitativi.

Deve sottolinearsi che il modello riparativo operante nell'ordinamento nazionale appare subordinato al consenso dell'autore, tenuto a realizzare una determinata condotta riparativa, e della vittima del reato²⁷⁷.

Inoltre, è stato ritenuto che, al fine di evitare i rischi di una privatizzazione del diritto penale, debbano necessariamente essere individuati circoscritti ambiti in cui sia consono utilizzare i modelli sanzionatori in commento. In particolare, devono essere individuati illeciti penali caratterizzati da «sembranze civilistiche», desumibili dal bene tutelato e dal rapporto tra i soggetti coinvolti, tali da determinare la volontà della vittima di ottenere un

²⁷⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 31; si evidenzia la riconducibilità di tale indirizzo anche alla complessiva opera di Thomas Hillenkamp.

²⁷⁷ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 43.

ristoro economico senza la configurazione della «monetizzazione del dolore»²⁷⁸.

5 I principi di autodeterminazione e di autoresponsabilità nell'ordinamento tedesco

Tracciato il quadro generale delle teorie volte a dare rilevanza al principio di autoresponsabilità nel sistema italiano, si ritiene utile analizzare l'approccio adottato in altri ordinamenti, precisando sin da subito che alcune delle impostazioni accolte in tali sistemi giuridici risultano comuni alla descritta esperienza italiana.

Concentrando in primo luogo l'attenzione sull'ordinamento vigente in Germania, si evidenzia che in tale contesto giuridico è attribuita massima rilevanza al principio di autoresponsabilità della vittima, in armonia con il principio liberale che caratterizza l'intero sistema²⁷⁹.

Deve preliminarmente evidenziarsi che, a livello normativo, l'ordinamento tedesco non contiene alcuna norma che espressamente menzioni e riconosca il principio di autoresponsabilità della vittima. Tuttavia, è pacificamente ritenuto che esso operi nel sistema giuridico come principio immanente capace di attribuire rilevanza alla autoesposizione al pericolo/danno e al consenso al pericolo/danno altrui.

A fondamento di tale ampio riconoscimento risiede, innanzitutto, l'art. 1 della Legge fondamentale tedesca del 1949, dove si assicura massima tutela alla dignità umana, dichiarata come intangibile. La sua collocazione sistematica rappresenta in modo plastico la volontà del Legislatore costituente

²⁷⁸ F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 354.

²⁷⁹ U. MURMANN, *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile*, cit., p. 61 ss.

tedesco di porre la dignità umana a fondamento sia degli altri valori principali sia del diritto e dello Stato²⁸⁰.

Invero, il carattere primario assunto dalla dignità umana produce conseguenze anche sul principio della libertà dell'uomo, riconosciuto e garantito dall'art. 2 della Costituzione tedesca, così da poter affermare che senza dignità non può esservi libertà²⁸¹. Dal medesimo art. 2 può dedursi il riconoscimento del diritto di ciascuno al libero sviluppo della propria personalità, nel rispetto dei diritti degli altri, dell'ordine costituzionale e del buon costume. Così, proprio tale articolo 2 viene utilizzato per attribuire efficacia giuridica alle decisioni autoresponsabili ed assicurargli la relativa tutela. Può dunque affermarsi che il principio di autoresponsabilità può ricondursi direttamente al principio della libertà di agire²⁸² e al generale diritto della personalità²⁸³, consistente nella facoltà di ciascuno di svilupparla secondo le proprie inclinazioni e con le modalità preferite. Ciò risulta in armonia con il ruolo centrale assunto dal principio di autoresponsabilità negli ordinamenti moderni, fondato sulla stessa personalità dell'individuo, da cui deriva che il suo rapporto con i suoi beni o interessi non è di competenza dell'autorità statale, ma rimane nella sua libera disponibilità.

Dalle considerazioni svolte emerge come in Germania l'individuo può considerarsi veramente libero solo laddove sia nella condizione di autodeterminarsi. Invero, la sua dignità risulta garantita attraverso il rispetto e la protezione della sua libertà, intesa come uno spazio di autonomia

²⁸⁰ G. FUNKE, *Grundwerte, Grundrechte, Grundsätze und verantwortliches Handeln*, in *J. Serwartländer (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie*, Strassburg, 1981, p. 277 ss.

²⁸¹ U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 216 ss.

²⁸² In questo caso viene ritenuto che essa possa essere invocata anche con riguardo a un soggetto terzo che viene coinvolto nella libera disposizione del diritto, pertanto nella realizzazione della decisione autodispositiva.

²⁸³ Tale riferimento costituzionale non si ritiene, invece, estendibile a terzi ma riguarda più le condotte autolesionistiche.

consistente nella possibilità di decidere da sé gli scopi che intende perseguire e i mezzi da utilizzare nelle proprie azioni.

Appare la centralità del concetto di uomo responsabile, in possesso di capacità di iniziativa da incentivare e, in quanto essere spirituale, arbitro delle proprie scelte. Dunque, l'individuo che agisce in conseguenza della propria autodeterminazione è necessariamente ritenuto responsabile delle proprie azioni od omissioni²⁸⁴.

Le considerazioni svolte devono completarsi considerando l'intervento sul punto della giurisprudenza costituzionale tedesca, la quale ha specificato che l'individuo è un essere spirituale dotato di libera capacità di iniziativa, ma, al contempo, è un uomo sociale, non isolato dal resto della collettività. Pertanto, i singoli, nell'esercizio delle loro libertà, devono comunque rispettare le libertà degli altri e agire rispettando tali limiti. Dunque, proprio in ragione del rapporto che deve intercorrere tra gli individui, l'uomo viene definito come «individualità sociale»²⁸⁵, in quanto solo all'interno della società l'uomo realizza la sua personalità. Invero, l'autodeterminazione del singolo può considerarsi il risultato del complesso bilanciamento tra l'espressione della sua dignità personale e la sua c.d. «socialità»: «l'appartenenza sociale dell'uomo è il vero limite immanente alla libertà di autodeterminazione»²⁸⁶.

Dunque, la libertà del singolo risulta condizionata dal rispetto delle libertà altrui e, più genericamente, degli interessi della società. Tali limiti non sono rivolti esclusivamente al singolo individuo ma riguardano anche l'attività che lo Stato può compiere nei riguardi dei suoi consociati. Per vero, esso può incidere sulla libertà del singolo solo laddove l'esercizio di quest'ultima appaia idoneo a mettere in discussione l'ordine costituzionale, il buon costume e gli interessi prevalenti degli altri consociati.

²⁸⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 53.

²⁸⁵ ARTH. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, ni Festschrift für I. Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 89 ss.

²⁸⁶ U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers*, cit., p. 216 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 56.

Nel diritto penale tedesco vengono conseguentemente posti in risalto i componenti della c.d. coppia penale, ossia l'autore della condotta quale soggetto attivo e la vittima quale soggetto passivo. Tale valorizzazione della posizione della vittima ha determinato l'espansione della rilevanza della figura dell'uomo autoresponsabile e dotato di adeguata capacità per assumere le sue decisioni comportamentali, al contempo mitigando la rilevanza, prima esclusiva, della posizione dell'autore del reato.

Ed è proprio in tale ottica di maggiore valorizzazione del ruolo della vittima che viene ritenuto necessario lo sviluppo di una teorica capace di attribuire la giusta rilevanza al contributo fornito dal soggetto passivo al reato tramite la sua autoesposizione al pericolo o al danno, al fine di evitare l'attribuzione di responsabilità penale all'autore per fatti non determinati esclusivamente dalla sua condotta²⁸⁷.

Sul punto, deve evidenziarsi la possibilità di individuare il fondamento del principio di autoresponsabilità attraverso la valorizzazione della concezione soggettiva del bene giuridico tutelato penalmente, intesa in stretto collegamento con i diritti fondamentali della persona aventi rilevanza costituzionale.

Tale prospettiva si fonda sull'idea per cui i beni tutelati dall'ordinamento si compongono di una componente oggettiva e di una soggettiva. Adottando tale approccio, il diritto all'autodeterminazione «si identificherebbe quale necessaria ed intrinseca componente funzionale del bene stesso, che vede così subordinata la propria sfera di rilevanza alla libera disponibilità individuale del suo titolare»²⁸⁸.

Pertanto, la libertà di autodeterminazione diverrebbe elemento costitutivo del bene protetto, in quanto un bene può essere considerato tale solo ove il soggetto titolare ne possa autonomamente e liberamente disporre. Può dunque

²⁸⁷ V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-domatica*, cit.

²⁸⁸ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 60; T. RONNAU, *Willensmängel Bei Der Einwilligung Im Strafrecht*, Tubingen, 2001, p. 25 ss.

ritenersi che «il diritto di disporre è già insito nel bene e non necessita di una giustificazione esterna»²⁸⁹.

Invero, può affermarsi che non può esistere un bene giuridico individuale senza la possibilità per il suo titolare di disporne liberamente, salvi i limiti sopra richiamati della difesa dell'ordine pubblico costituzionale, del buon costume e degli interessi altrui.

L'elemento caratterizzante la concezione personale del bene giuridico risiede nel possibile accoglimento della concezione c.d. dell'integrazione. In particolare, dirimente appare il peso che si intende attribuire alla volontà individuale con riguardo al contenuto del bene giuridico. Sul tema è possibile distinguere una opzione teorica, che non considera la volontà concreta del titolare del bene e si basa su di una valutazione effettuata a priori e in modo astratto, e una opzione concreta, che tiene conto dell'intervenuto consenso alla lesione tanto da attribuirgli l'efficacia di escludere la stessa lesione del bene giuridico, venendo così meno la stessa tipicità del fatto.

Ciò posto, con riguardo alla reale ampiezza del principio di autodeterminazione, deve evidenziarsi che la sua validità incontra dei limiti nel caso di coinvolgimento di diritti superindividuali, che meritano una tutela anche nell'ipotesi in cui il singolo individuo sia disposto a subirne una lesione che, indirettamente, produrrebbe una lesione o messa in pericolo del diritto degli altri.

Pertanto, assume rilevanza centrale il rapporto tra l'autodeterminazione e la tutela degli interessi superindividuali, che produce una restrizione del primo principio in ragione della salvaguardia dei secondi.

Inoltre, ci si deve interrogare sulle caratteristiche che deve possedere la decisione autoresponsabile della persona per escludere la responsabilità altrui. Invero, deve ricordarsi che soltanto le decisioni frutto di scelte autonome e consapevoli possono essere sottratte a una valutazione statale²⁹⁰.

²⁸⁹ D. STERNBERG-LIEBEN, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 1997, p. 368 ss.

²⁹⁰ U. MURMANN, *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile*, cit., p. 64.

Tuttavia, non può non considerarsi che praticamente tutte le decisioni assunte da qualsiasi individuo presentano dei *deficit decisionali*²⁹¹. Con tale considerazione si vuole evidenziare che appare pressoché impossibile operare una scelta comportamentale tenendo conto di tutte le possibili conseguenze e di tutti i fattori caratterizzanti la situazione concreta. Un ragionamento del genere, tuttavia, non deve e non può comportare che le decisioni assunte nella vita quotidiana, anche con un certo automatismo o con una leggerezza ponderata, non possano definirsi auto-responsabili. In altri termini, le decisioni quotidiane della vita pratica, purché deficitarie sotto l'aspetto della ponderazione delle varie caratteristiche possibili, possono e anzi devono ritenersi decisioni autoresponsabili frutto di una compiuta autodeterminazione.

È pur vero, però, che il ragionamento appena espresso può ritenersi valido con riguardo ad alcune tipologie delittuose, come quelle riguardanti la condizione patrimoniale della vittima. In questi campi, qualora non siano raggiunte le soglie di rilevanza penale determinate dal Legislatore, e quindi non si giunga ai comportamenti consistenti nella truffa, non può ritenersi il terzo responsabile delle conseguenze derivanti dalle decisioni assunte liberamente, autonomamente e, magari, con leggerezza dalla vittima della condotta.

Discorso diverso, invece, riguarda altri beni giuridici tutelati dal diritto penale, come quelli della vita e dell'integrità fisica. In queste ipotesi, la soglia della rilevanza penale della decisione autodeterminata si presenta come maggiormente alta rispetto a quella descritta precedentemente²⁹².

In tale contesto appare utile ricordare come in Germania l'agevolazione al suicidio sia ritenuta attività lecita in quanto accessoria a una determinazione

²⁹¹ EIDENMULLER, JZ 2011, p. 816 ss; GUTWALD, *Grenzen de Paternalismus*, a cura di Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, , 2010, p. 76.

²⁹² U. MURMANN, *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile*, cit., p. 65.

autonoma e responsabile della vittima²⁹³. Sul punto, la giurisprudenza tedesca, occupandosi in particolare della decisione assunta dal singolo individuo di togliersi la vita, ha riconosciuto che tale decisione è frutto dell'esercizio dell'autonomia della sfera decisionale attribuita a ciascuno e che, in quanto tale, merita tutela e non deve essere limitata dall'ordinamento, ovviamente laddove essa consista in una decisione non viziata. In altri termini, viene ritenuto dalla stessa giurisprudenza che la predisposizione di un divieto generale del suicidio si sostanzierebbe in una limitazione inaccettabile della libertà di azione riconosciuta dalla Costituzione a ciascun individuo²⁹⁴.

Sul tema dell'eutanasia, deve evidenziarsi la sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 26 febbraio 2020 in cui si dichiara l'incostituzionalità delle penalizzazioni, stabilite nel § 217 StGB, previste per le associazioni di aiuto al suicidio. Nel testo del provvedimento, la Corte evidenzia che «come espressione di autonomia personale, il diritto di carattere generale alla personalità comprende al suo interno il diritto a una morte autodeterminata. Questo diritto comporta non solo la libertà di togliersi la vita, ma tutela anche la libertà di cercare e, se offerta, di utilizzare l'assistenza di terzi a tal fine». Il medesimo Collegio continua affermando che «il diritto al suicidio non può essere negato con la motivazione che una persona che si suicida perde la sua dignità, dato che, ponendo fine alla sua vita, rinuncia anche alla base stessa dell'autodeterminazione. L'atto autodeterminato di porre fine alla propria vita è piuttosto un'espressione diretta, anche se

²⁹³ Sul tema appare utile richiamare le parole di ROXIN, primo e più autorevole teorico tedesco che si è occupato del tema nel testo *Strafrecht AT I*, München, 1992, § 11 n. 86: «poiché per il diritto tedesco non è punibile autonomamente la partecipazione al suicidio, cioè a un omicidio di se stessi doloso o anche ad una autolesione dolosa, neppure può essere punibile il contribuire dolosamente ad una autoesposizione al pericolo dolosa. Se infatti non è punibile cagionare il più (l'autolesione), si deve lasciare non punibile anche il meno (l'autoesposizione a pericolo)».

²⁹⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 59.

definitiva, della ricerca dell'autonomia personale insita nella dignità umana»²⁹⁵.

Ovviamente, anche in tale ordinamento, per poter assumere valore, è necessario che la scelta della vittima circa la sua autoesposizione a pericolo sia assunta da una persona capace di valutare coscienziosamente le conseguenze effettive e concrete della propria scelta. Solo in presenza di tali circostanze sarà possibile escludere la responsabilità altrui. Da ciò emerge lo stretto rapporto che intercorre tra il principio di autoresponsabilità e la capacità di autodeterminazione, essendo il primo conseguenza del secondo²⁹⁶.

Tanto premesso, deve aggiungersi che, nel sistema tedesco, a partire dal 1984²⁹⁷, si sia affermato il principio per cui la responsabilità colposa non è configurabile allorché il soggetto agente abbia contribuito all'azione di un altro soggetto autoresponsabile che coscienziosamente ponga in pericolo la propria vita o integrità fisica²⁹⁸.

In altri termini, in tale contesto ordinamentale vige il principio dell'impossibilità di essere ritenuti responsabili colposamente per aver contribuito alla realizzazione di un fatto principale lecito in quanto fondato sulla autoesposizione a pericolo della vittima stessa. Tale impostazione affonda le sue radici nella disciplina del concorso di persone accolta nell'ordinamento tedesco, regolato attraverso un modello differenziato di disciplina che distingue in modo netto tra i diversi soggetti concorrenti e, in virtù di ciò, è utile a far ritenere che tutte le condotte accessorie a quella principale risultino penalmente irrilevanti allorché quest'ultima sia, per l'ordinamento, una attività lecita.

²⁹⁵ Sul tema, F. LAZZERI, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma «commerciale»*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2020.

²⁹⁶ V. MILITELLO, *L'autoesposizione a pericolo*, cit., p. 164.

²⁹⁷ BGHSt 32, 264: Heroinspritzfall (BGH 14.02.1984 – 1 StR 808/83).

²⁹⁸ V. MILITELLO, *L'autoesposizione a pericolo*, cit., p. 163; per una ricostruzione dei percorsi della giurisprudenza in materia cfr. R. VON ATENS, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, Baden Baden 2019, p. 41 ss.

Tanto premesso circa le più risalenti impostazioni, si evidenzia come nella dottrina tedesca il modo preferito per dare valore alla posizione della vittima sia attraverso la tipicità oggettiva. Nel contesto tedesco, invero, un punto fermo è stato sempre quello di ritenere l'autoesposizione a pericolo come espressione di una situazione che presentasse un disvalore sociale minore rispetto a quello proprio del consenso al pericolo creato da altri.

Con riferimento specifico al consenso, per la dottrina tedesca e non solo, esso deve essere consapevole, al di là della sua qualificazione, se causa di esclusione della tipicità o dell'antigiuridicità, e quale che sia il suo oggetto, ovvero se si tratti di consenso finale, cioè che ricade sulle conseguenze del comportamento, o consenso non finale, che ricade sul mero comportamento pericoloso²⁹⁹.

Considerandola una causa di esclusione dell'antigiuridicità, il consenso consente di escludere la responsabilità penale anche laddove entrino in gioco beni come la incolumità personale.

Roxin adotta la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, escludendo la responsabilità dell'autore laddove la condotta della vittima sia stata la sola a causare l'evento lesivo.

Inoltre, la dottrina tedesca prova a dotare di rilevanza il comportamento della vittima valorizzando il dovere di diligenza. Chi consente all'altrui azione pericolosa accetta anche la possibile verifica dell'evento lesivo del suo diritto³⁰⁰. Tuttavia, in tali ipotesi può risultare difficile distinguere i casi di consenso alla sola azione pericolosa o consenso al danno.

In tale contesto si è sviluppata la teoria della comunità di pericoli, secondo cui, per poter considerare una condotta come punibile, è necessario operare un bilanciamento tra la violazione compiuta dalla vittima e la violazione del dovere di diligenza che grava sull'autore, concludendo che «un'azione che

²⁹⁹ G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991, § 7/109.

³⁰⁰ Tra gli altri, G. HANSEN, *Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitsdelikten, im besonderen das bewußte Eingehen eines Risikos durch den Geschädigten*, Diss. Jur. Bonn, 1963, p. 112.

crea un pericolo a causa della violazione degli interessi del titolare del bene non contrasta con la diligenza richiesta nel traffico se il titolare del bene ha causato questa messa in pericolo senza necessità del traffico e se a) egli ha riconosciuto in maniera corretta il pericolo connesso all'azione ovvero b) egli e l'autore dell'azione pericolosa non hanno riconosciuto correttamente il pericolo connesso a questa azione, ma il titolare del bene avrebbe potuto riconoscerlo correttamente»³⁰¹.

Diversamente, Jacobs ha elaborato la teoria dei ruoli³⁰², fondata sulla suddivisione dei rischi di matrice roxiniana. In particolare, secondo tale impostazione, «la stessa imputazione obiettiva consiste in un riparto di ruoli, che decide anche delle attribuzioni delle responsabilità (ovviamente sul piano della tipicità) sulla base di criteri squisitamente normativi»³⁰³. Così, le ipotesi di autoesposizione a pericolo sarebbero ricomprese nei casi di c.d. competenza della vittima. Tuttavia, viene rilevato come tale impostazione dilati eccessivamente i confini propri dell'imputazione oggettiva, capace di comprendere al suo interno diversi istituti tanto da risultare quasi indeterminata. I suoi confini si estendono e ritraggono sulla base di considerazioni di natura assiologica.

Al fine di trovare un punto di sintesi, è stato sostenuto che l'autoesposizione a rischio fosse capace di elidere l'antigiuridicità della condotta³⁰⁴. Tale impostazione fa perno sulla mancanza di interesse dello Stato a reprimere una condotta le cui conseguenze negative sono volute o comunque accettate dal titolare del bene protetto.

In conclusione, giova comunque precisare che le teorie descritte appaiono riconducibili alla teorica della vittimologia, la quale si fonda su una lettura

³⁰¹ P. FIRSCH, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973, p. 124 ss.

³⁰² G. JAKOBS, *Tatervorstellung und objektive Zurechnung*, in *Arm. Kaufmann-GedS.*, Köln, 1989, p. 271 ss.

³⁰³ O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 119.

³⁰⁴ W. FRISCH, *Selbstgefährdung im Strafrecht*, NZSt, 1992, I parte, p. 4 ss.

dinamica del dato positivo, fondata sulla valorizzazione del ruolo ricoperto dalle parti del reato e sulle caratteristiche concrete del fatto.

Tuttavia, la fortuna di tale dogmatica si è scontrata con le considerazioni secondo cui «laddove sorveglia l'occhio della legge penale, il singolo può impiegare le sue energie per favorire lo sviluppo piuttosto che per garantire la semplice salvaguardia della sua personalità»³⁰⁵.

Si evidenzia come le più recenti evoluzioni della vittimologia ritengano che l'autoresponsabilità non debba intendersi soltanto in una chiave unidirezionale, ossia puntata solo nei confronti dell'autore del reato, ma, diversamente, debba intendersi quale requisito generale e pertanto applicabile anche con riguardo alla vittima.

Particolare interesse riveste l'opera intellettuale³⁰⁶ secondo cui, partendo dall'analisi della filosofia kantiana, il concetto dell'autoresponsabilità sia da intendere come speculare a quello di eteroresponsabilità, individuandone pertanto il fondamento nella complessiva determinazione della libertà del singolo. Da ciò consegue che nel caso di autolesione non può configurarsi un reato che, in quanto tale, presuppone una interrelazione tra diversi soggetti.

6 L'approccio dell'ordinamento austriaco

L'ordinamento austriaco riconosce massima rilevanza al principio dell'autoresponsabilità, ritenendo l'irresponsabilità per colui il quale dà occasione, favorisce o permette ad un soggetto di mettere coscientemente in pericolo se stesso³⁰⁷. Più specificamente, viene ampiamente sostenuto che, nel caso in cui un terzo partecipi a una condotta assunta autonomamente dal

³⁰⁵ C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, cit., Bd. I, § 14/20.

³⁰⁶ R. ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993, p. 30 ss.

³⁰⁷ F. MESSNER, *Strafrechtliche Verantwortung bei riskanten Zusammenwirken von Tater und Opfer*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht (ZVR)* 2005, 43 (44).

soggetto che poi ne risulta leso, il fatto così compiuto non può ritenersi tipico e, pertanto, non può configurarsi alcuna responsabilità penale colposa³⁰⁸.

L'impostazione maggiormente accolta ritiene l'autoresponsabilità quale principio capace di fissare un limite concreto alla misura oggettiva della colpa³⁰⁹. In altri termini, nei casi in cui il soggetto titolare del bene giuridico leso o posto in pericolo abbia deciso autonomamente di compiere quella determinata azione o di esporsi al pericolo della lesione, si tratta di casi di «rischio consentito» che, come tali, sono idonei a escludere la negligenza del soggetto che agevola o facilita tale azione. Pertanto, quest'ultimo non può andare incontro a responsabilità penale.

7 Il principio di autodeterminazione in Spagna

Il dibattito relativo alla rilevanza del principio di autodeterminazione in Spagna ruota attorno alla citata teoria soggettiva del bene giuridico, secondo cui il principio stesso viene considerato elemento costitutivo del bene giuridico individuale unitamente alla sua dimensione oggettiva³¹⁰.

³⁰⁸ V. McALLISTER, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (SbgK)* § 80, Wien, 2016, num. a marg. 63; V. KIENAPFEL, D. SCHROLL, *Studienbuch Strafrecht – Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte*, § 80, 4° edizione, Wien, 2016, num. a marg. 64.

³⁰⁹ M. BURGSTALLER, H. SCHÜTZ, in *WK2* cit. §6, num. a marg. 73, § 80 num. a marg. 42, 83 ss.; V. McALLISTER, in *SbgK* § 80 num. a marg. 63; P. LEWISCH, *Mitverschulden im Fahrlässigkeitsstrafrecht*, in *Osterreichische Juristenzeitung (OJZ)* 1995, 296 (298).

³¹⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 64; cfr. B. ESCUDERO GARCÍA CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014; D. M. LUZÓN PEÑA, *El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal*, in *Revista General de Derecho Penal*, N° 18, 2012; J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo*, 2006; M. PANTALEÓN DÍAZ, *Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado*, in *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, a cura di Gonzalo Basso, M. Cancio Meliá (ed. lit.), Mario Maraver Gómez (ed. lit.), Yamila Fakhouri Gómez (ed. lit.), Daniel Rodríguez Horcajo (ed. lit.), Agustín Jorge Barreiro (hom.), Vol. 1, 2019, p. 683 ss.; M. A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, in *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2013, p. 41 ss.; J. P.

Adottando tale impostazione viene abbandonata la concezione fondata sulla duplice natura del consenso dell'avente diritto, in via tradizionale distinto tra *consentimiento* in senso specifico quale causa di esclusione dell'antigiuridicità, e *conformidad* quale causa di esclusione della tipicità.

In via generale, si evidenzia che la Costituzione spagnola attribuisce ad alcuni valori primari la funzione di assicurare il rispetto di diritti fondamentali, che limitano il potere punitivo del legislatore e informano l'ordinamento penale.

Dunque, il diritto penale deve armonizzarsi con la Costituzione, la quale delimita di fatto i contorni delle ipotesi penalmente tipiche. Da ciò deriva l'incoerenza dell'incriminazione di condotte che rappresentano esercizio di diritti costituzionalmente rilevanti.

In tale solco si inseriscono anche le decisioni della giurisprudenza costituzionale spagnola, in cui si sottolinea che la relazione tra l'individuo e la società ad oggi risulta improntata ad un principio personalista, secondo cui deve riconoscersi «la superiorità dell'individuo rispetto allo Stato e il divieto di una qualunque strumentalizzazione dell'uomo ai fini collettivistici»³¹¹.

Pertanto, anche nell'ordinamento spagnolo, così come in quello tedesco, la dignità umana assurge a ruolo di fondamento dei principali diritti dell'ordinamento, sostanziandosi come principio dinamico capace di riempire di contenuto il riconoscimento di diritti costituzionalmente inviolabili.

MAÑALICH RAFFO, "Volenti non fit iniuria": sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal, in *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, a cura di Gonzalo Basso; Manuel Cancio Meliá (ed. lit.), Mario Maraver Gómez (ed. lit.), Yamila Fakhouri Gómez (ed. lit.), Daniel Rodríguez Horcajo (ed. lit.), Agustín Jorge Barreiro (hom.), Vol. 1, 2019, p. 595 ss.; M. PARMIGIANI, *Democracia, sanción penal y consentimiento: consideraciones generales acerca del papel del consentimiento en un sistema penal (¿ideal?)*, in *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 80, 2019, p. 179 ss.

³¹¹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 72; S. SANCHEZ GONZALEZ, *Comentario introductorio al título I*, in *Comentarios a la constitución española de 1978*, p. 19 ss.

Il potere di intervento dello Stato risulta quindi circoscritto dal rispetto del principio del libero sviluppo della personalità dell'individuo, il quale può essere limitato solo laddove risulti necessario ed inevitabile.

Ed è proprio dalla dignità umana e dal libero sviluppo della personalità individuale che può ricavarsi una rilevanza del diritto di autodeterminazione, il quale può certamente ritenersi limite all'intervento punitivo-proibitivo statale e margine della sfera personale all'interno della quale lo Stato può inserirsi solo in eccezionali situazioni.

Al fine di cogliere le problematiche affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnola con riguardo al principio in commento, appare utile analizzare le questioni relative alla rilevanza del consenso dell'avente diritto con riguardo alla lesione dell'integrità fisica e alla *ratio* punitiva delle ipotesi di aiuto e istigazione al suicidio riguardanti il bene vita.

Con riguardo alla prima delle problematiche indicate, deve rilevarsi che, con la riformulazione dell'art. 428 del codice penale spagnolo, avvenuta con la riforma del 1963, era stata esclusa qualsiasi rilevanza del consenso del soggetto che subiva lesioni personali, determinando così l'assoluta indisponibilità del bene dell'integrità fisica. Ad oggi, anche alla luce dell'introduzione del nuovo testo costituzionale del 1978, tale impostazione non è più accolta, sposandosi una idea di disponibilità del bene dell'integrità fisica come principio generale dell'ordinamento.

Proprio sulla base della previsione costituzionale attraverso cui la libera disponibilità dei propri beni assurge a principio costituzionalmente tutelato, si è addivenuti alla riformulazione dell'art. 428 cit., con una riforma intervenuta nel 1983. Invero, con tale riforma sono state previste rilevanti eccezioni al principio che escludeva qualsiasi rilevanza al consenso nelle lesioni riguardanti situazioni specifiche, come il trapianto di organi o la sterilizzazione. Pertanto, in queste ipotesi il consenso prestato consapevolmente esclude il sorgere di qualsiasi responsabilità penale.

Tanto premesso, un vero punto di svolta è rappresentato dall'approvazione del nuovo codice penale spagnolo, avvenuta nel 1995. Con tale riforma il

consenso alle lesioni è stato disciplinato in due diversi articoli, il 155 e il 156, dove, rispettivamente, vengono inseriti i concetti di consenso come attenuante e consenso come esimente.

Dal testo di tali disposizioni è comunque possibile interpretare la volontà del legislatore spagnolo di non escludere in via radicale la rilevanza penale dei comportamenti che ledono l'integrità fisica, riconoscendo al consenso la sola possibilità di incidere sulla quantità di disvalore del fatto³¹².

Ciò posto, sul fronte del fondamento costituzionale da riconoscere al principio di autodeterminazione, appare utile guardare alle questioni sulla disponibilità del bene della vita.

Invero, nel dibattito spagnolo si sono sviluppate due diverse impostazioni. La tesi tradizionale afferma l'assoluta indisponibilità del bene della vita, ritenendolo un diritto assoluto e intangibile sulla base di quanto disposto dall'art. 15 del codice penale spagnolo. Pertanto, sullo stato graverebbe il compito di tutelare la vita stessa «sempre e comunque», non valorizzando in alcun modo la volontà di vivere o morire dell'individuo titolare del bene. La non punibilità del suicidio sarebbe giustificata da ragioni di politica criminale che comunque non sono scevre da giudizi negativi riguardanti il fatto stesso.

A fronte di tale impostazione, una corrente di pensiero più recente e ad oggi maggiormente seguita riconosce la disponibilità del bene della vita e, fondandosi su una dimensione sistematica e dinamica delle norme contenute nella Costituzione, ritiene non esistente un generale obbligo dello Stato di tutelare la vita anche laddove essa sia lesa con la volontà del suo titolare. Dunque, le disposizioni che prevedono i delitti contro la persona devono essere interpretate nel senso di salvaguardare la vita desiderata dal soggetto, così come emerge dall'analisi congiunta delle disposizioni costituzionali e rendendo illegittimo sanzionare qualsiasi condotta di cooperazione al suicidio³¹³.

³¹² S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 68.

³¹³ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 71.

Il tema è stato fortemente inciso dall'approvazione della *Ley organica de regulaciòn de la eutanasia*, legalizzando tanto l'eutanasia attiva quanto il suicidio medicalmente assistito. Ulteriore incisione sulla rilevanza del principio di autodeterminazione è stata determinata dalla *Ley organica 10/2022, 6 septiembre*, con la quale è stata riformata la disciplina del consenso in ambito sessuale³¹⁴

8 Il principio di autodeterminazione negli Stati Uniti d'America

All'esito di un processo evolutivo interpretativo, nel sistema statunitense il principio di autodeterminazione personale appare coincidere con il concetto di *privacy*. Invero, quest'ultimo, seppur originariamente destinato alla tutela delle informazioni personali, ha progressivamente esteso le sue latitudini sino ad inglobare in sé anche i diritti legati a libertà costituzionalmente garantite.

In particolare, si è distinto tra *privacy* politica, *privacy* della sfera intima e *privacy* personale.

Proprio in tale ottica, devono richiamarsi alcune decisioni della Corte suprema degli Stati Uniti, dove sembra che la stessa abbia accordato una base giuridico-costituzionale al principio di autodeterminazione, definito come diritto di decidere autonomamente della propria vita e denominandolo diritto alla *privacy*.

In particolare, occorre richiamare il caso del 1965 *Griswold vs Connecticut*³¹⁵, dove il giudice estensore affermava l'esistenza di alcuni diritti impliciti ricavabili dalla Carta costituzionale, definendoli «penombre» ed espressione dei generali principi contenuti nel *Bill of Rights*. Sulla base di tali

³¹⁴ J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual*, 2022; M. GONZÁLEZ CHINCHILLA, *La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el «nuevo» consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal*, 2022; P. FARALDO CABANA, «Solo sí es sí»: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, in *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, a cura di María Acale Sánchez, Ana Isabel Miranda, Adán Nieto Martín, 2021, p. 265 ss.

³¹⁵ v. anche il caso del 1973, *Roe vs Wade*.

premesse, la Corte affermò il valore costituzionale del diritto alla *privacy*, ancorandolo in particolare al 1°, al 3°, al 4°, al 5° e al 9° Emendamento.

Inoltre, il diritto alla *privacy* è stato ulteriormente valorizzato dalla Corte ritenendolo coincidente con il diritto di ciascuno ad assumere decisioni autonome su questioni riguardanti i propri interessi personali, soprattutto con riguardo alle ipotesi di rifiuto del trattamento sanitario, anche salvavita, e al c.d. diritto di morire³¹⁶.

Deve tuttavia evidenziarsi che, anche nel contesto statunitense, a volte si abbandona il riferimento alla *privacy*, sulla base di una sua asserita genericità ed eccessiva astrattezza, per dar campo al *Due process law clause*, espressa nel 14° emendamento e ritenuta quale appiglio per garantire una tutela costituzionale alla generale libertà dell'individuo³¹⁷.

³¹⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 79 ss.

³¹⁷ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 84.

Capitolo III

Il consenso dell'avente diritto

1. La rilevanza del consenso dell'avente diritto

Tra gli strumenti del diritto positivo che appaiono più adeguati ad attribuire la massima rilevanza al principio di autodeterminazione, il consenso dell'avente diritto si ritiene essere uno dei più efficaci, capace di incidere in diversi settori concreti.

Proprio in ragione della sua rilevanza, appare necessario sviluppare un'analisi relativa al fondamento del consenso dell'avente diritto e alla sua efficacia nel campo del diritto penale. Invero, può sostenersi che da tale approfondimento possa individuarsi la reale consistenza del principio di autodeterminazione e dei suoi limiti.

Come già anticipato, gli attuali ordinamenti democratici, fondati sulla forza dei rispettivi testi costituzionali, attribuiscono un ruolo di prim'ordine alla libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei suoi beni o diritti. Così, sul piano teorico-scientifico si tende a qualificare il consenso alla lesione di un proprio diritto quale manifestazione dell'esercizio della sua libertà di autodeterminazione. Proprio da tale considerazione discende la necessità di individuare il fondamento normativo cui ancorare l'esercizio di tale libertà³¹⁸, al fine di garantire la massima estensione applicativa del consenso dell'avente diritto.

Così, la libertà di autodeterminazione, incidendo sulla selezione dei comportamenti punibili, produce altresì la conseguenza di delimitare i confini relativi alla disponibilità dei beni giuridici. Tale ultimo aspetto assurge, nella sostanza, a spia attraverso cui individuare il sistema su cui sono imperniati i rapporti tra lo Stato e il singolo individuo.

³¹⁸ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 50.

Inoltre, deve evidenziarsi che già nel diritto romano veniva riconosciuta rilevanza alla manifestazione del consenso o del dissenso, attribuendogli efficacia scriminante in applicazione del principio per cui *nulla iniuria in volentes*. Si precisa, tuttavia, che anche in tale contesto romanistico erano stati previsti dei limiti a tale rilevanza, ritenendo che, laddove il fatto lesivo riguardasse un interesse di rilievo pubblico, il consenso manifestato dalla vittima non produceva alcun effetto³¹⁹.

Ciò posto, in via preliminare a qualsiasi approfondimento sull'argomento, si ritiene di centrale importanza l'analisi della collocazione sistematica del consenso dell'avente diritto.

Invero, secondo quanto teorizzato dalla dottrina italiana precedente all'introduzione del codice Rocco del 1930, il consenso dell'avente diritto opera sui diversi piani della tipicità e dell'antigiuridicità, in particolare indossando le vesti di causa di esclusione della tipicità e causa di esclusione dell'antigiuridicità.

L'impianto normativo precedente al vigente codice penale italiano non contemplava la figura del consenso dell'avente diritto. In tale contesto, la dottrina tradizionale, in una prospettiva *de jure condendo*, suggerì l'opportunità di non disciplinare il consenso nella parte generale del codice, ma introdurre apposite disposizioni nella parte speciale, relative ai casi in cui il consenso era da intendere come inefficace nonostante riguardante la lesione di beni di natura privata³²⁰.

Tale avversione verso una disposizione generale sul consenso emerge anche dall'analisi dei lavori preparatori al codice, da cui si evince la presa di posizione di coloro i quali ritenevano la norma come incerta e non idonea a delimitare i confini tra disponibilità e indisponibilità³²¹.

³¹⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta, 2023, p. 700.

³²⁰ F. GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Torino, 1924, p. 670.

³²¹ *Cfr.* Verbali commissione parlamentare, in *Lavori preparatori al codice penale*, Roma, 1930, VI, p. 57.

Con l'introduzione del codice Rocco del '30, però, venne espressamente prevista una apposita disposizione volta a regolamentare il consenso dell'avente diritto, ricomprendendo quest'ultimo tra le cause di giustificazione e di esclusione della punibilità.

Tanto premesso, come già anticipato, il consenso dell'avente diritto condiziona le vicende relative alla punibilità dell'autore del fatto di reato attraverso due meccanismi differenti.

Invero, esso può rilevare quale elemento in presenza del quale viene meno la rilevanza penale del fatto o come causa di giustificazione, laddove il fatto di reato è perfettamente configurato ma, per l'appunto, risulta giustificato.

Elemento comune a entrambe le impostazioni consiste nella necessità che si realizzi un comportamento da giustificare che, se non presente, non solleva alcun problema relativo alla sua rilevanza penale³²².

Prima di analizzare più approfonditamente le ipotesi appena descritte, giova evidenziare che la loro differenziazione assume sfumature differenti a seconda della concezione sulla struttura del reato che si intende adottare.

Invero, chi adotta la c.d. concezione tripartita ritiene che sia possibile distinguere un consenso capace di escludere la tipicità del fatto e un consenso che, invece, incide sull'antigiuridicità.

Diversamente, chi sposa la concezione bipartita ritiene che in entrambe le ipotesi verrà meno la tipicità del fatto di reato, con la precisazione, però, che mentre nel caso in cui il dissenso sia richiesto in modo esplicito o implicito dalla norma incriminatrice, il consenso non permetterebbe di ritenere configurato un «elemento positivo a contenuto negativo» del fatto costituente reato, in cambio, nel caso diverso di consenso quale causa di giustificazione l'atto di disposizione si innesta in una situazione in cui tutti gli elementi positivi del fatto si sono realizzati ed esso consenso deve intendersi come elemento negativo del fatto tipico³²³.

³²² F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, p. 18.

³²³ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit. p. 17; sul tema della distinzione tra concezione tripartita e bipartita, si veda più in generale G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1993, p. 267, secondo

Ciò posto, volendo concentrare l'attenzione sulle diverse forme di rilevanza del consenso dell'avente diritto, esso, in primo luogo, può consistere in un elemento negativo del fatto tipico, che, in quanto tale, una volta presente, non esclude l'antigiuridicità ma, per l'appunto, la tipicità stessa. Si tratta di quelle ipotesi in cui la norma tutela la libertà di autodeterminarsi e quindi presuppone il dissenso della vittima. In questi casi il consenso rappresenta atto di esercizio del diritto protetto ed esclude l'offesa tipica.

Quanto descritto si verifica con riguardo alla tutela dei diritti di libertà, che trovano protezione in tutti i casi in cui la loro lesione avviene contro la volontà della persona offesa o qualora tale volontà risulti viziata. Esempio classico è rappresentato dalla violenza sessuale o dalla violazione di domicilio. Più specificamente, con riguardo alla prima di tali ipotesi, non può ritenersi integrata alcuna lesione consentita della propria libertà sessuale nel caso in cui si abbia un rapporto sessuale volontario, il quale costituisce quindi espressione dell'esercizio della libertà stessa. In questi casi, in presenza di consenso viene meno la tipicità stessa dell'offesa al bene tutelato, operando il consenso stesso non come scriminante ma come esercizio del diritto che si intende tutelare. Con riguardo alla violazione di domicilio, tale fattispecie richiede che l'introduzione presso un domicilio altrui avvenga «contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo».

In secondo luogo, il consenso può venire in considerazione quale elemento specializzante o circostanza attenuante, che determina il passaggio da una fattispecie più grave ad una meno grave. Ciò ad esempio avviene nelle ipotesi di omicidio del consenziente.

cui i due modelli sono ispirati, paradossalmente, dalla stessa logica: «anche per i fautori della teoria degli elementi negativi del fatto, al pari che per i seguaci della dottrina dell'antigiuridicità, il problema fondamentale appare sempre il medesimo, cioè quello di spiegare come e perché la presenza di una scriminante renda non punibile un fatto che, viceversa, sembra essersi realizzato in modo completamente conforme alla proibizione della fattispecie astratta».

In terzo luogo, il consenso può essere uno degli elementi costitutivi della fattispecie, laddove quest'ultima risulti incentrata sul consenso della vittima. Ciò accade quando il consenso è viziato (truffa o circonvenzione di incapace, dove il consenso è viziato, rispettivamente, dall'inganno o dall'abuso delle condizioni di inferiorità; oppure violenza sessuale presunta *ex art. 609-bis*, co. 2, cod. pen. dove il consenso è viziato dall'abuso delle condizioni di inferiorità o dall'inganno) oppure la norma incriminatrice tutela la vittima anche contro la sua volontà (atti sessuali con minorenni o corruzione di minorenne). In quest'ultimo caso il bene protetto non è la libertà di autodeterminazione, ma un interesse diverso, di natura oggettiva (il corretto e armonico sviluppo della sessualità del minore), che viene protetto anche contro la sua volontà e nonostante il suo consenso.

Dunque, dalla sfera di operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto di cui all'art. 50 cod. pen. vanno escluse le ipotesi in cui il consenso è già considerato nella descrizione della fattispecie penale. Pertanto, l'applicazione di tale disposizione avviene nei casi in cui sia accertata la verifica di un fatto tipico al completo dei suoi elementi e il consenso intervenga quale ulteriore elemento capace di giustificare o rendere lecito un fatto che altrimenti sarebbe da considerare un reato. In altri termini, il consenso quale causa di esclusione dell'antigiuridicità va ad incidere su di un fatto di reato completo di tutti i suoi elementi costitutivi positivi e, pertanto, ritenendo concretizzata la fattispecie tipica.

La distinzione tra le diverse forme assunte dal consenso produce delle rilevanti conseguenze.

Invero, il consenso che esclude il fatto tipico non è soggetto ai requisiti di validità propri del consenso *ex art. 50* cod. pen., bensì ai soli requisiti desumibili dalle singole norme incriminatrici (per es., il consenso ad un rapporto sessuale esclude la configurabilità di un fatto di violenza sessuale laddove tale consenso sia carpito attraverso un inganno diverso dalla sostituzione di persona di cui all'art. 609-*bis* cod. pen.; la spontanea consegna

della cosa è incompatibile con il fatto di furto, anche nell'ipotesi in cui il *tradens* sia totalmente incapace).

Inoltre, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, laddove il dissenso della vittima costituisca requisito esplicito o implicito della fattispecie criminosa, l'agente dovrà rappresentarsi positivamente tale dissenso, mentre rispetto al consenso-causa di giustificazione il dolo sarà escluso, *ex art.* 59, co. 4, cod. pen., soltanto nella ipotesi di erronea rappresentazione dell'esistenza di un consenso.

Ulteriore differenza è rintracciabile nella formula assolutoria, che sarà «il fatto non sussiste» quando il dissenso è elemento costitutivo del fatto tipico e «il fatto non costituisce reato» quando il consenso è causa di giustificazione.

Dalle considerazioni che precedono emerge la centralità della nozione di libertà di autodeterminazione del titolare del bene che si intende adottare, decisiva per qualificare il consenso come causa di esclusione o della tipicità o dell'antigiuridicità. Invero, se tale libertà viene intesa come parte integrante del bene giuridico tutelato, nel caso in cui venga prestato il consenso alla lesione viene meno la configurabilità del fatto tipico e l'offesa al bene. Diversamente, qualora si ritenga che il bene giuridico tutelato e la libertà di autodeterminazione siano autonome, la presenza del consenso rileverà quale causa di giustificazione. Nel caso di accoglimento della prima impostazione, il consenso assumerebbe rilevanza centrale determinando in sua presenza l'esclusione del fatto tipico come massima valorizzazione del principio di autodeterminazione del titolare del diritto disponibile³²⁴.

Sul tema della distinzione tra il consenso scriminante e il consenso che esclude la tipicità del fatto, si ritiene utile analizzare l'originale soluzione, elaborata da Jacobs, comunemente definita come c.d. soluzione tripartita.

In particolare, ritenendo che molti beni giuridici tutelati dall'ordinamento penale sono rimessi alla libera disponibilità del suo titolare, viene evidenziato

³²⁴ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022 p. 312.

che il volontario atto di disposizione del bene faccia venir meno la possibilità di ritenere configurata la fattispecie tipica. Così, qualora si tratti di diritti disponibili, la rilevanza del consenso deve essere ritenuta la regola, anche laddove vi siano situazioni condizionanti, come l'errore o la costrizione.

L'impostazione appena descritta, inoltre, considera verificabili due diverse situazioni in cui può realizzarsi una aggressione ai beni disponibili. La prima si configura allorché l'aggressione al bene avviene in assenza o contro la volontà del titolare dello stesso. La seconda si ha nelle ipotesi in cui quest'ultimo manifesta un consenso alla lesione, ma questo risulta essere il frutto di una costrizione o di un inganno. In questa ultima ipotesi, «la condotta tipica consisterebbe nel “plagiare” la volontà del titolare del bene giuridico, così da indurlo ad esprimere il consenso alla lesione»³²⁵.

L'analogia tra queste due ipotesi risulta non sostenibile con riguardo all'ambito della disciplina dei delitti contro la libertà morale. Tale diversità di approccio sarebbe giustificabile in ragione dei particolari elementi desumibili dalla disciplina delle singole fattispecie speciali, da cui può evincersi la volontà del Legislatore di prevedere, con riguardo ad alcune ipotesi, un trattamento giuridico differenziato. Un esempio di tale differenziazione potrebbe riguardare le modalità della costrizione, se attraverso *vis absoluta* o *vis compulsiva*. In quest'ultimo caso, per vero, il consenso sarebbe idoneo ad escludere la tipicità del fatto solo laddove derivante da particolari modalità costrittive previste dalla norma tipica: qualsiasi altra modalità di manifestazione sarebbe da intendere come del tutto irrilevante³²⁶.

Le considerazioni riguardanti la soluzione tripartita di Jacobs inducono a ritenere esistente la differenziazione tra i casi di «assenso» e quelli di «consenso». Invero, i primi si riferirebbero alle ipotesi in cui sia la stessa libertà di disposizione ad essere tutelata dalla fattispecie tipica. Diversamente,

³²⁵ Quasi letteralmente G. JAKOBS, *Strafrecht AT*, cit., § 7, Rn 104.

³²⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 191; esempio indicativo sarebbe quello della truffa, dove, per escludere la tipicità del fatto, il consenso deve essere stato condizionato attraverso le modalità tipicamente previste.

le ipotesi di «consenso» afferirebbero a tutti gli altri casi in cui sono coinvolti tutti gli altri beni giuridici disponibili, strumentali per la realizzazione personale di ciascun individuo.

Così, il consenso quale causa di giustificazione può concretizzarsi nelle ipotesi in cui questo non costituisca ragione esclusiva dell'aggressione al bene, risultando quest'ultima ragionevole sulla base di altri fattori. Qualora non vengano rispettati né i parametri della proporzione tra offesa e motivo della stessa né quello della ragionevolezza, il consenso, pur non potendo rilevare sul piano del venir meno della responsabilità penale, potrà assumere valore ai fini di una diminuzione della sanzione applicabile.

Con riguardo alle tesi che ritengono che il consenso escluda la tipicità del fatto, si rileva che l'oggetto di tutela preso di mira dal Legislatore sarebbe da rintracciare nella libertà di disposizione di quegli oggetti tutelati dalle fattispecie tipiche. Sul punto, è stato evidenziato che il consenso «esclude il disvalore dell'evento e, con questo, anche il disvalore della condotta e dunque la fattispecie tipica stessa»³²⁷. In altri termini, il consenso può ritenersi un elemento capace di incidere sul disvalore dell'evento e, pertanto, sulla lesione tipica³²⁸.

Nel solco delle soluzioni che riconducono il consenso alle cause di esclusione della tipicità, vi è chi evidenzia che tale impostazione sarebbe in armonia con l'accoglimento di una concezione soggettiva del bene giuridico individuale, secondo il modello dell'integrazione. Invero, quest'ultima consentirebbe di ritenere la rilevanza del consenso sul piano della tipicità come regola generale capace di prescindere da qualsiasi configurazione formale della fattispecie.

Sul punto, viene evidenziato che la valorizzazione della personalizzazione del bene giuridico individuale consentirebbe un rifiuto della tutela penale dell'individuo da se stesso, in quanto il bene tutelato non avrebbe più carattere

³²⁷ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 195, dove si riprende un pensiero di C. Roxin.

³²⁸ H. ZIPF, *Einwilligung de Risikoübernahme im Strafrecht*, Luchterhand, 1970, p. 28 ss.

pubblicistico, ma sarebbe da considerare disponibile in quanto la relativa titolarità apparterrebbe al singolo individuo³²⁹.

Ciò posto, deve necessariamente darsi conto della ulteriore possibilità di considerare il consenso una causa di giustificazione procedurale. Tale nuova figura dogmatica è stata elaborata da Winfried Hassemer allo scopo di affiancare nel diritto penale al modello di giustificazione di natura sostanziale, un modello procedimentale di giustificazione del fatto.

I presupposti necessari per l'applicazione di un tale modello sarebbero da rintracciarsi: «nell'ignoranza specifica in riferimento ad un contenuto particolare la cui conoscenza è essenziale per il raggiungimento di un progetto; la necessità comunque di arrivare a quel progetto; il tentativo di assicurare la verità e la giustizia attraverso la procedura; l'accettazione di quella procedura come un risultato certo»³³⁰.

Avverso tale impostazione sono mosse delle critiche fondate sulla difficoltà di individuare un bene superiore capace di prevalere nelle ipotesi di bilanciamento tra interessi contrapposti, rischiando di tutelare esclusivamente la correttezza procedurale a discapito dei singoli beni giuridici.

Tuttavia, deve rilevarsi che il modello in commento assume comunque rilevanza in quelle ipotesi in cui il Legislatore non è in possesso di strumenti utili alla determinazione sulla liceità o meno del comportamento che viene in gioco. Proprio per tali ragioni, tale procedura ha avuto particolare fortuna con riguardo a ipotesi dall'elevato rischio etico. Si fa riferimento ai settori della bioetica, dove è necessario trovare «un'adeguata composizione degli inevitabili contrasti di ordine morale, politico e religioso»³³¹.

³²⁹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 295 ss.

³³⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 199; W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di Daübler Gmelin, Kinkel, Meyer, Simon, Baden Baden, 1994, p. 731 cit., pp. 746 e ss.

³³¹ S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali ed opposizioni ideologiche*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna, 2001, p. 11.

Ciò posto, prima di procedere nell'analisi specifica delle caratteristiche del consenso dell'avente diritto, si ritiene utile evidenziare come anche in altri ordinamenti europei il consenso opera attraverso i diversi meccanismi descritti.

In particolare, la tradizionale dottrina tedesca³³² sosteneva che il consenso potesse essere considerato come assenso in tutte le ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice richieda, per la realizzazione del fatto tipico, che questo sia commesso in assenza o contro la volontà del soggetto passivo. Così opinando, l'assenso può rilevare sia sul piano della tipicità sia, nel caso in cui si sostanzia in un vero e proprio consenso, sul piano dell'antigiuridicità, in quanto espressione della libertà di disposizione riconosciuta a ciascun individuo sui propri beni.

Tra le ipotesi in cui la manifestazione del consenso esclude il fatto tipico, possono essere annoverate le ipotesi di violenza privata, i reati che ledono la libertà sessuale e quelli di furto o violazione di domicilio. Invece, tra le ipotesi di c.d. consenso giustificante, possono ricordarsi i casi di consenso alle lesioni personali o al danneggiamento di propri beni.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, la distinzione in commento è pacificamente accolta³³³. Invero, anche in tale ordinamento, così come in Germania, non è prevista una disciplina generale del consenso dell'avente diritto, il quale, come visto, trova un espresso riconoscimento solo con riguardo alle fattispecie di lesioni personali.

Comunque, la mancata previsione di una disciplina generale del consenso dell'avente diritto non impedisce di attribuire a quest'ultimo una rilevanza generale quale elemento capace di escludere la tipicità nelle ipotesi in cui

³³² F. GEERDS, *Einwilligung und Eiverständnis des Verletzten im Strafrecht*, "GA", 1954, p. 262 ss.

³³³ Cfr. J. CEREZO MIR, *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, in *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaje a Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989, I, p. 201 ss.; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2004, p. 304 ss.

rappresenti modalità attraverso cui si garantisce il libero sviluppo della personalità³³⁴.

1.1 L'influenza della teoria del bene giuridico sul consenso dell'avente diritto

Prima di procedere all'analisi specifica della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, occorre evidenziare come qualsiasi approfondimento sulla sua rilevanza sia strettamente influenzato dalla teoria del bene giuridico che si intende adottare³³⁵.

Invero, a livello generale può ritenersi che la funzione del diritto penale risulta fortemente condizionata dalla teoria del bene giuridico che si intende accogliere. L'adozione di una impostazione piuttosto che di un'altra dipende dalle diverse risposte all'interrogativo relativo allo scopo principale perseguito dal diritto penale: se di tutelare il singolo individuo o costituire una garanzia per l'esistenza e la conservazione dell'ordinamento statale³³⁶.

Con particolare riguardo al consenso dell'avente diritto, la sua forte connessione con le vicende relative al bene giuridico emerge analizzando l'alternativa tra la concezione oggettiva e quella soggettiva o personale. In via preliminare all'analisi di tali concezioni, appare doveroso evidenziare che sulla teoria del bene giuridico ha inciso fortemente la progressiva maggiore complessità delle relazioni umane, congiuntamente alla formazione di istituzioni statali e sociali, che hanno di fatto reso maggiormente problematica l'individuazione della titolarità del bene giuridico. Invero, sono sorti interessi generali che non possono essere considerati la somma degli interessi dei singoli, determinando così che l'individuo non può più decidere se proteggere o meno quell'interesse, entrato nella sfera decisionale di una collettività sovraindividuale.

³³⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 174.

³³⁵ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 11 ss.

³³⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 144 ss.

Ciò posto, con riguardo alla concezione oggettiva del bene giuridico, essa gli attribuisce un valore neutrale, svincolandolo da qualsiasi considerazione riguardante il rapporto con il suo titolare e, pertanto, assicurandogli una tutela prescindendo dalla volontà di quest'ultimo. Adottando tale impostazione, il consenso assume rilevanza come causa di giustificazione, tenendo conto della contrapposizione tra la libertà individuale e la tutela oggettiva del bene.

Tale concezione va incontro alla critica secondo cui il considerare la lesione di beni autonomi come rilevanti sul piano generale, senza tener conto della volontà del soggetto titolare del bene stesso, può indurre a ritenere penalmente rilevanti anche le autolesioni in quanto comunque offensive del bene.

Ulteriore appunto mosso avverso la concezione oggettiva del bene giuridico ritiene che questa non tenga debitamente conto della funzione assolta dal diritto penale di indirizzo dei comportamenti dei singoli individui, fungendo nella sostanza da strumento di informazione ed educazione.

Tuttavia, tali osservazioni appaiono superabili considerando che il consenso può assumere rilevanza solo laddove vi sia un contatto tra il titolare del bene e colui il quale pone in essere la condotta lesiva, rimanendo così intatta la funzione della norma di informare il singolo sulle conseguenze penali del suo comportamento sino al contatto con il soggetto passivo che manifesta il consenso.

Così, la funzione assolta dalla norma penale di orientamento del comportamento dei singoli consociati rimarrebbe inalterata sia nelle ipotesi in cui il consenso rileva quale causa di giustificazione, sia laddove si sostanzia in una causa di esclusione della tipicità: invero, in entrambi i casi il consenso assumerebbe rilevanza attraverso il contatto tra i due individui, dovendo il soggetto conoscere i presupposti della causa di giustificazione per capire se la sua condotta possa ritenersi lecita o meno³³⁷.

³³⁷ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 163.

Diversamente, la concezione soggettiva o personalista del bene giuridico, valorizzando la sua natura relazionale, lo identifica quale elemento necessario per garantire l'autorealizzazione dell'individuo che ne è titolare. In tale quadro, pertanto, il consenso può rilevare o quale causa di esclusione della tipicità, laddove la volontà individuale sia uno degli elementi costitutivi del reato, o come consenso che incide sull'antigiuridicità, nell'ipotesi in cui la volontà individuale sia un dato esterno al bene stesso.

Assegnando alla volontà individuale il ruolo di valore fondamentale dell'ordinamento, essa, con riguardo ai beni individuali, rappresenta il parametro necessario per valutare la rilevanza penale della condotta lesiva. Pertanto, la manifestazione del consenso è utile ad escludere qualsiasi lesione al bene in quanto, per la sua verifica, è necessario che la condotta si ponga in contrasto con la volontà del titolare del bene.

Sulla base di tali considerazioni appare coerente considerare il consenso come causa di esclusione della tipicità del fatto realizzato.

Anche tale impostazione è andata incontro a diverse opinioni critiche. In via di estrema sintesi, tali obiezioni sostengono la necessità che al bene giuridico vada riconosciuto un valore autonomo rispetto alla volontà individuale.

Ciò posto, sempre con riguardo al bene giuridico tutelato dalla norma penale, deve evidenziarsi l'esistenza di diverse impostazioni riconducibili rispettivamente alle tesi dualiste e alle tesi moniste. Con riguardo alle prime, esse distinguono i beni giuridici in individuali, appartenenti alla singola persona, e superindividuali, di spettanza della collettività³³⁸. Diversamente, le teorie moniste negano tale distinzione sulla base di diverse argomentazioni.

In particolare, all'interno di tali tesi moniste, è possibile ulteriormente distinguere la concezione monistico-sociale, che attribuisce preminenza all'interesse dello Stato rispetto a quello del singolo, avversando così una

³³⁸ V. tra gli altri, H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*, Berlino, 1969, p. 230 ss., e T. WEIGEND, *Über die Begründung der Straflösigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, 1986, p. 44 ss. Entrambi gli autori accentuano gli aspetti sociali e pubblicistici del diritto penale.

affermazione generale del principio di autodeterminazione, e la concezione monistico-personale, la quale valorizza ampiamente la volontà dell'individuo, ritenendola meritevole di essere l'oggetto immediato e privilegiato della tutela penale.

Tale quadro deve essere completato attraverso il riferimento alla teoria personale del bene giuridico sviluppata da quella dottrina³³⁹ per cui il fine cui deve tendere il diritto penale è quello della tutela del singolo individuo e, pertanto, i beni giuridici meritevoli di protezione penale sono quelli individuali. Ciò non significa che i beni superindividuali non possano trovare protezione nel diritto penale in quanto, allorché questi presentino profili di qualche utilità per il singolo, dovranno comunque essere oggetto di tutela³⁴⁰.

2. *Ratio* del consenso dell'avente diritto

La scriminante del consenso dell'avente diritto risulta ispirata al tradizionale principio secondo cui *volenti et consentienti non fit iniura*.

Invero, il consenso dell'avente diritto rappresenta un modo libero ed autonomo di disposizione del proprio diritto. Può ritenersi che tra le modalità di esercizio del proprio diritto vi rientri anche quello di acconsentire ad una sua lesione. Da ciò deriva che la causa di giustificazione in esame lungi dal rappresentare una limitazione degli scopi del diritto penale, essa contribuisce piuttosto alla loro piena realizzazione.

Pertanto, può ragionevolmente ritenersi che il fondamento dell'efficacia del consenso dell'offeso³⁴¹ non starebbe nella carenza di interesse del titolare del bene giuridico o nella esclusione del disvalore di evento, quanto, piuttosto, nella circostanza che il disvalore di azione o di evento del fatto sarebbe

³³⁹ W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus: Festschrift für Arthur Kauffman*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss.

³⁴⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 149.

³⁴¹ Il tema del fondamento giuridico del consenso scriminante verrà sviluppato nei paragrafi successivi.

controbilanciato dal valore della libertà dell'offeso; quanto più degno di valore si stima la libertà del titolare di disporre dei propri beni giuridici tanto più occorre riconoscere efficacia giustificante al consenso; diversamente, tanto più grave deve essere la lesione tanto più riprovevole il suo scopo perché il fatto debba rimanere antiggiuridico e punibile malgrado il consenso.

Pertanto, «la liceità deriva dall'indifferenza mostrata dall'ordinamento alla tutela del bene allorché il soggetto legittimato esprima il consenso alla sua lesione sempre che si tratti di bene disponibile alla cui salvaguardia l'ordinamento non intenda in ogni caso abdicare»³⁴².

3. La rilevanza del consenso nella Costituzione italiana

Nell'ordinamento italiano, la disciplina del consenso ha conosciuto un momento di svolta con l'introduzione della Costituzione del 1948.

Invero, particolare importanza è attribuita alla disposizione contenuta nell'art. 2 della Carta fondamentale, la cui introduzione ha comportato una vera e propria rimodulazione dei rapporti tra lo Stato e il singolo individuo. Invero, prima dell'entrata in vigore della Costituzione, vigeva una logica di naturale preminenza dello Stato, quantomeno nella sua veste di Legislatore, sul singolo individuo. Con l'introduzione dell'art. 2 Cost. si è generata una vera e propria inversione del rapporto descritto, considerando i diritti individuali come preesistenti da ogni potere costituito.

Inoltre, attraverso l'introduzione della norma in commento, può affermarsi che la Costituzione italiana sia incentrata sul principio personalistico. Invero, il medesimo art. 2 assicura uno spazio autonomo di azione per l'individuo senza alcuna interferenza da parte della società o dell'ordinamento, così riconoscendo il valore primario della libertà dell'individuo stesso.

Ancora, si è evidenziato che l'art. 2 abbia una portata espansiva dei singoli diritti di libertà elencati dagli artt. 13 e ss. della Carta costituzionale. In

³⁴² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 700.

particolare, si afferma che «i valori che si assumono come razionale giustificativa dei diritti inviolabili» sono caratterizzati da una «irriducibile trascendenza», «la quale fa sì che questi ultimi non possono mai esaurire nel loro concreto contenuto le potenzialità insite nel relativo fondamento di valore»³⁴³.

Deve evidenziarsi che, attraverso l'art. 2, anche nell'ordinamento italiano ha preso campo quella concezione, di chiara impronta anglo-americana, secondo cui i diritti dell'uomo sono da ritenere valori anteriori e superiori rispetto al potere pubblico, assumendo così le vesti di fondamenti costituzionali del complessivo assetto giuridico. Così, si è determinato nella sostanza un avvicinamento tra i diversi sistemi dell'Europa continentale con quelli adottati dai paesi anglo-americani³⁴⁴.

Ulteriori disposizioni costituzionali che assumo rilevanza con riguardo al consenso dell'avente diritto sono l'art. 3 e l'art. 13.

Invero, il primo di essi obbliga lo Stato a predisporre gli strumenti per garantire al singolo il pieno sviluppo della sua personalità, escludendo la possibilità che costui possa essere strumento per il bene dello Stato.

Peraltro, crescente importanza è stata assunta dall'art. 13 Cost. La tradizionale interpretazione di tale disposizione ne limitava l'applicabilità alle sole ipotesi di limitazione dell'*habeas corpus*, assicurando tutela alla persona fisica avverso minacce e violenze materiali. Ad oggi può ragionevolmente ritenersi che l'articolo in questione abbia ampliato le proprie latitudini, assicurando tutela anche contro le minacce all'integrità morale e psichica del singolo individuo. Si parla in proposito di *habeas mentem*, volendo evidenziare come la tutela sia accordata alla libertà morale del soggetto, intesa quale integrità personale e libertà di coscienza.

In proposito, la libertà appena descritta viene definita come libertà negativa, intesa quale «libertà da ...», atta a garantire l'indipendenza

³⁴³ A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 54; S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 89.

³⁴⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 86 ss.

dell'individuo la cui determinazione non deve subire interferenze di sorta, non potendo alcun estraneo, compreso lo Stato, intromettersi nelle zone di azione lasciate alla volontà dell'individuo stesso, in cui può determinarsi come meglio crede. Allo stesso modo, si parla altresì di libertà positiva, intesa quale libertà dell'individuo di prendere qualsiasi decisione senza condizionamenti, essendo il singolo unico padrone di se stesso e unico arbitro della propria vita nella società e della propria storia personale.

Sul tema si ritiene necessario richiamare la decisione della Corte costituzionale del 22 ottobre 1990, dove si è riconosciuto espressamente il diritto (*rectius* libertà) di ciascuno di decidere liberamente sul proprio corpo ai sensi dell'art. 13, co. 1, Cost., rientrando dunque nello stesso diritto alla libertà personale³⁴⁵.

Esempio delle considerazioni svolte risiede nella disciplina relativa al rapporto tra la libertà di autodeterminazione sul proprio corpo e il diritto all'integrità fisica. Sul tema è possibile distinguere due approcci differenti. Una prima impostazione sostiene che, qualora l'atto di disposizione esaurisca i suoi effetti meramente sulla sfera soggettiva del suo titolare, il principio di autodeterminazione dovrebbe sempre prevalere. Invero, si ritiene che, diversamente opinando, si adotterebbe una logica partenalistica o utilitaristica che mal si concilia con l'ordinamento costituzionale.

Una seconda impostazione è quella adottata da coloro che separano nettamente i due diritti, all'autodeterminazione e all'integrità fisica, ritenendo che gli stessi possano essere ricondotti a due articoli differenti della Carta fondamentale. In particolare, il diritto all'integrità fisica avrebbe quale suo riferimento immediato l'art. 32, co. 1, Cost., il principio di autodeterminazione troverebbe il suo ancoraggio costituzionale nell'art. 13, posto a tutela della libertà personale, congiuntamente all'art. 2, in modo da intenderla quale libertà morale.

³⁴⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 95 ss.

Gli stessi ragionamenti potrebbero trovare valore anche con riguardo al bene della vita, in quanto la sua protezione, nonostante il volere contrario del suo titolare, sarebbe indicativa di un approccio social-statalista contrastante con l'impronta individualistica che connota l'ordinamento costituzionale italiano.

4. L'art. 50 cod. pen.: la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto

La causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto è espressamente disciplinata nell'art. 50 cod. pen.

Storicamente, tale istituto è stato oggetto di una copiosa letteratura³⁴⁶, giustificata dal sorgere di profili di interesse che hanno evidenziato la necessità di un ripensamento dei suoi principali metodi di interpretazione e applicazione. In proposito, basti considerare i casi in cui determinati soggetti accettino di veder compressi, da parte di soggetti sprovvisti di poteri istituzionali, certi loro diritti fondamentali per perseguire finalità di recupero della propria salute³⁴⁷.

³⁴⁶ Il tradizionale lavoro a carattere generale che, nonostante la sua realizzazione anteriore all'introduzione del codice Rocco, mantiene una sua rilevanza è: F. GRISPIGNI, *Il consenso*, cit. A seguito dell'introduzione del codice Rocco, i lavori più significativi sono: A. TESAURO, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1932; P. DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936; L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955; R. PANNAIN, *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto*, in *Arch. Pen.*, 1971, I, p. 345 ss.; Cfr.; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979.

Tra le voci enciclopediche: E. ALTAVILLA, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. It.*, IV, Torino, 1960, p. 115 ss.; C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 140 ss.; A. MARINI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov.mo Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1980, p. 402 ss.; M. G. GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, p. 71 ss.; C. F. GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1989.

³⁴⁷ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., p. 2.

Il consenso dell'avente diritto potrebbe pertanto trovare applicazione per giustificare queste ipotesi in cui si attua la «coercizione a fin di bene», sollevando però interrogativi relativi alla sua correlata ampiezza, in particolare quando ha ad oggetto beni particolarmente rilevanti come la libertà personale.

E proprio tali interrogativi riconducono l'analisi all'individuazione dei beni disponibili, che potrebbe pertanto essere influenzata dalle finalità perseguite³⁴⁸.

In via generale può affermarsi che sussiste uno stretto rapporto di correlazione inversa tra le latitudini applicative del consenso dell'avente diritto e l'area di efficacia del paternalismo penale, nel senso che tanto più ampio spazio verrà assegnato a scelte di tipo paternalistico tanto minore sarà l'aria di disponibilità dei diritti riservato a chi ne è titolare.

Deve infine evidenziarsi che qualsiasi approfondimento sul tema del consenso dell'avente diritto deve necessariamente misurarsi con la collocazione di tale istituto nella sistematica del reato, con quello del suo fondamento e dei suoi limiti. Tali aspetti di valutazione sollecitano una indagine sui temi fondamentali della politica criminale, in particolare relativi al rapporto tra compiti di tutela del diritto penale e diritti di libertà del cittadino e, più in generale, dello stesso problema dei limiti di intervento del diritto penale³⁴⁹.

³⁴⁸ Si registrano incertezze dottrinali sul tema. Ad esempio, A. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Nuvolone e G.D. Pisapia, Torino 1981-1986, VIII, p. 696, dove si attribuisce piena rilevanza al consenso nel caso di sacrificio alla libertà personale del consenziente. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 10° ed., Milano, 1991, p. 145, limita la rilevanza del consenso a quelle ipotesi in cui lo stesso conduca a limitazioni «circoscritte e secondarie» del bene tutelato.

³⁴⁹ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitalia*, Milano, 1984, I, p. 99. ss. Particolare interesse rivestono i seguenti saggi sul paternalismo: G. DWORKIN, *Paternalism, in Morality and the Law*, Belmont, 1971, p. 107 ss.; J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, 1983; D. VAN DE VEER, *Paternalistic Intervention*, Princeton, 1986.

5. Il fondamento giuridico del consenso scriminante

Tanto premesso, prima di analizzare il fondamento giuridico del consenso scriminante, occorre evidenziare che, a livello generale, l'operatività delle cause di giustificazione è imperniata su criteri di natura sostanziale, aventi quale loro principio cardine il bilanciamento tra interessi contrapposti³⁵⁰.

Ciò posto, appare opportuno precisare che, formalmente, le scriminanti sono fondate sul principio di non contraddizione che permea l'intero ordinamento giuridico nazionale. Sul piano sostanziale, inoltre, le principali cause di giustificazione operano secondo una valutazione effettuata dall'ordinamento volta a risolvere ipotesi di conflitto tra interessi contrapposti. Tale bilanciamento tra interessi talvolta viene risolto dal legislatore in via preventiva, ma più spesso viene effettuato attraverso una valutazione in concreto basata sul canone della proporzione. Inoltre, in alcune ipotesi particolari, «si dà prevalenza alla preventiva rinuncia alla tutela del titolare di un bene disponibile: è il caso del consenso dell'avente diritto previsto dall'art. 50 cod. pen.»³⁵¹.

In merito a questa ultima disposizione, ci si deve in realtà interrogare sulla validità del modello di bilanciamento tra interessi contrapposti anche con riguardo a tale specifica causa di giustificazione. Invero, deve evidenziarsi che nel consenso dell'avente diritto non viene in gioco quel conflitto tra interessi contrapposti che richiede un necessario bilanciamento tra gli stessi.

Parte della dottrina riconduce il fondamento del consenso scriminante all'art. 59 cod. pen, che prevede la disciplina generale per tutte le causa di giustificazione. Altra parte dei commentatori, invece, ritiene che il fondamento debba essere individuato nell'art. 54 cod. pen³⁵².

³⁵⁰ C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 305.

³⁵¹ *Id.*, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 307.

³⁵² S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 177; F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 114 ss.

Tanto premesso, le peculiarità che caratterizzano la causa di giustificazione *de qua* impongono di analizzarne la struttura e il fondamento.

In primo luogo, occorre evidenziare che l'istituto del consenso dell'avente diritto è idoneo a dimostrare che il diritto penale non mira esclusivamente alla tutela di interessi rilevanti per la collettività, ma riconosce la sua funzione protettiva anche con riguardo a beni e interessi propri del singolo³⁵³.

Al netto delle problematiche riguardanti la possibile contrapposizione tra beni individuali e beni sociali³⁵⁴, viene inoltre sottolineato come, in presenza del consenso dell'avente diritto, verrebbe meno ogni interesse alla repressione penale, posto che il sacrificio del bene sarebbe una diretta conseguenza

³⁵³ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., p. 26.

³⁵⁴ La distinzione in parola sorge dalla contrapposizione tra due diverse scuole di pensiero: una elaborata da K. BINDING (*Die Normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, I, 3. Aufl., Leipzig, 1916, p. 34 ss.) e l'altra da VON LISZT (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22. Aufl., Berlin-Leipzig, 1919). In particolare, secondo il primo la distinzione non poteva operarsi perché tutti i beni sono da considerare di rilievo sociale. Diversamente, il secondo riteneva che tutti i beni devono essere valutati in rapporto al singolo individuo.

La contrapposizione appena descritta ha caratterizzato il dibattito sulla relativa questione. Invero, a posizioni secondo cui il bene giuridico viene ad esistenza solo considerando la relazione con la persona umana, si contrappongono le posizioni di coloro che ammettono la distinzione tra beni della sfera sociale e beni individuali.

Deve precisarsi che ormai ha preso campo la tesi intermedia per cui «non esistono beni giuridici della società senza relazione con l'individuo; non esistono beni giuridici del singolo senza rilevanza universale» (W. HASSMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutsslehre*, Frankfurt am Main, 1973).

Per una approfondita ricostruzione di quanto descritto, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 55 ss.

Deve, però, evidenziarsi che i termini del dibattito riverberano anche sul tema del consenso dell'avente diritto, per un verso ridimensionandosi e per altro sollevando ulteriori problematiche.

Invero, da un lato si sostiene che di certi beni non si può disporre del tutto liberamente in quanto più direttamente collegati allo Stato. Pertanto il singolo ne sarebbe solamente comproprietario. Per altro verso, invece, le ormai dominanti visioni intermedie non consentono di chiarire quando dall'atto di disposizione del singolo possa derivare il venir meno dell'interesse pubblicistico alla salvaguardia dei beni giuridici.

dell'esercizio di una facoltà (la disposizione del proprio diritto o interesse) attribuita espressamente dall'ordinamento al singolo individuo.

Da ciò emerge come uno dei principali problemi del consenso risieda proprio nella individuazione dei limiti alla disponibilità del diritto³⁵⁵ che, una volta riconosciuta ed esercitata, farebbe venir meno qualsiasi possibilità di ritenere configurata una offesa penalmente rilevante. Ed è proprio da questa considerazione che può ricavarsi una evidente differenza tra le varie cause di giustificazione e il consenso³⁵⁶.

Partendo da tali considerazioni, al fine di individuare l'effettivo campo di applicazione del consenso, si sono sviluppate tre diverse impostazioni ermeneutiche.

Secondo una prima via, il consenso non può essere ricondotto alla categoria delle cause di giustificazione, in quanto, in sua presenza, viene meno la possibilità di offendere un bene giuridico e, conseguentemente, la stessa tipicità del fatto³⁵⁷.

Una seconda soluzione, invece, ritiene che tutte le scriminanti possano essere giustificate alla luce del principio di bilanciamento tra interessi, mentre il consenso avrebbe quale suo principio fondante la carenza di interesse³⁵⁸.

Una terza interpretazione, infine, riconduce il consenso alla generale categoria delle cause di giustificazione, ritenendo che anch'esso si fondi sul bilanciamento degli interessi coinvolti³⁵⁹.

Analizzando singolarmente le impostazioni descritte, la tesi che ritiene il consenso non riconducibile alla categoria delle cause di giustificazione non

³⁵⁵ La problematica riguardante la disponibilità del diritto verrà approfondita nei paragrafi successivi.

³⁵⁶ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., p. 28.

³⁵⁷ tra le altre, C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2, Aufl., 1973, p. 25 nt. 57 (trad. it. a cura di Moccia, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, p. 52, nt. 57).

³⁵⁸ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 206; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 194; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 249.

³⁵⁹ M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012 p. 442; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XII Ed., Milano, 2019, p. 182.

appare compatibile con il sistema delineato nell'ordinamento italiano, dove il consenso viene espressamente ricompreso tra le altre scriminanti.

Invero, tale interpretazione si è sviluppata nell'ordinamento tedesco, dove non è presente una disposizione generale sul consenso dell'avente diritto. In tale sistema giuridico viene operata la distinzione tra il consenso che esclude la tipicità e quello escludente l'antigiuridicità. Da tale approccio derivano numerose incertezze applicative riguardanti la corretta collocazione di ipotesi concrete di consenso.

Inoltre, ulteriore fondamento della impostazione che si sta analizzando risiede nella convinzione per cui il consenso, inteso quale rinuncia alla protezione del bene giuridico da parte del suo titolare, è idoneo a far venir meno la tutela accordata dall'ordinamento, generando l'impossibilità di ritenere configurato lo stesso fatto tipico per mancanza di disvalore dell'evento.

Sulla base delle considerazioni che precedono, può valorizzarsi l'idea posta alla base dell'orientamento che si sta analizzando, secondo cui, in presenza di consenso, verrebbe meno la tipicità della condotta. In altri termini, non può ritenersi configurata alcuna lesione nel caso in cui questa sia da considerare manifestazione della libertà di disposizione del proprio bene giuridico attribuita alla stessa vittima.

Così, «individuare una lesione giustificata e, quindi, una causa di giustificazione in talune ipotesi di consenso manifestato in relazione a diritti disponibili significherebbe - secondo la prospettiva ora esposta - confondere l'oggetto materiale del fatto con il bene giuridico e perdere di vista l'essenziale natura relazionale del bene giuridico stesso»³⁶⁰.

La tesi che nega al consenso la natura di causa di giustificazione dà la stura alla nascita di alcuni corollari.

³⁶⁰ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 35; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 341.

Invero, da essa può desumersi che, nel caso in cui il bene sia disponibile, i poteri di disposizione attribuiti al soggetto sono idonei a fondare la distinzione tra il consenso e le altre cause di giustificazione³⁶¹.

Inoltre, rispondendo all'interrogativo riguardante la giustificazione della possibilità che l'interesse, essenzialmente pubblicistico e irrinunciabile, alla tutela penale venga meno in presenza di una manifestazione di volontà del singolo, si evidenzia che «il diritto penale tutela certi beni non nella loro oggettiva materialità ma in quanto strumenti di realizzazione di fondamentali libertà del singolo e che tali fondamentali libertà si realizzano anche attraverso il consenso dell'avente diritto. Così, questo lungi dal rappresentare una limitazione degli scopi del diritto penale ma contribuisce piuttosto alla loro piena realizzazione»³⁶².

Posta la incompatibilità di tale modello di spiegazione, appare necessario considerare gli altri due precedentemente descritti.

La seconda impostazione ermeneutica si fonda sulla necessaria riconduzione del consenso alla categoria delle cause di giustificazione, motivata dalla sua espressa previsione a fianco delle altre scriminanti.

Invero, nonostante l'appartenenza a tale categoria, viene ritenuto che mentre il consenso risulta fondato sulla mancanza di interesse dello Stato ad accordare tutela a uno dei beni in conflitto, per le altre cause di giustificazione il fondamento risiede nel principio di bilanciamento tra gli interessi contrapposti. Proprio per tale doppio fondamento, le tesi in commento vengono anche definiti pluraliste.

Dunque, secondo tale impostazione, il fondamento del consenso dell'avente diritto sarebbe diverso da quello proprio del criterio del bilanciamento degli interessi, a cui si ispirano la maggior parte delle cause di giustificazione. Invero, la scriminante di cui all'art. 50 cod. pen. sarebbe improntata sul criterio della «mancanza di interesse», secondo cui «non vi è

³⁶¹ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 179.

³⁶² F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 37.

ragione a che lo Stato appresti la tutela penale di un interesse alla cui salvaguardia il titolare mostra di rinunciare consentendone, appunto, la lesione»³⁶³.

Secondo tale modello interpretativo, nelle ipotesi di consenso alla lesione di un bene manifestato dal suo titolare, questo non sarebbe meritevole di tutela contro le aggressioni provenienti da soggetti esterni, venendo meno qualsiasi valida ragione per lo Stato di approntare una tutela al bene alla cui lesione il suo titolare, acconsentendo, rinuncia.

L'impostazione descritta viene incisivamente criticata da coloro i quali ritengono che in tale ragionamento vi sia un errore di natura dogmatica. Viene in particolare rilevato che soltanto un soggetto autorizzato dall'ordinamento potrebbe efficacemente rinunciare alla tutela allo stesso accordata. Tale facoltà non sarebbe riconosciuta al soggetto consenziente, in quanto la volontà del legislatore di apprestare una tutela generale e astratta a determinati beni non può essere annullata dalla mera volontà privata.

Sul tema, si è evidenziato che le norme penali sono da considerare in via astratta regole di comportamento che, alla verifica di certi presupposti, si trasformano in obblighi individuali. Le eventuali situazioni di contrasto sono pertanto già previste e regolamentate dall'ordinamento; le stesse vengono risolte attraverso la previsione di ipotesi giustificanti, definite come «norme permesso che, in contrasto con le norme divieto e/o comandi, ne impedirebbero la concretizzazione»³⁶⁴ di cui si è detto. Dunque, solo in presenza di norme divieto potrebbe configurarsi una rinuncia alla tutela, ma solo laddove il consenso sia idoneo ad annullare l'obbligo concreto al rispetto del divieto penale.

Ciò posto, il terzo modello di esplicazione tenta di ricondurre sotto lo stesso fondamento anche il consenso dell'avente diritto, ritenendo configurabile anche in questa ipotesi un bilanciamento di interessi. Si tratta

³⁶³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. 250 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 180.

³⁶⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 182.

delle c.d. tesi moniste, le quali ritengono il principio di bilanciamento come l'unico a cui poter ricondurre tutte le cause di giustificazione.

Tale tesi parte dal presupposto per cui, in un ordinamento liberale, «l'utilizzazione senza ostacoli della libertà personale deve essere riconosciuta in quanto tale, come valore sociale da mettere a confronto con il generale interesse alla conservazione dei beni giuridici»³⁶⁵.

Così, tale libertà individuale entrerebbe nel bilanciamento fondante tutte le cause di giustificazione, contrapponendosi all'interesse generale alla conservazione dei beni.

La tesi in commento è andata incontro al rilievo per cui il bilanciamento descritto emergerebbe solo in fase legislativa, dove si decide effettivamente quale libertà assegnare al singolo circa la disposizione dei suoi beni o interessi, traducendosi in un bilanciamento esclusivamente politico-legislativo, previsto in via generale e astratta.

Tuttavia, tali rilievi non colgono il vero punto argomentativo della tesi in commento. Quest'ultima, invero, si fonda su una valutazione concreta tra interesse e controinteresse, basata sugli scopi perseguiti dall'azione lesiva. In altri termini, si tratterebbe di un bilanciamento interno alla scriminante, che valuti la situazione concretamente verificatasi.

Deve inoltre evidenziarsi che lo schema proprio del consenso non può fondarsi sullo stesso criterio di bilanciamento adoperato dalle altre cause di giustificazione, in quanto, nel consenso, i beni in conflitto appartengono tutti alla stessa persona. Proprio per tale ragione, tale conflitto viene talvolta definito come «interno» in modo da distinguerlo dal conflitto «esterno» che si configura allorché i beni confliggenti appartengano a soggetti diversi.

Pertanto, la differenza tra il consenso e le altre cause di giustificazione risiederebbe nella circostanza per cui la giustificazione consegue ad un giudizio soggettivo e le difficoltà relative al consenso sono da rinvenirsi nella

³⁶⁵ H. H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 339.

relazione intercorrente tra tale giudizio e la valutazione oggettiva delle disposizioni.

Secondo tale impostazione, le cause di giustificazione si fondano sul bilanciamento tra la «libertà individuale» e «l'interesse generale alla conservazione dei beni giuridici». Più specificamente, la libertà individuale contiene in sé la possibilità per il titolare del diritto di consentire alla sua lesione, giustificata dal principio del rispetto dell'autonomia di ciascun soggetto dell'ordinamento dotato di adeguata capacità.

Dunque, la mancata attribuzione di valore da parte dell'ordinamento al consenso dell'avente diritto costituirebbe una vera compressione del diritto di libertà individuale del soggetto, a meno che non sia volta alla tutela di beni il cui valore risulta maggiormente superiore rispetto alla tutela della libertà stessa³⁶⁶.

In altri termini, bisognerebbe operare un bilanciamento tra il fatto lesivo e il valore della libertà, così da attribuire rilevanza al consenso in base alla gravità dell'offesa e del suo scopo. Tale bilanciamento deve essere realizzato in concreto e non deve pertanto essere risolto in astratto dalla previsione normativa. La risoluzione in concreto deve tenere conto della situazione concretamente verificatasi ed appare lasciata alla libera valutazione del giudice.

Tanto premesso, posta l'assenza di dati normativi idonei a sostenere l'impostazione descritta, si evidenzia la necessità di utilizzare dei criteri sostanziali per operare il bilanciamento in commento. Tra le possibili alternative, si è ritenuto che uno dei più efficaci sia il criterio di proporzione, in modo da ulteriormente avvicinare la scriminante del consenso alle altre cause di giustificazione, dove la proporzione è espressamente citata dal legislatore. In tal modo, peraltro, si limiterebbe l'eccessiva discrezionalità che altrimenti sarebbe accordata al giudice nel valutare le situazioni *de quibus*, in quanto ormai si ritiene pacificamente che la proporzione non deve riguardare

³⁶⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 183.

i beni in conflitto ma attiene dinamicamente al livello di messa in pericolo dei beni coinvolti e ai mezzi a disposizione dei soggetti titolari.

Poste le peculiarità del consenso, però, deve precisarsi che esso può ritenersi efficace nei limiti di una non evidente e non macroscopica sproporzione fra gli interessi coinvolti.

Inoltre, ulteriore parametro cui ancora il bilanciamento nel caso di consenso dell'avente diritto è stato individuato nel criterio della necessità. Più specificamente, il consenso assumerà valore scriminate nelle ipotesi in cui esso sia stato prestato per assicurare una tutela più efficace a un contro interesse dotato di qualche valore.

6. La qualificazione tecnica del consenso dell'avente diritto e la sua revocabilità

Quanto alla qualificazione tecnica del consenso dell'avente diritto, deve affermarsi che esso non ha natura di negozio giuridico, né di diritto privato né di diritto pubblico. Conformemente all'opinione oggi dominante, esso va qualificato come un semplice atto giuridico, consistente in una dichiarazione non negoziale di volontà che si sostanzia in un permesso col quale si attribuisce al destinatario un potere di agire, che non crea alcun vincolo obbligatorio a carico dell'avente diritto e non trasferisce alcun diritto in capo all'agente³⁶⁷. Pertanto, nel tempo in cui opera il consenso, viene meno per il suo destinatario il generale dovere di astensione dal compiere atti incidenti la sfera soggettiva del consenziente³⁶⁸. Essendo, come detto, una dichiarazione volontaria non recettizia, il consenso, per la sua validità, deve essere immune da vizi e non è soggetto a vincoli di forma.

³⁶⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit. p. 265.

³⁶⁸ A. PAGLIARO, *Principi*, cit. p. 468.

In merito alla possibilità di revoca del consenso, essa può intervenire in qualsiasi momento purché la condotta consentita non si sia esaurita e comunque sino a quando la stessa non possa essere più utilmente interrotta³⁶⁹.

Con riguardo all'oggetto del consenso, si evidenzia che il termine «diritto» utilizzato nella disposizione di cui all'art. 50 cod. pen. deve essere inteso non in senso civilistico ma come interesse/bene della vita tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

In passato, per spiegare la natura del consenso, veniva invocata la tesi secondo cui il consenso fosse da ritenere un negozio giuridico. Parte della dottrina continua ad invocarne la natura negoziale, nella forma del negozio autorizzativo capace di rendere idonea l'attività dell'autorizzato a produrre effetti nella sfera giuridica dell'autorizzante.

Tuttavia, tale impostazione va incontro all'obiezione secondo cui, ritenendo che operi un meccanismo negoziale, si ammetterebbe l'esistenza di un diritto di ledere un bene altrui per il soddisfacimento di un proprio interesse, rendendo lecita tale condotta.

Sul punto, deve evidenziarsi che il consenso a subire una lesione, idoneo ad escludere la realizzazione di un pregiudizio privato, e la mancanza di un danno prodotto alla collettività non consentono un generale riconoscimento al destinatario del consenso di un diritto di agire «sempre e comunque», anche a fronte di un ripensamento del consenziente.

Invero, il rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti lungi dal presentare i connotati propri del rapporto negoziale, sia sul piano della capacità soggettiva del consenziente sia su quello relativo alla produzione di effetti giuridici. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, le caratteristiche che inducono a rigettare la teoria negoziale sono rinvenibili sia nella necessità di privare il destinatario del consenso di incidere unilateralmente sulla posizione del

³⁶⁹ Una apparente lieve attenuazione del principio della revocabilità del consenso è stata espressa in una vicenda giudiziaria molto complessa e di grande risonanza pubblica: il caso Muccioli, Corte di Appello di Bologna del 28 novembre 1987 (v. par. successivo).

consenziente sia nella possibilità per quest'ultimo di revocare il consenso prestato dando nuova linfa all'interesse abbandonato³⁷⁰.

6.1 Il c.d. caso Muccioli

Con riguardo al principio di revocabilità del consenso, una sua possibile attenuazione è stata espressa nel c.d. caso Muccioli.

In particolare, la Corte di Appello di Bologna (sentenza del 28 novembre 1987), occupandosi di un caso di sequestro di persona, ha affermato che, nelle ipotesi in cui tale delitto sia commesso a danno di tossicodipendenti sottoposti in comunità chiusa a trattamenti terapeutici comprendenti la restrizione della libertà personale, il reato può ritenersi scriminato dal consenso prestato dallo stesso tossicodipendente precedentemente all'ingresso nella comunità, con il limite per cui tale restrizione non può protrarsi oltre il tempo strettamente necessario al recupero del soggetto e non può essere svolta attraverso modalità idonee a ledere diritti costituzionalmente garantiti come la dignità personale³⁷¹.

A fondamento di tale impostazione giurisprudenziale, si è affermato che il tossicodipendente, attraverso la manifestazione di volontà ad essere trattenuto forzatamente presso la comunità anche nel caso di espressione della volontà di uscirne determinata dalla «sete di droga» dovuta alla sua condizione di tossicodipendente, ha espresso un consenso ora per allora idoneo a scriminare la condotta di colui che lo trattiene.

In altri termini, si fa menzione del c.d. contratto terapeutico intervenuto tra la comunità e il tossicodipendente, capace di determinare la irrevocabilità del consenso.

Tale impostazione, tuttavia, appare saldamente connessa con la teoria negoziale del consenso e si scontra con la considerazione per cui il consenso

³⁷⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 702.

³⁷¹ R. GAROFOLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, V Edizione 2017-2018, Molfetta (BA), 2017, p. 317 ss.

è pur sempre da considerare un atto giuridico che, come tale, può essere revocato in qualsiasi momento anche da un soggetto che non ha la piena capacità di intendere e di autodeterminarsi. Per tali ragioni, deve ritenersi che, in tali casi, al più potrà farsi riferimento ad altre cause di giustificazione, come l'adempimento del dovere, l'esercizio del diritto in seno ad attività giuridicamente autorizzate o lo stato di necessità.

Proprio sulla base di queste considerazioni, si è proposta una soluzione tale per cui il responsabile del centro sarebbe titolare di una posizione di garanzia nei confronti del tossicodipendente, sorta a seguito della stipulazione del contratto tra i due, tale da far sorgere un vero e proprio obbligo di protezione della salute del paziente.

Adottando tale lettura, il responsabile del trattamento sarebbe tenuto ad insistere nella somministrazione delle cure finché perdura la situazione di pericolo che l'ha determinata: così, qualora il destinatario del trattamento revochi il proprio consenso, manifestando la volontà di recedere dal contratto terapeutico, il responsabile potrebbe insistere invocando la scriminante dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 cod. pen.

7. I requisiti di validità del consenso

Con riguardo ai requisiti di validità del consenso, pur nel silenzio dell'art. 50 cod. pen. sul punto, può affermarsi che esso, per assumere efficacia scriminante deve possedere una serie di caratteristiche.

In primo luogo, il consenso deve essere attuale, cioè sussistere prima dell'avvio della condotta, essendo necessaria una correlazione cronologica tra quest'ultima e il consenso precedente alla stessa; va esclusa, invero, qualsivoglia rilevanza del consenso postumo, consistente in una vera e propria ratifica, del tutto inidonea ad escludere l'illiceità del fatto e coincidente con una sorta di «privato perdono».

In secondo luogo, il consenso deve essere libero, giacché la condizione fermamente voluta dal legislatore è che il soggetto possa disporre del diritto

«validamente»; pertanto, una volontà viziata da dolo, minaccia, suggestione o violenza rimarrebbe improduttiva di effetti scriminanti.

Ulteriore caratteristica che il consenso deve possedere è che esso deve essere informato, nel senso che il soggetto che dispone del proprio diritto deve avere notizia di ogni particolare utile per riflettere sull'opportunità del rilascio del permesso.

Infine, il consenso deve essere specifico, cioè manifestato per risultati puntualmente preventivati, in maniera non vaga o indistinta.

Quanto alla legittimazione a prestarlo, essa spetta al titolare del bene penalmente protetto: nel caso di più titolari, occorrerà il consenso di tutti i cointeressati. Inoltre, la legittimazione può spettare al rappresentante legale o volontario, a meno che, però, la rappresentanza non risulti incompatibile con la natura del diritto o con l'atto da consentire.

Il soggetto legittimato al consenso deve possedere la capacità di agire. Stante la natura «non negoziale» della scriminante, tale capacità di agire finisce col risolversi in una capacità di intendere e di volere da accertare caso per caso: sicché basta che il giudice accerti di volta in volta che il consenziente possieda una maturità sufficiente a comprendere il significato del consenso prestato, c.d. capacità naturale da accertare in concreto³⁷².

Non sono richiesti requisiti di forma, cosicché il consenso può essere prestato in qualsiasi modo, anche attraverso il silenzio.

Inoltre, il consenso deve abbracciare non solo la singola condotta ma deve riguardare anche l'evento che ne deriva, le sue eventuali conseguenze e tutti gli elementi necessari del reato che viene in questione.

Così, nel caso di reati a forma vincolata, il consenso non deve necessariamente abbracciare anche le modalità esecutive della condotta, in quanto già tipizzate nella fattispecie incriminatrice. Diversamente, nel caso di

³⁷² Il tema della capacità del soggetto consenziente verrà trattato specificamente nei paragrafi successivi.

reati a forma libera, il consenso ben può essere prestato solo con riguardo a certe particolari modalità attuative.

Infine, la sfera di operatività della scriminante in esame è circoscritta dallo stesso art. 50 cod. pen. Infatti, affermando che il consenso deve provenire dalla persona che può validamente disporre, la norma può trovare applicazione solo nel caso in cui il consenso abbia ad oggetto diritti disponibili, intendendosi comunemente tali quei beni che «non presentano una immediata utilità sociale e che lo Stato riconosce esclusivamente per garantirne al singolo il libero godimento»³⁷³.

8. I limiti del consenso scriminante

I limiti all'operatività del consenso scriminante risultano influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e, soprattutto, dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza, contrapposta, di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici: «ove prevalga storicamente una concezione di stampo individualistico, cresceranno corrispondentemente portata e limiti del potere di disposizione del soggetto sui diritti afferenti alla sua personalità; ove prevalga una concezione autoritaria o paternalistica dello Stato, che si erge a tutore degli stessi cittadini adulti, quel potere di disposizione tenderà invece a restringersi. Nell'attuale momento storico, possibili limiti alla disponibilità degli stessi attributi della personalità sono desumibili dall'esigenza di rispettare interessi super individuali costituzionalmente rilevanti»³⁷⁴.

Ciò posto, giova ribadire che l'operatività del consenso incontra principalmente un limite soggettivo e un limite oggettivo.

³⁷³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 268; le problematiche relative alla disponibilità del bene di cui si dispone verranno approfondite nei prossimi paragrafi.

³⁷⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 268.

8.1 Il limite soggettivo: la capacità del soggetto consenziente

In merito alla legittimazione a prestare il consenso si è evidenziato che essa spetta al titolare del bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale. Tale soggetto, per esprimere un consenso valido, deve possedere la capacità d'agire, intesa quale capacità di intendere e di volere.

Questo aspetto è stato oggetto di un ampio dibattito, che vede contrapposti coloro che, facendo leva sulla superata teoria negoziale e mutuando di conseguenza la disciplina dell'art. 2 cod. civ., pretendono la maggiore età e coloro i quali ritengono necessario, comunque, un accertamento caso per caso attraverso verifiche globali, in ordine al grado di sufficiente capacità o «sufficiente maturità»³⁷⁵, eccetto i casi in cui è lo stesso legislatore a fissare un'età minima. Ad ogni modo, si possono certamente escludere dalla cerchia dei legittimati gli infermi di mente e i totalmente incapaci.

Appare, invece molto ristretto il campo operativo della rappresentanza volontaria. In ogni caso, pur ad ammetterla, la sostituzione è da ritenersi consentita in casi davvero eccezionali, quando il vantaggio sia certo e l'incapace non sia in grado di rendersi conto dell'opportunità a causa delle sue condizioni.

In particolare, mentre essa appare ammissibile con riguardo ai beni patrimoniali, con riguardo ai beni personali, diversamente, un consenso prestato da soggetti terzi in veste di procuratori del titolare del diritto non dovrebbe produrre alcun effetto. Invero, la sostituzione con riguardo alla disposizione di beni personali deve ritenersi consentita solo in casi eccezionali, quando il vantaggio conseguito dal titolare tramite il consenso prestato dal terzo sia certo e il primo non sia nelle condizioni per rendersene conto a causa della propria condizione di incapacità³⁷⁶.

³⁷⁵ Tale terminologia è utilizzata da F. Mantovani.

³⁷⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 705 ss.

8.2 Il limite oggettivo: la disponibilità del bene

Nelle pagine precedenti si è detto che il consenso può avere ad oggetto solo diritti disponibili, intendendosi per tali quelle posizioni giuridiche per le quali lo Stato non conserva un proprio peculiare interesse alla conservazione del bene.

In via preliminare occorre precisare che, come già evidenziato, per diritto si deve intendere non solo il diritto soggettivo in senso tecnico, ma anche ogni altro interesse che sia oggetto di tutela penale. Tuttavia, non di tutti i beni penalmente tutelati si può disporre, ed è proprio da tale considerazione che sorgono le problematiche relative alla disponibilità del diritto.

Comunemente, si ritengono disponibili i beni che non presentano una immediata utilità sociale e che lo Stato riconosce esclusivamente per garantirne al singolo il libero godimento. Con riguardo a tali beni «non esiste un interesse dello Stato a che non venga meno, neppure con il permesso del titolare, l'obbligo di astensione degli altri consociati»³⁷⁷.

In passato, tale problematica è stata affrontata in via astratta, prescindendo da valutazioni legate all'ipotesi concreta, in un'ottica compatibile con quella che vede il legislatore come protagonista delle decisioni riguardanti ciò che è disponibile e ciò che non lo è.

Tale impostazione, tuttavia, non appare idonea a superare le obiezioni fondate sulla valorizzazione della collocazione sistematica del consenso e sul principio ermeneutico di conservazione delle norme giuridiche. Invero, si evidenzia che, qualora il confine tra la disponibilità e l'indisponibilità del diritto fosse facilmente individuabile, prescindendo dalle caratteristiche del caso concreto, la norma di cui all'art. 50 cod. pen. perderebbe di rilievo effettivo e pratico, risultando concretamente superflua.

Deve ulteriormente evidenziarsi che, pur essendovi beni che possono essere ritenuti disponibili o indisponibili in via astratta e generale, come quelli

³⁷⁷ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 470.

dichiarati disponibili dal codice civile o quelli assolutamente indisponibili per il codice penale, tale distinzione non risulta sempre particolarmente agevole. Invero, spesso «fra l'estremo della piena disponibilità e quello della totale indisponibilità esiste una imprecisata zona grigia che è compito dell'interprete tentare di ridurre o eliminare, definendone più esattamente i contorni»³⁷⁸.

Inoltre, la dottrina tradizionale ha spesso considerato la «disponibilità» come una caratteristica intrinseca del diritto e, come tale, non dipendente dalle peculiarità che concretamente si verificano, come il grado dell'aggressione al diritto sacrificato dall'azione consentita o gli scopi per i quali il consenso è prestato.

Tale prospettiva risente di una lunga tradizione storica che ha visto la problematica del consenso svilupparsi all'ombra del diritto civile. Questa indubitabile realtà non può tuttavia essere di ostacolo all'opportuna valorizzazione dei criteri valutativi e degli scopi propri del diritto penale. Ciò deve avvenire anche quando il diritto penale richiama concetti o categorie (come quella di «diritto di cui si può validamente disporre») che sembrano proprie di altri settori dell'ordinamento.

Le considerazioni che precedono, pertanto, costituiscono l'abbrivio per l'elaborazione di una interpretazione evolutiva della disposizione di cui all'art. 50 cod. pen., formulando un concetto di disponibilità maggiormente connesso con le caratteristiche del fatto concreto. Così, per «diritto disponibile» potrebbe intendersi «diritto per il quale, sulla base di valutazioni non astratte ma derivanti da un bilanciamento concreto analogo a quello caratterizzante le altre cause di giustificazione, l'atto di disposizione effettuato mediante il consenso può assumere efficacia scriminante»³⁷⁹.

In altri termini, nelle numerose ipotesi in cui il confine tra disponibilità e indisponibilità non è chiaramente tracciato può accadere che questo debba

³⁷⁸ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 53.

³⁷⁹ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 54.

essere individuato anche sulla base di una valutazione concreta del fatto consentito. Tale valutazione, frutto di un bilanciamento squisitamente penalistico fra gli interessi coinvolti nella specifica ipotesi di consenso di volta in volta considerata, può portare ad ammettere certi atti di disposizione che, in altre ipotesi, potrebbero essere, invece, esclusi. Accanto ad un concetto di disponibilità da individuare in via generale e di derivazione perlopiù civilistica o comunque extra penale, può assumere pertanto rilevanza anche un concetto di disponibilità da leggere ed interpretare sulla base di valutazioni legate al fatto concreto e agli interessi coinvolti.

Invero, deve ritenersi che i ragionamenti sulla disponibilità del bene oggetto di consenso non possano essere risolti attraverso l'esclusivo riferimento ai parametri di natura civilistica o extrapenali. Diversamente, sembra necessario operare delle valutazioni specificamente penalistiche che, in quanto tali, obbligano a tenere conto delle peculiarità della situazione concreta e «ritenere ammissibile il consenso solo se l'atto di disposizione appare necessario e proporzionato all'esigenza di tutelare un contro interesse pure dotato di rilievo»³⁸⁰.

In altri termini, dunque, al fine di far acquisire al concetto di indisponibilità un senso logico, si ritiene utile abbandonare la logica propria del suo significato tecnico-civilistico, adottando un approccio tendente a valorizzare la capacità degli individui di perseguire obiettivi di rilevanza sociale. Su tale solco, viene precisato che le limitazioni previste alla disponibilità del diritto devono intendersi quali ostacoli alle modifiche soggettive del diritto capaci di incidere sulle modalità di godimento dello stesso, non aventi a che fare con la facoltà di rinuncia, trasmissione, alienazione del bene, non essendo tali limitazioni collegate alle caratteristiche del bene oggetto del diritto³⁸¹.

Da quanto espresso, emerge che il concetto di disponibilità non deve essere inteso letteralmente. Invero, vi sono diritti di per sé indisponibili, per l'offesa

³⁸⁰ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 87.

³⁸¹ S. Tordini Cagli, *Il principio di autodeterminazione*, cit.

ai quali tuttavia è ammessa la scriminante del consenso. Perciò, che il diritto debba essere «disponibile», come già evidenziato, qui non vuol dire altro che si deve trattare di un diritto in ordine al quale non esiste un interesse dello Stato a che non venga meno, neppure con il permesso del titolare, l'obbligo di astensione degli altri consociati: lo Stato non ha un particolare interesse alla protezione del bene.

Quanto appena affermato potrebbe indurre a ritenere come disponibili solo i diritti di esclusiva o prevalente pertinenza del privato. Ma tale considerazione non appare convincente in quanto il consenso dell'avente diritto può avere rilievo anche ove si tratti di diritti dello Stato o di altri enti pubblici.

Il parametro dell'esistenza di un interesse alla tutela del diritto da parte dello Stato, che ha sostituito il semplice riferimento alla titolarità del diritto, comporta che la indisponibilità dei diritti si configura in quelle ipotesi in cui lo Stato ha un interesse diretto alla tutela del diritto in questione. Pertanto, laddove tale interesse manchi, il diritto potrà considerarsi disponibile³⁸².

Tale lettura imperniata sull'interesse pubblico alla protezione del bene, fu teorizzata dalla dottrina tradizionale, la quale sosteneva che la disponibilità dovesse essere intesa come una qualità del diritto, consistente pertanto in una qualificazione di natura oggettiva non influenzata dalle considerazioni del soggetto a cui appartiene e dal rapporto intercorrente tra quest'ultimo e il suo diritto³⁸³. Da tale impostazione ne derivava l'indisponibilità del diritto allorché lo Stato avesse un interesse immediato e diretto alla tutela dello stesso; diversamente, seppur il diritto debba comunque considerarsi intrasmissibile, lo stesso potrà essere ritenuto disponibile.

Per determinare la sussistenza dell'interesse pubblico alla tutela del diritto, si è ritenuto utile distinguere diverse ipotesi. Invero, nel caso in cui la tutela penale sia rivolta ad un interesse riconducibile al singolo consociato, lo Stato

³⁸² S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 214 ss.

³⁸³ P. DELOGU, *Teoria*, cit., p. 219.

può adottare diversi atteggiamenti: può rivendicare un interesse diretto all'integrità del diritto proprio dello Stato persona o dell'intera collettività impersonalmente considerata, interesse che affianca quello del singolo e, inevitabilmente, lo sovrasta tanto da generare la necessità di una tutela incondizionata; diversamente, possono profilarsi ipotesi in cui il diritto tutelato produce effetti immediati solo sul singolo, determinando così la necessità di una tutela giuridica efficace per le posizioni individuali.

A titolo di completezza, deve evidenziarsi che, in passato, la distinzione tra disponibilità e indisponibilità è stata ancorata anche al parametro della trasmissibilità del diritto, di chiara impronta civilistica. Tuttavia, tale approccio presenta obiettiva difficoltà con riguardo alla indisponibilità di determinati diritti. Invero, viene evidenziato che certi diritti, come quelli della personalità, possono ritenersi come inseparabili dal loro titolare, non conciliandosi in cambio perfettamente con i concetti di natura civilistica di indisponibilità, inalienabilità o irrinunciabilità. Si precisa, per l'appunto, che i diritti della personalità, per le loro caratteristiche intrinseche, non possono essere oggetto di trasferimento ad altri soggetti, non potendo pertanto costituire oggetto di rapporti giuridici. Pertanto, viene sostenuta la non adeguatezza del concetto di disponibilità con riguardo agli atti di disposizione sul proprio corpo, posta l'indisponibilità dei diritti della personalità che, in senso tecnico, devono ritenersi inseparabili dal loro titolare³⁸⁴.

Dalle considerazioni svolte emerge l'elemento peculiare che caratterizza il consenso dell'avente diritto, consistente nella circostanza per cui la comparazione avviene tra interessi di cui, in una certa misura, è arbitro lo stesso consenziente. Attraverso il consenso egli mostra, pertanto, di privilegiare un interesse in danno di un altro. Questa circostanza non significa, peraltro, che la scelta dell'interesse da sacrificare sia esclusivamente nelle mani del consenziente. Se il sacrificio è del tutto

³⁸⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 219; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, p. 74.

sproporzionato, motivato da un contro interesse di scarso rilievo, alla valutazione soggettiva del titolare degli interessi si sostituisce l'ordinamento che può arrivare a negare la disponibilità del diritto. Ma, nei limiti di una non evidente o non macroscopica sproporzione fra interesse e contro interesse, il consenziente ha un certo margine di scelta ai fini dell'individuazione dell'interesse da sacrificare³⁸⁵.

Dunque, centrale risulta il concetto di mancanza di sproporzione, da intendersi quale parametro per valutare appunto la proporzione in concreto. Più specificamente, tale criterio della proporzione va inteso in senso più ampio ed elastico rispetto a quello, più rigoroso, da accertare per lo stato di necessità o per le altre scriminanti; un concetto, in altri termini, da definire più propriamente in termini soltanto negativi, cioè come mancanza di palese sproporzione.

In tale valutazione deve rilevarsi che il margine di discrezionalità che dovrebbe caratterizzare la scelta del consenziente può essere ricollegato al generico valore della libertà del singolo che, in quanto valore vuoto nei contenuti, può assumere un rilievo solo riflesso, nella misura in cui sia necessario per uno scopo socialmente apprezzabile. Pertanto, il valore della libertà del singolo non sembra possa costituire da solo uno dei termini del bilanciamento, serve piuttosto sottolineare la circostanza che il consenziente è, in una certa misura ed entro certi limiti, colui che ha l'ultima parola sul bilanciamento stesso.

Dunque, in via di estrema sintesi può affermarsi che la distinzione fra fatto assolutamente irrilevante e fatto giustificato si fonda sul bilanciamento degli interessi o beni contrapposti. Tale bilanciamento deve essere operato in concreto e viene risolto talvolta in via preventiva dal legislatore stesso, ma perlopiù viene effettuato in concreto attraverso il parametro esplicito o implicito della proporzione.

³⁸⁵ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 88.

Sembra così affermarsi un concetto di disponibilità basato su valutazioni specificamente penalistiche. Queste ultime finiscono, peraltro, con il fare necessariamente riferimento alla situazione concreta e con il ritenere ammissibile il consenso solo se l'atto di disposizione appare necessario e proporzionato all'esigenza di tutelare un contro interesse pure dotato di rilievo.

Tale impostazione appare coerente con il ruolo centrale assunto dall'individuo all'interno delle società attuali, capace di valorizzare al massimo la sua capacità di autodeterminazione. Invero, in un diritto penale moderno è necessario considerare centrale il rapporto tra l'individuo e un suo bene, non potendo pertanto guardare a quest'ultimo in modo oggettivo, senza considerare la volontà dell'individuo di relazionarsi al proprio bene con determinate modalità.

La massima valorizzazione dell'impostazione descritta potrebbe aversi attraverso l'adozione della descritta concezione soggettiva del bene giuridico, destinando la tutela penale alla libertà riconosciuta all'individuo di disporre del proprio bene nel modo da lui ritenuto più soddisfacente³⁸⁶.

Ciò posto, storicamente si è proposta la distinzione tra diritti assolutamente disponibili, diritti relativamente disponibili e diritti assolutamente indisponibili. Tuttavia, tale classificazione è stata criticata in ragione dell'assenza di precise coordinate normative, tanto da prestare il fianco a rilevanti incertezze applicative. Ai fini della distinzione tra queste ipotesi, veniva proposto l'utilizzo del criterio discrezionale fondato sul regime di procedibilità del reato potenzialmente configurabile, se reati perseguibili d'ufficio o reati perseguibili a querela di parte, ammettendo l'efficacia scriminante del consenso, e di conseguenza considerando il diritto coinvolto come disponibile, solo in ordine a questi ultimi. Tuttavia, tale impostazione appare errata in quanto non può automaticamente dedursi la disponibilità

³⁸⁶ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 291.

dell'interesse tutelato dalla mera punibilità a querela di parte³⁸⁷, come dimostrato dai reati perseguibili a querela concernenti diritti indisponibili (lesioni personali colpose *ex art. 590, co. 2, cod. pen.*).

Pertanto, la distinzione tra le tre diverse categorie può operarsi tenendo conto delle singole tipologie di diritti tutelati dal codice.

In particolare, tra i beni assolutamente indisponibili, sui quali il singolo non ha alcun potere decisionale o interventistico, vi sono: i beni appartenenti allo Stato o a enti pubblici, i beni della collettività indistinta, i beni della famiglia e il diritto alla vita³⁸⁸. Si fa principale riferimento ai beni c.d. personalissimi che risultano assolutamente indisponibili per mano aliena.

Sono, invece, relativamente disponibili: l'integrità fisica, la libertà personale, l'onore e la dignità.

In particolare, il bene dell'integrità fisica, come meglio si dirà appresso, è ritenuto relativamente disponibile, in base alle disposizioni di cui all'art. 32 Cost, che fissa alcuni limiti invalicabili nella disposizione del corpo umano, e dell'art. 5 cod. civ. Tali disposizioni sono ritenute dalla giurisprudenza dominante come aventi portata generale e, quindi, utilizzabili in sede penale quale utile direttiva interpretativa. Dunque, deve ritenersi ammesso il consenso alla diminuzione dell'integrità fisica, ma solo allorché la menomazione risulti essere temporanea e recuperabile. Non sono pertanto ammesse alterazioni permanenti, intendendosi per tali quelle capaci di incidere sulle funzioni umane, limitando in via definitiva le capacità fondamentali dell'uomo³⁸⁹. Pertanto, il consenso può essere prestato per tutti quei trattamenti terapeutici volti alla guarigione da determinate patologie.

Sicuramente disponibili sono il diritto all'inviolabilità dei segreti privati, i diritti sessuali e quelli patrimoniali.

³⁸⁷ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, p. 706.

³⁸⁸ Con le precisazioni *post* Corte costituzionale del 2019 che si analizzeranno nel prossimo capitolo.

³⁸⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, p. 707.

8.2.1 La disponibilità della dignità personale

I principali nodi problematici relativi al concetto di disponibilità del diritto hanno riguardato i beni dell'integrità fisica e della vita. Posto che il loro approfondimento verrà trattato nel prossimo capitolo, in tale sede si ritiene utile descrivere le specifiche problematiche attinenti alla dignità personale.

Invero, con il passare del tempo, il concetto di dignità ha progressivamente assunto maggiore importanza, essendo oggetto di diverse disposizioni costituzionali che lo richiamano esplicitamente o implicitamente.

Sulla sua reale consistenza e portata si è sviluppato un ampio dibattito scientifico-dottrinale, per alcuni versi approfondito in sede giurisprudenziale.

L'evoluzione del concetto di dignità ha comportato il suo passaggio dal piano puramente etico-filosofico a quello strettamente regolativo dei comportamenti umani, seppur l'incertezza dei confini dello stesso concetto ha generato una molteplicità di applicazioni molto differenti tra di loro³⁹⁰.

Peraltro, le difficoltà sollevate dal diritto alla dignità personale si intrecciano con quelle proprie della differenziazione tra diritto e morale, connotato essenziale degli attuali ordinamenti laici.

Ciò che rileva in questa sede è definire i contorni del rapporto tra la dignità personale e il principio di autodeterminazione dell'individuo. In altri termini, bisogna valutare se la dignità personale possa limitare la validità del consenso prestato dal soggetto la cui stessa dignità viene tutelata e se questa possa considerarsi elemento costitutivo della stessa libertà di autodeterminazione, così divenendo impossibile scindere i due concetti. In termini più semplicistici, se la violazione del principio di autodeterminazione possa intendersi quale violazione della dignità personale.

Sul tema, appare utile richiamare la giurisprudenza delle Corti francesi laddove si è occupata del c.d. gioco del «lancio dei nani». In tali decisioni, i giudici ritennero necessario scindere il principio del rispetto della dignità

³⁹⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 243 ss.

umana dalla volontà della persona titolare della stessa dignità, di fatto comportando una imposizione del principio della dignità, accordandogli una protezione assoluta. Dunque, il soggetto a cui è riconducibile la dignità personale lesa non può disporre della stessa, adottando così una nozione di dignità puramente oggettiva, il cui contenuto risulta stabilito dall'esterno, secondo i parametri accolti dalla collettività.

È stato ritenuto che, così opinando, l'ordine pubblico diviene il grimaldello attraverso cui colorare il diritto di moralità, imponendo un ordine morale diffuso deciso dall'ordinamento.

Le decisioni emesse con riguardo al c.d. gioco del «lancio dei nani» presentano diversi profili critici. In primo luogo, deve evidenziarsi che l'impostazione seguita dalla giurisprudenza francese comporta la comprensione all'interno dell'ordine pubblico della dignità personale, determinando così la valorizzazione di una etica collettiva nella definizione di una questione giuridica. Inoltre, l'impostazione descritta presenta l'ulteriore criticità di essere espressione dell'adozione di un atteggiamento paternalista che impone una protezione ad un soggetto prescindendo dalla sua volontà, prediligendo una concezione di dignità personale di respiro collettivo, non ritenendo la visione del singolo soggetto degna di essere presa in considerazione.

9. L'efficacia del consenso nei reati colposi

Una delle problematiche più interessanti legate al consenso dell'avente diritto riguarda la sua applicazione al reato colposo³⁹¹. La rilevanza di tale tema è stata determinata altresì dal ruolo centrale assunto dall'illecito

³⁹¹ Sul tema si evidenzia l'esistenza di una cospicua produzione letteraria di matrice transalpina e, seppur in numero ridotto, ulteriori contributi a livello nazionale italiano, tra i quali si segnalano: F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino dell'Ist. Di dir. e proc. penale dell'Università di Pavia*, 1960-1961, p. 89 ss.; SANTORO, *Il consenso nei delitti colposi*, in *Giur. delle Corti*, 1938.

colposo, ormai riconosciuto in via generale. Invero, posta la peculiarità della struttura e delle caratteristiche di tale tipologia di illecito, deve sottolinearsi che queste specificità non possono non influenzare ogni aspetto degli studi penalistici che entrano in contatto con il modello di illecito in questione.

Peraltro, il tema del consenso al reato colposo non si esaurisce in una verifica dei meccanismi di applicabilità della scriminante prevista dall'articolo 50 codice penale. Può essere anche utile verificare se l'accettazione del rischio di possibili lesioni da parte del soggetto passivo possa giocare, ed in che misura, un ruolo anche al di fuori della causa di giustificazione ora ricordata, influenzando addirittura la stessa portata dei doveri di diligenza gravanti sull'agente colposo. Si tratta, com'è facile intuire, di ulteriori e specifiche problematiche che finiscono con il coinvolgere i profili più generali di rilevanza del comportamento dell'offeso nel reato colposo.

Inoltre, ulteriori spunti di riflessione vengono sollevati da quelle ipotesi in cui la vittima non presta il suo assenso a una attività pericolosa da parte di altri e tanto meno alla lesione del bene giuridico che ne potrebbe conseguire: prima ancora, tiene essa stessa un comportamento in violazione di cautele doverose, contribuendo all'esposizione al rischio di se stessa.

Quanto espresso risulta strettamente connesso con la distinzione, propria della dottrina tedesca e descritta nella prima parte del presente lavoro, tra consenso al pericolo creato da altri e autoesposizione al pericolo, distinguibili, secondo i criteri adottati da Roxin, attraverso l'applicazione del citato criterio del dominio sul fatto.

Sempre in via preliminare, deve evidenziarsi che le ipotesi di consenso al reato colposo sono distinguibili da quelle in cui si fa immediata applicazione del principio di autoresponsabilità. Invero, nella prima di tali ipotesi, assume rilevanza centrale la verifica circa la consapevolezza assunta dal soggetto passivo in merito all'esistenza di un pericolo e alla sua intensità. Diversamente, nei casi di applicazione del principio di autoresponsabilità, viene ritenuta non necessaria l'indagine sul foro interno della vittima, potendo

questa non avere consapevolezza circa l'esposizione a rischio dei suoi beni e, pertanto, potendosi ritenere il suo comportamento meramente colposo utile ai fini dell'esclusione della responsabilità altrui. In termini estremamente sintetici, «quel che conta sono soltanto le note oggettive del comportamento della vittima»³⁹².

Tanto premesso, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, si registra un atteggiamento particolarmente rigoroso della giurisprudenza, che afferma l'inefficacia del consenso scriminante relativamente ai delitti colposi. Tale rigida impostazione viene giustificata facendo riferimento alla pressoché generale indisponibilità dei beni tutelati dai delitti colposi, e dalla ritenuta incompatibilità logica tra il consenso concepito come volontà di lesione e il carattere involontario del fatto colposo.

L'orientamento rigoristico della giurisprudenza è stato fortemente criticato dalla dottrina nazionale, la quale si è assestata su tre differenti posizioni, così sintetizzabili: per un orientamento, va ammessa la rilevanza dell'esimente solo rispetto alla colpa generica e non per la colpa specifica; altri ritengono che la scriminante non debba sopportare limiti logici con riguardo ai reati colposi, salvo il limite della disponibilità degli interessi; un ulteriore indirizzo, che sembra allinearsi alla dominante giurisprudenza, sottolinea

³⁹² O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit. p. 14, dove si analizza in particolare la tematica della infortunistica stradale e della infortunistica lavorativa.

Con riguardo alla prima, l'evoluzione giurisprudenziale dimostra come si presti attenzione al soggetto più «debole» (es. ciclista o pedone) e che si adotti un criterio di ripartizione efficace dei rischi. Si chiede a ciascun soggetto che circola nella via pubblica di prestare attenzione e di prevedere possibili negligenze di altri soggetti.

In merito alla infortunistica lavorativa, in passato dominava un atteggiamento rigoroso tale da riconoscere responsabile il datore di lavoro anche laddove la condotta del lavoratore vittima risultava contraria alle disposizioni di legge. Anche le più semplici aperture a questo rigoroso indirizzo sono state sopite da quella impostazione per cui è possibile riconoscere rilievo al comportamento del lavoratore vittima solo quando sia eccezionale, imprevedibile, tale da non essere preventivamente immaginabile. Si evidenzia la naturale struttura omissiva delle ipotesi di infortunistica lavorativa, dinamica utile a distinguerle dai casi di circolazione stradale e determinante l'applicazione di automatismi sanzionatori che scattano in assenza del comportamento normativamente richiesto.

l'incompatibilità strutturale tra la colpa e il consenso sul rilievo per cui questo deve investire il fatto previsto dalla legge come reato e quindi anche l'evento dannoso o pericoloso: si evidenzia, nel dettaglio, che consentire una condotta dalla quale l'evento in seguito deriverà non equivale a consentire pure la lesione del diritto.

In particolare, con riguardo alla prima di tali tesi, viene sostenuto che le ipotesi di colpa specifica darebbero luogo ad autonome figure delittuose che permarranno tali anche in presenza di consenso. Invero, ammettendo tale diversità fra colpa per inosservanza di leggi e colpa per imprudenza, negligenza e imperizia, solo nel caso di illeciti colposi del primo tipo la regola di condotta acquisterebbe già un autonomo significato di disvalore senza bisogno di attendere la produzione di un evento lesivo e senza necessità di ricostruire, sulla base dell'evento stesso, la misura di diligenza dovuta.

Tuttavia, tale tesi appare da scartare in ragione della ormai assodata omogeneità strutturale tra le norme cautelari scritte e quelle non scritte.

Circa la seconda tesi, quella relativa alla indisponibilità dei diritti offesi nei reati colposi, si evidenzia che accogliendo una visione dinamica del consenso, non cristallizzata e tendente a valorizzare gli aspetti del caso concreto, si può ragionevolmente affermare che la rilevanza dello stesso sarà tanto più ampia quanto più rilevante sarà il controinteresse capace di bilanciare il diritto posto in pericolo dalla condotta colposa di un terzo.

Tra le tesi che negano rilevanza al consenso nei reati colposi³⁹³, quella che sembra avere un fondamento più solido ritiene il consenso fondato su di un accordo di volontà, presupponendo così che anche l'autore della condotta lesiva agisca volontariamente al fine della produzione dell'evento. Questa sarebbe una circostanza che non può verificarsi con riguardo ai reati colposi

³⁹³ Propende per una esclusione della compatibilità L. LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, cit., p. 68; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale, parte generale*, I, Torino, 1967, p. 719. Nel senso, invece, di una applicabilità del consenso alle sole ipotesi di colpa generica: F. GRISPIGNI, *Il consenso*, cit., p. 402.

che, per loro natura, sono caratterizzati dalla causazione involontaria dell'evento³⁹⁴.

Tuttavia, avverso tale interpretazione si evidenzia come la dottrina ormai maggioritaria abbia abbandonato la visione per cui il consenso si sostanzia in un accordo di volontà e sulla considerazione per cui le cause di giustificazione, nell'ordinamento italiano, operano sul piano oggettivo, essendo irrilevante l'aspetto soggettivo. Invero, da tale ultimo aspetto deriva che «il consenso opera per il solo fatto che il titolare del bene lo abbia espresso, indipendentemente dalla consapevolezza che l'autore del fatto abbia della sua sussistenza»³⁹⁵.

Ciò posto, ad oggi può ritenersi che, nel sistema italiano, il campo di applicazione della scriminante del consenso dell'avente diritto risulti fortemente condizionato dal solo limite della selettività del rischio, in armonia con il requisito della proporzione e del bilanciamento in concreto. Pertanto, la scriminante può trovare applicazione solo ove il rischio prodotto dalla condotta del colpevole produca effetti solo nei confronti del consenziente, anche nei casi in cui si superino i limiti imposti dall'art. 5 c.c.

Tale ultima circostanza induce a ritenere che una delle principali ragioni della ridotta rilevanza del consenso nel campo dei delitti colposi sia rinvenibile nella distinzione tra rischi selettivi e rischi indeterminati.

Su tale aspetto deve evidenziarsi che il rischio creato da una condotta colposa può essere, a seconda dei soggetti posti in pericolo dall'azione rischiosa, più o meno selettivo; nel senso che le potenzialità lesive dell'azione pericolosa possono essere rivolte verso una massa indeterminata o indeterminabile di soggetti o verso uno o più soggetti particolari.

Deve peraltro ricordarsi che, per la sua operatività, la causa di giustificazione deve essere presente prima o al momento dello svolgimento

³⁹⁴ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 96.

³⁹⁵ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 317.

della condotta tipica con la conseguenza che la stessa condotta diverrà lecita per l'intero ordinamento e, quindi, non impedibile da chiunque.

Sulla base di tali premesse, si può argomentare che le sole ipotesi in cui il consenziente potrà autorizzare l'azione pericolosa sono quelle in cui i rischi creati dall'azione stessa sono selettivamente diretti verso il consenziente stesso. Se il pericolo creato dall'azione colposa riguarda anche persone diverse dal consenziente, cesserà, per quest'ultimo, ogni possibilità di manifestare un suo consenso valido: egli può mettere in gioco la sua vita, la sua integrità personale, o altro, ma non può disporre di beni appartenenti a terzi. A nulla, poi, rileverà che l'azione colposa (pericolosa anche verso terzi) abbia effettivamente procurato, in seguito, una lesione solo al soggetto che ha acconsentito al fatto colposo; il fatto colposo verrebbe, in tal modo, giustificato solo a posteriori. Al momento della realizzazione della condotta, che è quello di importanza decisiva al fine di valutare i presupposti di applicabilità di una scriminante, il fatto colposo non si sarebbe potuto scriminare per la mancanza di un consenso valido e, pertanto, sarebbe stato anche impedibile da chiunque.

Dunque, «le sole ipotesi in cui il consenziente potrà autorizzare l'azione pericolosa sono quelle in cui i rischi creati dall'azione stessa sono selettivamente diretti verso il consenziente stesso»³⁹⁶.

Tale scenario può presentarsi in due diverse situazioni fondamentali.

Una prima situazione può concretizzarsi allorché il soggetto titolare del diritto si espone a un pericolo da lui volontariamente creato od originato da cause naturali, senza la necessità dell'intermediazione di terzi affinché la situazione pericolosa intacchi la sfera del soggetto sulla cui sfera può prodursi un danno. In queste circostanze, la responsabilità penale potrebbe ricadere esclusivamente sul soggetto che si espone al pericolo. Tuttavia, qualora l'ordinamento decidesse di sanzionare tutte le ipotesi di autoesposizione a pericolo, magari giustificando tale approccio sulla base di una asserita

³⁹⁶ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 106.

rilevanza sociale dei beni tutelati, di fatto sposerebbe una impostazione di tipo paternalistico, capace di mortificare il diritto di autodeterminazione dei singoli individui.

Un secondo gruppo di casi riguarda quelle ipotesi in cui il pericolo per il bene di un soggetto deriva, più o meno direttamente, dalla condotta colposa di un terzo. Tra queste situazioni è possibile operare un'ulteriore distinzione, elaborata nella dottrina tedesca, tra «autoesposizione a pericolo» ed «esposizione di terzi al pericolo con il loro consenso». Tale distinzione, elaborata al fine di analizzare le modalità attraverso cui la vittima può partecipare alla realizzazione del reato, assume rilevanza in quanto le situazioni del primo tipo si reputano assimilabili a quella in cui è lo stesso titolare del bene che si espone ad una situazione di pericolo da lui creata, o esistente per cause naturali, determinando pertanto la sua irrilevanza in sede penale. Con riguardo alla seconda situazione, invece, potrebbe ipotizzarsi la configurazione di una responsabilità colposa dell'autore della condotta lesiva.

Più in particolare, si ritiene che le ipotesi di autoesposizione al pericolo escludono sempre la responsabilità penale dell'autore della condotta qualora l'autoesposizione stessa sia avvenuta in modo responsabile e con la consapevolezza dei rischi insiti nell'esporsi al pericolo, ciò in quanto la condotta dell'autore non può ritenersi ricompresa tra quelle tipicizzate dalla fattispecie incriminatrice.

Diversamente, il consenso al pericolo creato da altri sarebbe, in via di principio, irrilevante ai fini dell'attribuzione della responsabilità al terzo agente, salvo casi eccezionali capaci di assimilare tali ipotesi a quelle di autoesposizione al pericolo, laddove verrà esclusa l'imputazione dell'evento e dunque la punibilità dell'agente.

In particolare, sono richiesti due requisiti, uno di natura oggettiva, consistente nella necessità che l'evento che si verifica sia la diretta conseguenza della condotta dell'agente creatrice del rischio consentito dalla vittima, l'altro di natura soggettiva, che si sostanzia nella necessaria equiparazione del livello di responsabilità tra la posizione del consenziente al

rischio e chi lo ha creato, nel senso della uguale consapevolezza circa le caratteristiche pericolose della situazione concreta e che vi sia un'adesione frutto di una scelta autonoma³⁹⁷.

Un primo criterio utilizzato per distinguere tali situazioni è quello del dominio sul fatto, così da avere autoesposizione al pericolo quando la vittima mantiene il dominio del fatto da cui scaturisce il pericolo e il terzo si limita ad agevolare l'autoesposizione con la sua mera partecipazione. Diversamente, il caso di consenso all'attività pericolosa realizzata da altri si configura allorché la vittima si limiti ad aderire consapevolmente ad una situazione creata da altri e da questi altri dominabile.

Ulteriore criterio utilizzato è quello cronologico, più aderente alla natura del consenso dell'avente diritto *ex art. 50 cod. pen.* In base a tale criterio, «il consenso deve precedere o accompagnare l'azione colposa del terzo e non può riguardare invece la mera auto esposizione volontaria ai pericoli già creati dall'azione attuata in violazione delle regole cautelari»³⁹⁸.

Pertanto, il consenziente può prestare il consenso anche al possibile verificarsi dell'evento lesivo entro certi limiti. In questi casi la scriminante in esame opera con riguardo a quelle sole condotte acconsentite che si realizzano nel rispetto delle regole cautelari scritte e non scritte disciplinanti l'attività pericolosa.

Deve precisarsi che l'ordinamento si occupa di determinate attività che presentano particolari profili di pericolosità, individuandone preventivamente una soglia di rischio tollerabile. Con riguardo a tali ipotesi, ci si è interrogati sugli effetti generati dalla scelta consapevole di un soggetto persona offesa di esporsi a un rischio maggiore rispetto a quello contemplato e ammesso dalle regole cautelari vigenti. Invero, può accadere che il consenso prestato dal titolare del diritto protetto abbia ad oggetto la violazione delle regole cautelari

³⁹⁷ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 204.

³⁹⁸ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 108 ss.

imposte dall'ordinamento, andando pertanto oltre quella soglia del rischio consentito individuata dal Legislatore.

In queste ipotesi, in cui il consenziente intende autorizzare l'agente a violare le norme cautelari, accettando la possibile verifica dell'evento lesivo quale conseguenza del mancato rispetto delle stesse, si realizza una messa in pericolo della vittima dietro il suo consenso.

In tali casi, si ritiene che il consenso potrà produrre efficacia scriminante nelle ipotesi in cui colui che lo ha prestato si era prefigurato anticipatamente sia la gravità del possibile evento lesivo sia il grado di probabilità della sua verifica, a condizione che il bene oggetto del consenso alla possibile lesione sia disponibile.

Tuttavia, deve evidenziarsi che, nella maggioranza dei casi in cui un soggetto acconsente all'attività pericolosa altrui, costui non intende acconsentire anche alla lesione, volendo che l'attività del reo sia svolta nei limiti delle regole cautelari che regolano l'attività stessa, finalizzate ad evitare il verificarsi dell'evento lesivo.

In tali ipotesi, laddove si verifichi l'evento lesivo, la responsabilità del soggetto agente andrà valutata non alla luce della disciplina sul consenso dell'avente diritto, ma su quella relativa alla responsabilità colposa³⁹⁹.

Applicando le considerazioni che precedono, dunque, si ritiene di non poter riconoscere efficacia scriminante al consenso riguardante l'accettazione preventiva di possibili lesioni della vita o dell'integrità fisica, al di là dei limiti previsti dalla legge, con l'effetto pratico di ridurre drasticamente le conseguenze di una seppur ammessa compatibilità tra consenso e reati colposi⁴⁰⁰.

Tuttavia, aperture verso una possibile efficacia del consenso sono state manifestate da quella corrente secondo cui, nel caso di consenso ad attività soltanto pericolose i limiti di disponibilità avrebbero le maglie più larghe,

³⁹⁹ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 567.

⁴⁰⁰ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, p. 709.

dovento, in questi casi, operare una valutazione in concreto fondata su di un bilanciamento tra il valore del bene leso e la meritevolezza dell'obiettivo perseguito dal consenziente. L'arbitro di tale giudizio di bilanciamento sarebbe proprio il consenziente, a cui l'ordinamento riconosce la possibilità di sacrificare un proprio bene giuridico in funzione di uno scopo soggettivamente prevalente. Nel caso in cui emerga una sproporzione evidente tra gli interessi confliggenti, l'ordinamento può intervenire per assicurare adeguata protezione all'interesse oggettivamente prevalente, anche a discapito della volontà del suo titolare.

La tematica appena descritta si è posta all'attenzione della giurisprudenza con riguardo alle conseguenze penali derivanti dalla trasmissione del virus HIV nel caso in cui la vittima abbia acconsentito ad avere rapporti sessuali con la persona sieropositiva.

In via estremamente sintetica, si evidenzia che la soluzione accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti ritiene che in questi casi il consenso non scrimini in quanto avente ad oggetto un diritto indisponibile. Al più può rilevare in sede di commisurazione della pena e di valutazione delle circostanze concretamente applicabili.

Tuttavia, deve segnalarsi una linea di pensiero che, diversamente, attribuisce rilevanza al consenso, ritenendo, per un verso, che il principio di autodeterminazione sia idoneo ad estendere i limiti di cui agli artt. 50 cod. pen. e 5 cod. civ. e, per altro verso, che l'informazione fornita circa la sieropositività possa considerarsi un adempimento degli obblighi cautelari incombenti sullo stesso soggetto sieropositivo a cui non può, pertanto, rimproverarsi l'eventuale scelta libera della vittima di esporsi, comunque, al rischio di contagio.

A sostegno di tali considerazioni si è prospettata una comparazione con l'art. 554 cod. pen. (norma ormai abrogata con cui si sanzionavano le condotte di contagio venereo di sifilide e da blenorragia). Invero, nonostante la natura oggettivamente pubblicistica di tale incriminazione, che tutelava non solo il soggetto passivo ma anche l'interesse dello Stato all'integrità della stirpe, tra

gli elementi del fatto tipico si menzionava l'occultamento del proprio stato da parte del soggetto infetto, determinando così che il consenso consapevole della vittima faceva venir meno la tipicità del reato stesso⁴⁰¹.

Dalla lettura della disposizione, pertanto, emerge come anche in una ipotesi volta a tutelare un interesse di natura pubblicistica, il legislatore del '30 attribuiva rilevanza al consenso del soggetto sano e consapevole, a dimostrazione del fatto che il Legislatore fascista riteneva che, davanti a una libera scelta del cittadino in materia sessuale, lo Stato dovesse arrestare l'esercizio del suo potere punitivo⁴⁰².

In via generale, dunque, può dirsi che la scriminante in esame sia compatibile con i reati colposi, purché sussistano tutte le condizioni necessarie richieste dall'ordinamento. Si evidenzia, però, che, in concreto, la rilevanza del consenso nei reati colposi è fortemente ridimensionata in ragione della considerazione per cui tali reati sono posti più frequentemente a tutela di beni indisponibili.

9.1 L'oggetto del consenso nei reati colposi

Con riguardo al problema dell'oggetto del consenso, si evidenzia che esso, nei casi di reato colposo, può presentarsi con una diversa intensità, tale da giustificare diversi criteri classificatori in dottrina⁴⁰³.

⁴⁰¹ L. M. MASERA, *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1174 ss.

⁴⁰² R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 571.

⁴⁰³ P. DELOGU, *Teoria del consenso*, cit. p. 249, dove si opera la distinzione tra la sola conoscenza del rischio, nelle ipotesi in cui è poco probabile la verifica dell'evento lesivo e l'accettazione del rischio da parte del singolo coincide con quella fatta dall'ordinamento, e i casi di accettazione del rischio da cui deriva un'alta probabilità di verifica dell'evento lesivo, consistente in un vero e proprio consenso alla lesione. Tuttavia, tale distinzione viene criticata in quanto eccessivamente semplicistica. Invero, la prima ipotesi si appiattisce sul rischio socialmente tollerato, restando così sostanzialmente irrilevante la presenza del consenso al reato colposo. Con riguardo alla seconda delle ipotesi descritte, non può ritenersi certa l'accettazione del danno anche qualora questo sia molto probabile.

Può essere osservato che, in vi generale, i poli fondamentali all'interno dei quali può sempre ascrivere, con diverse sfumature d'intensità, l'adesione del consenziente al fatto colposo, sono essenzialmente due: in primo luogo, l'accettazione dell'azione colposa con la consapevolezza dei rischi che questa comporta, ma accompagnata dalla non volontà delle conseguenze lesive; in secondo luogo, l'accettazione dell'azione rischiosa accompagnata anche da quella delle conseguenze lesive.

Come criterio di distinzione fra le due ipotesi, nei casi di confine, possono apparire utili i risultati, sia pure non del tutto pacifici, cui sono pervenute la dottrina e la giurisprudenza sul tema della distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente⁴⁰⁴.

Prescindendo da una apposita analisi su tale tematica, deve comunque evidenziarsi che la diversa consistenza che l'attitudine del consenziente può avere nel reato colposo ha indotto la dottrina tedesca ad elaborare due diverse impostazioni atte ad individuare l'oggetto del consenso nel reato colposo o nella mera azione rischiosa o nell'evento lesivo

Quest'ultima impostazione ricalca la disciplina prevista per l'operatività del consenso nei reati dolosi, di cui si è già detto. In tale sede si precisa che i suoi sostenitori ritengono che la validità del consenso è strettamente legata alla lesione e non alla mera condotta pericolosa⁴⁰⁵. In altri termini, viene

Diversamente, F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. Dir. pen.*, Univ. di Pavia, Anno Acc. 1960-61, p. 89 ss., poi in ID. *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, cit., p. 70 ss., descrive quattro diversi possibili livelli di partecipazione del soggetto passivo al fatto consentito: l'accettazione di una condotta senza conoscerne la rischiosità; il consenso a una condotta conoscendone il rischio ma non accettandolo; l'accettazione della condotta conoscendone la rischiosità e accettandola; l'accettazione alla verifica dell'evento lesivo. Con riguardo alla prima di tali ipotesi, non può parlarsi di consenso al reato colposo perché manca la consapevolezza del rischio. La seconda e la terza delle ipotesi prospettate possono essere ricondotte ad una unitaria categoria, caratterizzata dalla mancata accettazione dell'evento lesivo.

⁴⁰⁴ *Ex multis*, C. F. GROSSO, *Dolo (Dir. Pen.)*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 8; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 270 ss.; F. ALBEGGIANI, *Profili problematici*, cit., p. 112.

⁴⁰⁵ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 206.

ritenuto che il consenso debba avere ad oggetto l'evento, non considerandolo però come evento lesivo ma come evento in sé e per sé considerato.

Diversamente, l'impostazione che individua l'oggetto del consenso nei reati colposi nella mera azione pericolosa si fonda sulla considerazione per cui acconsentire alla mera messa in pericolo di un bene giuridico non consente di dedurre di per sé che il soggetto che ha prestato il consenso al rischio accetti anche la lesione del suo bene. Pertanto, per poter rilevare, il consenso deve essere prestato da un soggetto sufficientemente informato circa i rischi che i suoi beni corrono, pur senza mai accettarne la loro effettiva verifica⁴⁰⁶.

Appare pertanto dirimente accertare che il consenso all'attività pericolosa sia stato prestato in modo responsabile e informato. In presenza di tali caratteristiche, il consenso rende lecita la condotta, anche ove sfoci nell'effettiva lesione, ed esclude il disvalore rilevante dell'evento, essendo quest'ultimo diretta conseguenza dell'azione consentita. Pertanto, in tali ipotesi vige il principio *volenti non fit iniuria* e, di conseguenza, il terzo non può essere ritenuto penalmente responsabile dell'evento. In altri termini «il contributo del terzo agente finirà per essere qualificabile come condotta neutrale e penalmente irrilevante in virtù del principio di responsabilità per fatto proprio»⁴⁰⁷.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la questione centrale è predeterminare le caratteristiche che l'autodeterminazione deve possedere *ex ante*, prima dell'azione consentita, al fine di evitare la responsabilità penale altrui.

⁴⁰⁶ M. HELFER, *Paternalismo e diritto penale*, cit., p. 31.

⁴⁰⁷ M. HELFER, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *Ind. Pen.*, 2013, p. 187 ss.

Capitolo IV

La rilevanza del consenso con riguardo ai beni dell'integrità fisica e della vita

1. Introduzione

All'esito delle considerazioni sin qui svolte, ai fini di una più concreta percezione dell'effettiva incidenza nell'ordinamento dell'istituto del consenso, si reputa necessario considerare alcune tematiche specifiche, in particolare riguardanti la tutela dei beni dell'integrità fisica e della vita.

In via preliminare, giova evidenziare l'utilità del metodo analitico problematico-casistico che, «per la sua aderenza alla situazione di fatto nella ricerca della corretta qualificazione giuridica, ha ormai conquistato una propria dignità ed un'autonoma importanza come strumento di conoscenza giuridica»⁴⁰⁸.

Ciò posto, con riguardo al tema dei margini di rilevanza del consenso dell'avente diritto, i beni della integrità fisica e della vita hanno sollevato parecchi dubbi interpretativi, riguardanti principalmente la loro possibile disponibilità.

Deve evidenziarsi sin da subito che lo sviluppo di tali tematiche verrà condotto considerando principalmente le ipotesi di responsabilità penale nello svolgimento dell'attività medico-chirurgica e nelle scelte di fine vita.

⁴⁰⁸ V. MILITELLO, *La responsabilità penale dello spacciatore*, cit., p. 1.

2. La rilevanza del consenso con riguardo alla integrità fisica

2.1 La disponibilità del bene dell'integrità fisica

Il tema della disponibilità del bene dell'integrità fisica è stato oggetto di un annoso dibattito riguardante, in via principale, i parametri normativi volti a regolarla.

Invero, particolari problematiche riguardano l'interpretazione dell'art. 5 cod. civ., ai sensi del quale «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume».

L'origine di tale disposizione è collegata alla necessità di regolamentare casi che, prima della sua introduzione, suscitavano parecchi dubbi interpretativi. In particolare, il fatto che stimolò il Legislatore a introdurre tale norma aveva ad oggetto un trapianto di ghiandola sessuale ceduta a titolo oneroso dal suo titolare ad un altro soggetto. Invero, non essendo previsto un divieto assoluto che vietasse in modo chiaro ed inequivocabile qualsiasi atto di disposizione del proprio corpo, si analizzò il problema della individuazione dei limiti relativi a tale possibilità di disposizione e si giunse alla formulazione della norma precedentemente indicata.

Peraltro, l'introduzione dell'art. 5 cod. civ. avvenne in un periodo storico in cui l'integrità fisica dell'individuo non era ritenuta un bene autonomo, ma si considerava come strumentale al perseguimento di determinati fini e allo svolgimento di attività ritenute essenziali per lo Stato.

Sin da subito ci si rese conto che una interpretazione particolarmente rigorosa dell'art. 5 cod. civ. avrebbe condotto alla drastica esclusione della legittimità dell'attività medico-chirurgica.

Così, proprio per scongiurare tale eventualità e a seguito dell'introduzione della Costituzione, si è resa necessaria una rilettura della disposizione *de qua* che risultasse più conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento

costituzionale. Invero, dalla lettura della Carta fondamentale emerge come sia profondamente mutata la concezione dell'uomo e dello Stato (ed il loro rapporto) adottata ai tempi della redazione del codice penale e del codice civile; si evidenzia, infatti, che con l'entrata in vigore della Costituzione si è adottato un modello ordinamentale volto a sostituire il modello statalista dei rapporti tra individuo e autorità, secondo cui il primo esiste per il secondo, con un modello personalista⁴⁰⁹, dove si ribaltano i ruoli ed è lo Stato ad esistere per l'individuo. Inoltre, di fondamentale rilevanza appare anche l'introduzione nel testo costituzionale della tutela del diritto alla salute, sancita all'art. 32 Cost., tanto da divenire necessario punto di riferimento per qualsiasi ragionamento sull'argomento.

Tali considerazioni hanno inciso fortemente sull'interpretazione dell'art. 5 cod. civ. Invero, l'inserimento del diritto alla salute tra i diritti fondamentali ne ha comportato la massima valorizzazione, adottando un concetto di salute comprensivo anche dell'integrità fisica, da interpretare sia in senso dinamico, ossia come utile a realizzare il pieno sviluppo della personalità umana, sia in senso relativo, in modo da permettere la valorizzazione delle peculiarità dei singoli individui e della società in cui operano.

La massima valorizzazione del concetto di salute ha indotto a confermare l'importanza dell'art. 5 cod. civ., ritenendola non applicabile al trattamento medico-chirurgico in quanto non riferibile a quelle situazioni aventi lo scopo di tutelare la salute in generale.

Con riguardo al concetto di «atti di disposizione» del proprio corpo, questo, in passato, veniva definito come consistente in una posizione soggettiva di potere imperniata su di una concezione patrimonialista della persona. Tale concezione risulta ormai ampiamente superata a seguito dell'introduzione della Costituzione, che sposa una idea di individuo unico e inscindibile, dove il corpo non può essere considerato autonomamente rispetto al resto. Proprio da tale mutamento di concezione sulla persona ha

⁴⁰⁹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 226 ss.

preso campo il concetto di libertà quale possibilità di decidere su situazioni capaci di incidere sul proprio corpo tramite azione diretta dell'interessato o di terzi.

Pertanto, la portata applicativa dell'art. 5 cod. civ. deve essere ridimensionata, tanto da abbracciare solo le ipotesi di atti negoziali ad effetti obbligatori, potendo ritenere che «la logica del divieto risiede nell'esigenza di impedire che il corpo umano possa formare oggetto di diritti altrui»⁴¹⁰.

Quanto espresso risulta in armonia con la Convenzione di Oviedo e la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, dove non viene riconosciuto un generale principio di indisponibilità della salute, ma, al contrario, si afferma «la extrapatrimonialità del corpo umano, pur nel riconoscimento della libertà di autodeterminazione del singolo e della formalizzazione della regola del consenso informato in campo medico e biologico»⁴¹¹.

Ciò posto, deve comunque evidenziarsi che la disposizione di cui all'art. 5 cod. civ. è stata oggetto di numerose osservazioni critiche. Invero, in merito alla sua reale portata, si è evidenziato che la norma *de qua* si presenta come generica e tormentata⁴¹², apparendo eccessivamente vaghi i riferimenti ai concetti di «atto di disposizione», «diminuzione permanente», «integrità fisica». Inoltre, potrebbe ipotizzarsi che l'art. 5 cod. civ. sia una norma anacronistica, non più adeguata ad affrontare le più recenti modalità di disposizione del proprio corpo, rischiando di creare ostacoli ingiustificati ad atti tendenti a finalità meritevoli o sentite come tali anche dalla coscienza comune. Peraltro, la disposizione potrebbe risultare incapace di garantire l'integrità fisica nei casi di condotte che non siano idonee a cagionarne in via

⁴¹⁰ M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.

⁴¹¹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 234; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, «RDC», 2002, II, p. 807 ss.

⁴¹² R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, in *Dir. e soc.*, 1981, p. 534 ss.

immediata una diminuzione, ma incidono sulla stessa nel lungo periodo (come, ad esempio, nel caso di danni lungolatenti).

Concentrando l'attenzione sul piano strettamente penalistico, l'art. 5 cod. civ. assolve alla funzione di riconoscere e assicurare la liceità delle condotte consistenti in atti di disposizione del proprio corpo non idonei a provocare una diminuzione permanente dell'integrità fisica e non contrarie alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Con riguardo a tali atti, il consenso può ritenersi perfettamente valido ed efficace.

Diversamente, maggiormente problematico risulta considerare penalmente valido ciò che l'art. 5 cod. civ. afferma in positivo, vietando qualsiasi atto di disposizione del proprio corpo che determini una diminuzione permanente alla propria integrità fisica o sia comunque contrario all'ordine pubblico e al buon costume.

Invero, con riguardo al parametro della diminuzione permanente, si evidenzia la necessità di accogliere una nozione ampia di integrità fisica capace di ricomprendere anche gli aspetti psicologici, tanto da ritenere non operante i limiti imposti dall'art. 5 cod. civ. qualora la diminuzione permanente sia volta ad assicurare la salute psico-fisica dello stesso consenziente⁴¹³.

In altri termini, il limite della diminuzione permanente dell'integrità fisica deve essere oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata che pone al centro le esigenze di tutela del benessere fisico-psichico della persona, secondo cui l'obiettivo deve essere tutelare la salute in senso ampio, coincidente con il generale e complessivo benessere fisiopsichico della persona. Dunque, «non rientrano nel divieto di cui all'art. 5 cod. civ. gli atti di disposizione del proprio corpo che siano funzionali alla salvaguardia o al complessivo miglioramento della salute del disponente e, quindi, siano posti

⁴¹³ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 313 ss.

in essere dal soggetto nell'esercizio del diritto alla salute (che include anche il diritto di autodeterminarsi rispetto al trattamento medico-sanitario)»⁴¹⁴.

Sul tema, si registra l'esistenza di ipotesi legislativamente determinate di atti di disposizione del proprio corpo oltre i limiti fissati dall'art. 5 cod. civ., disposizioni considerate indizi della possibilità di superamento del limite allo scopo di conseguire obiettivi degni di rilievo. Si allude ad esempio alle ipotesi di consenso ad interventi chirurgici gravemente mutilanti ma necessari per evitare lesioni più gravi.

Dunque, la necessità di assicurare una tutela adeguata ad interessi ritenuti particolarmente meritevoli dall'ordinamento, come ad esempio quello alla salute, appare idonea a bilanciare una eventuale lesione permanente, tanto da ritenere ammissibili ipotesi di consenso prestato oltre i confini di disponibilità tracciati dall'art. 5 cod. civ.⁴¹⁵.

Vi sono poi casi non espressamente disciplinati dalla legge che, però, possono essere regolati secondo i criteri che si sono appena descritti e, pertanto, il valore particolarmente elevato dell'interesse per il quale si consente può controbilanciare l'interesse sacrificato dall'azione consentita.

In merito agli altri due parametri dell'ordine pubblico e del buon costume, si rileva che la loro formulazione determina l'incertezza della individuazione dei limiti di disponibilità dell'integrità fisica, in quanto tali criteri attribuiscono all'interprete uno spazio amplissimo di discrezionalità (ai limiti dell'arbitrio) che, negli ordinamenti moderni, caratterizzati da una chiara impronta laicista e pluralista, risultano come sostanzialmente privi di contenuto.

⁴¹⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 269; R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 549.

⁴¹⁵ F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso*, cit., p. 77.

2.2 L'incidenza del consenso con riguardo al trattamento medico-sanitario

Fermo quanto premesso, al fine di cogliere le sfumature applicative relative all'incidenza della disciplina del consenso sulla disponibilità del bene dell'integrità fisica, appare necessario analizzare la sua rilevanza con riguardo al trattamento medico-sanitario⁴¹⁶.

Punto di partenza per qualsiasi riflessione è rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 18 dicembre 2008, n. 2437/2009, c.d. sentenza Giulini.

Invero, in tale decisione, dopo aver accolto la tesi dell'autolegittimazione dell'attività medica *ex art. 32 Cost.*, la Corte evidenzia l'esistenza di limiti allo svolgimento di tale attività che risultano strettamente connessi al consenso del paziente.

Pertanto, dalla lettura di tale decisione emerge la rilevanza riconosciuta al consenso dell'avente diritto, fondata sul riconoscimento costituzionale del diritto di scegliere se e come curarsi, tanto da potersi ritenere che l'autolegittimazione dell'attività medica ha quale suo presupposto il consenso del paziente. Dunque si afferma che, posti sia il divieto di trattamenti sanitari obbligatori («salvo i casi previsti dalla legge») sancito dall'art. 32, co. 2, Cost., sia il diritto alla salute nella sua declinazione di libertà di decidere se e come curarsi, presupposto indefettibile per la liceità del trattamento medico-chirurgico è da rinvenirsi nella libera e consapevole scelta del paziente di sottoporsi al trattamento. In altri termini, anche il consenso del paziente presenta una chiara matrice costituzionale, rinvenibile sia nelle norme che

⁴¹⁶ Cfr: R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale*, cit.; A. PAGLIARO, *Principi*, cit.; R. GAROFOLI, *Compendio superiore di diritto penale*, cit.; L. CARRARO, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Archivio penale* 2021 n. 1; G. M. CALETTI, *Il percorso di penalizzazione dell'errore medico*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 4/2019, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Novità legislativa e giurisprudenziali. Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 200 ss.

vietano i trattamenti sanitari obbligatori sia in quelle che garantiscono la libertà di autodeterminazione del singolo.

Deve, però, evidenziarsi che la c.d. sentenza Giulini ha sollevato dubbi interpretativi circa la possibilità di ritenere configurata una responsabilità colposa per il medico che, nonostante la stretta osservanza delle norme cautelari in materia, ma in assenza di consenso informato del paziente, abbia eseguito un trattamento sanitario avente esito infausto. Si è sin da subito evidenziato, infatti, che la normativa sul consenso non presenta la natura di regola cautelare, ma costituisce una regola giuridica il cui scopo è quello di garantire massima tutela e applicazione del principio di libertà di autodeterminazione. Dunque, le disposizioni in materia di consenso non dovrebbero avere alcuna valenza cautelare. Pertanto, nelle ipotesi descritte, il fatto di reato dovrà ritenersi tipico e antiggiuridico ma non colpevole, in quanto l'evento delittuoso si verifica nonostante l'osservanza delle regole cautelari.

Da quanto espresso sorge l'interrogativo circa l'intenzione delle Sezioni Unite di riconoscere alla vittima la possibilità di modificare, attraverso la concessione o la negazione del consenso, la soglia del c.d. rischio oggettivamente consentito.

In proposito, come già evidenziato, deve rilevarsi che, in via generale, l'ordinamento delimita i confini delle attività socialmente utili ma pericolose (tra le quali rientra a pieno titolo l'attività medica) attraverso la previsione oggettiva di regole cautelari, così individuandone la soglia del c.d. rischio consentito. Così, sempre in via generale, l'evento che si verifichi nonostante l'osservanza delle regole cautelari non è da ritenere punibile perché manifestazione del rischio tollerato dall'ordinamento.

Tuttavia, tale impostazione sembrerebbe scontrarsi con il modello proposto dalle Sezioni Unite, secondo le quali, invero, il rischio consentito potrebbe determinarsi non solo considerando l'elemento normativo-oggettivo, consistente nel rispetto delle regole cautelari, ma anche sulla base dell'elemento soggettivo, coincidente con il consenso della vittima. Pertanto,

quest'ultimo sembrerebbe in grado di incidere sul rischio consentito, di fatto «soggettivizzandolo».

Tanto premesso, deve ulteriormente sottolinearsi che, nel solco tracciato dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si è inserita la previsione legislativa di cui alla L. n. 209/2017, la quale ha attribuito rilevanza centrale al consenso al trattamento medico e, conseguentemente, ha riconosciuto espressamente, in armonia con la giurisprudenza precedente alla sua introduzione, la possibilità per il paziente di rifiutare le cure, anche laddove questo comporti la messa in pericolo della vita stessa.

Con tale innovazione normativa, il Legislatore ha inteso accordare tutela anche al principio di autodeterminazione del paziente nelle scelte riguardanti le proprie cure.

Con specifico riguardo alle caratteristiche che il consenso del paziente deve possedere, appare rilevante l'impostazione adottata dalla giurisprudenza, secondo cui la legittimità dell'attività medico-chirurgica presuppone il consenso del paziente, da intendersi non quale consenso *ex art. 50 cod. pen.*, ma quale presupposto di liceità del trattamento⁴¹⁷. Invero, salvi i casi eccezionali in cui il paziente non sia nelle condizioni di manifestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero laddove si configurino i presupposti dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen., l'operatore sanitario non può intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. Per vero, il contenuto concreto del consenso informato comprende la facoltà non solo di scegliere le cure a cui sottoporsi, ma anche di rifiutare o interrompere consapevolmente le terapie, perfino qualora ciò comporti rischi per la vita del paziente stesso. Si tratta di un espresso riconoscimento del principio di autodeterminazione del paziente con riguardo alle cure e agli interventi sanitari, fondato sugli artt. 13 e 32 Cost., i quali prevedono rispettivamente il

⁴¹⁷ *Ex multis* Cass. Sez. VI, 14 febbraio 2006, in *Dir. e Giust.*, 2006, 20, 80; Cass. Sez. IV, 11 luglio 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 2041; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437; Cass., Sez. IV, 27 novembre 2013, n. 2347.

principio di inviolabilità della libertà personale e il principio di divieto di trattamenti sanitari obbligatori.

2.2.1 Il trattamento medico arbitrario

Ciò posto, dalla impostazione giurisprudenziale e dalla normativa descritte, derivano delle chiare conseguenze applicative che, per comodità espositiva, possono essere analizzate distinguendo le ipotesi in cui il trattamento medico-chirurgico sia svolto arbitrariamente, ossia in assenza sia del consenso sia del dissenso del paziente, e i casi in cui vi sia un dissenso preventivo o attuale del paziente. All'interno delle singole ipotesi, inoltre, è possibile distinguere i casi in cui il trattamento abbia esito fausto da quelli in cui l'esito sia infausto.

In particolare, le ipotesi maggiormente esplorate dalla giurisprudenza riguardano i casi di trattamento medico arbitrario, ossia svolto senza il consenso o il dissenso del paziente. In proposito, la sentenza delle SS.UU. sopra richiamata (n. 2437/2009) ha analizzato l'ipotesi in cui il paziente esprima un consenso a un determinato trattamento medico ma, durante il suo svolgimento, quando lo stesso paziente versa in una condizione di incoscienza determinata dalla sottoposizione all'anestesia subita con il suo consenso, si renda necessario svolgere un trattamento differente, di solito maggiormente invasivo, in assenza di consenso e senza un esplicito dissenso.

Più specificamente, viene ritenuto che, nel caso di esito fausto, non possa ipotizzarsi nessuna conseguenza penale per il sanitario. Invero, si afferma che in queste ipotesi difettano gli elementi di tipicità sia del reato di lesioni personali (che presuppone una malattia per il soggetto che subisce la condotta) sia del reato di violenza privata (in quanto manca la costrizione che, per insegnamento dottrinale e giurisprudenziale, richiede un dissenso attuale alla condotta e non una mera mancanza di consenso acquisito precedentemente al trattamento).

Più specificamente, le Sezioni Unite forniscono una interpretazione del reato di lesioni personali operando una distinzione tra lesione anatomica e malattia, definendo quest'ultima secondo un'ottica funzionale, ossia come «processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo». Pertanto, viene ritenuto che le mere alterazioni anatomiche che non incidano sulla integrità funzionale dell'individuo non sono qualificabili come «malattia».

In altri termini, e conseguentemente, si sostiene che una alterazione anatomica non necessariamente costituisce una malattia, in quanto può ben accadere che una modificazione di tale natura non incida sulla funzionalità dell'organismo.

Pertanto, per le Sezioni Unite del 2009, nel caso in cui l'esito dell'intervento sia fausto, non si produce una malattia, in quanto non può dirsi provocato un peggioramento delle generali condizioni di salute dell'individuo, non essendo sufficiente, per la sua configurazione, l'aver subito una mera lesione anatomica. Dunque, nelle ipotesi appena descritte, non potrebbe ritenersi configurato il reato di lesioni personali, in quanto dal trattamento medico non deriva una alterazione funzionale nel corpo di chi lo ha subito e, conseguentemente, non può ritenersi generata una malattia, elemento necessario per considerare configurata la tipicità del reato di lesioni personali.

Peraltro, nei casi di esito fausto difetterebbe altresì la tipicità del delitto di violenza privata, in quanto, con riguardo al medico che, nei confronti del paziente anestetizzato legittimamente per la realizzazione di un intervento previamente concordato, si discosti da tale intervento e ne pratichi uno differente, al più potrà parlarsi di abuso della sua posizione o di abuso della condizione di incapacità del paziente, ma non potrà ritenersi configurata la costrizione della sua volontà, in quanto difetterebbe il requisito, necessario per la realizzazione della violenza privata, di contrasto tra la volontà del soggetto attivo e la volontà del soggetto passivo.

Diversamente, nei casi di esito infausto del trattamento medico-chirurgico, il sanitario risponde di lesioni personali tutte le volte in cui, anche nel rispetto delle *leges artis*, abbia agito in assenza del valido consenso informato del paziente.

In via generale, nel caso in cui dal trattamento svolto senza il consenso del paziente derivi un esito infausto, sarà possibile considerare procurata una malattia. In tali casi, il problema che è stato analizzato dalla giurisprudenza attiene all'elemento soggettivo sulla base del quale fondare la colpevolezza dell'operatore sanitario. Invero, viene affermato che, generalmente, il medico agisce con una finalità terapeutica che, per la sua stessa natura, è idonea ad escludere la configurabilità del dolo. Dunque, è possibile ritenere configurata una ipotesi di colpa.

La giurisprudenza ha peraltro chiarito che è ipotizzabile una contestazione a titolo di dolo, quantomeno eventuale, nelle ipotesi in cui manchi la finalità terapeutica, ad esempio perché si è agito con finalità sperimentale o si sia realizzato un intervento che risulti così abnorme da non lasciare spazio alla finalità terapeutica, e vi sia un esito infausto.

Le Sezioni Unite analizzano anche la possibilità che in tali ipotesi si configuri la c.d. colpa impropria, consistente nell'erronea supposizione dell'operatività di una causa di giustificazione, in particolare del consenso dell'avente diritto. Questa possibilità può verificarsi le volte in cui il medico agisce nella supposizione erronea che vi sia un consenso o che il consenso prestato sia più ampio di quello che effettivamente è, ovvero quando i limiti di applicabilità della scriminante vengano superati sempre quale conseguenza di un atteggiamento rimproverabile a titolo di colpa (artt. 55 e 59, co. 4, cod. pen.).

Ulteriore ipotesi di reato che potrebbe configurarsi nei casi in esame è quella della violenza privata. Invero, qualora l'operatore sanitario realizzi un trattamento medico senza il consenso del paziente, si genera una lesione della libertà di autodeterminazione di quest'ultimo, il quale, a causa della condizione di impossibilità in cui versa, non può esercitare il proprio diritto

di scelta relativo al se e come curarsi. Sul punto, come già espresso, la sentenza n. 2437/2009 ha evidenziato che il reato di violenza privata richiede, quale suo elemento tipico, la costrizione, fondata su una resistenza attiva da parte di chi subisce tale condotta. Nel caso in cui il medico operi un trattamento sanitario ad un soggetto che versa in una situazione di incapacità, il quale, prima del verificarsi di tale condizione, non aveva prestato apposito consenso, tecnicamente non può parlarsi di «costrizione» in quanto non si adotta un comportamento violento atto a costringere il paziente a subire il trattamento. Per espresso insegnamento giurisprudenziale, la modalità della costrizione deve differenziarsi dall'oggetto della stessa, cosa che non accade nei casi in esame, dove il trattamento medico verrebbe in rilievo sia come oggetto sia come modalità della coercizione. Pertanto, posto che in questi casi la lesione della libertà di autodeterminazione avviene con modalità non tipiche, non può ritenersi configurato il reato di violenza privata *ex art.* 610 cod. pen., residuando le tutele civili e non essendoci una fattispecie penale che si adatti a tali situazioni.

Per comprendere meglio l'*iter* logico seguito dalla suprema Corte, giova richiamare il confronto operato da quest'ultima con i casi di violenza sessuale mediante costrizione, caratterizzate da violenza privata, che si differenziano dai casi di violenza sessuale mediante induzione, dove si approfitta delle mere condizioni di inferiorità fisico-psichica della vittima. Tale distinzione di disciplina non è prevista nella violenza privata e, pertanto, l'approfittarsi delle condizioni di incapacità in cui versa il paziente non rientra tra le modalità di realizzazione tipiche di tale fattispecie di reato.

2.2.2 Il trattamento medico nonostante il dissenso del paziente

La giurisprudenza si è occupata anche del trattamento sanitario effettuato in presenza di dissenso. In particolare, il dissenso alla somministrazione del trattamento medico può presentarsi in tre distinte situazioni.

In primo luogo, può trattarsi di trattamento obbligatoriamente previsto dalla legge. In tal caso, l'intervento sanitario è da ritenersi scriminato *ex art.* 51 cod. pen. in quanto esercizio di attività autorizzata, purché la stessa si svolga entro i limiti fissati dalla legge e dalle regole dell'arte medica.

In secondo luogo, può trattarsi di trattamento necessario al salvataggio della vita del paziente (c.d. situazioni di urgenza terapeutica). Queste ipotesi vengono affrontate in modo differente a seconda che si privilegi un approccio che riconosce preminente importanza alla libertà di autodeterminazione o, diversamente, si adotti una impostazione secondo cui il valore primario è sempre costituito dalla salvaguardia della salute e della vita dell'individuo.

Invero, quest'ultima impostazione, dai caratteri particolarmente rigorosi in quanto fortemente legata al dogma della indisponibilità della vita, ritiene che, anche in queste ipotesi, sul medico graverebbe un obbligo di cure nonostante il rifiuto manifestato dal paziente, giustificato dalla preminente importanza della tutela della salute e dal conseguente obbligo del medico di intervenire in quanto titolare di una posizione di garanzia.

Diversamente, un secondo indirizzo, attualmente prevalente, fondato sul secondo comma dell'art. 32 Cost., attribuisce ampia rilevanza al rifiuto alle cure, tale da incidere anche sull'attività del medico. Pertanto, in presenza di dissenso, il medico potrebbe andare esente da pena, secondo alcuni, attraverso l'applicazione della scriminante dell'adempimento del dovere a fronte della realizzazione, quantomeno astratta, di un reato; secondo altri, invece, col rifiuto alle cure verrebbe meno la posizione di garanzia rivestita dal medico nei confronti del paziente dissenziente. Di conseguenza, l'intervento in spregio della volontà del paziente si dovrebbe considerare penalmente rilevante in quanto integrante la fattispecie di reato della violenza privata di cui all'art. 610 cod. pen.

Infine, una terza tesi, che può definirsi intermedia, pur affermando la liceità penale del comportamento del sanitario che asseconda, rispettandola, la volontà del paziente al rifiuto alle cure, per altro verso sostiene la liceità penale anche della condotta del sanitario che, in situazioni di necessità ed

urgenza terapeutica, interviene contro la volontà espressa dal paziente. Invero, si ritiene che in tali ipotesi, caratterizzate dall'esistenza di un pericolo grave e attuale per la vita o la salute della persona, sventabile esclusivamente con l'intervento sanitario per cui non si è espresso il consenso, il medico che, pur non obbligato, decida di intervenire non andrà incontro a responsabilità penale in applicazione della disciplina della scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.

Infine, ultimo possibile scenario si verifica nei casi di trattamento non obbligatorio né necessario. In tali ipotesi, il medico che agisce nonostante l'esplicito dissenso del paziente lede la libertà di autodeterminazione di quest'ultimo e, pertanto, realizza il reato di violenza privata *ex art. 610 cod. pen.*

2.2.3 L'importanza del momento di manifestazione del rifiuto alle cure: il dissenso preventivo o attuale

Tanto premesso, appare utile evidenziare che assume rilevanza anche il momento in cui viene manifestato il dissenso. Invero, lo stesso può essere preventivo, ossia espresso in un momento antecedente l'insorgenza della necessità terapeutica, o attuale, ossia manifestato al momento della possibile somministrazione del trattamento sanitario.

Con specifico riguardo al dissenso preventivo del paziente, nella realtà concreta quest'ultimo può essere manifestato attraverso diverse modalità.

Invero, il Legislatore, nella citata L. n. 209/2017, ha disciplinato una forma di espressione del dissenso preventivo consistente nelle c.d. disposizioni anticipate di trattamento (DAT). Deve però evidenziarsi che l'ordinamento attribuisce rilevanza anche al dissenso preventivo espresso attraverso modalità differenti da quelle previste per le DAT, purché, comunque, siano idonee a manifestare chiaramente l'opposizione al trattamento medico.

Tuttavia, con riguardo a quest'ultima ipotesi, la maggioranza dei commentatori ritiene più che dubitabile che il dissenso così manifestato possa

produrre un effetto vincolante e preclusivo per l'operatore sanitario, specie nel caso in cui ricorra una esigenza terapeutica salvavita. Invero, potrebbe ritenersi che, proprio in ragione dell'esistenza di strumenti previsti dalla legge (le DAT), che consentono a un soggetto di predisporre in maniera certa un rifiuto a subire determinati trattamenti sanitari, il mero dissenso preventivo, privo di formalità e non manifestato nei modi previsti dalla legge, non imponga al medico di non agire, vincolandolo al suo rispetto.

Pertanto, nel caso di dissenso preventivo non manifestato attraverso le DAT, la tesi ritenuta preferibile è quella per cui il medico che viola tale dissenso non commette reato; anzi, potrebbe ritenersi che lo commetta colui che rispetti tale dissenso, in quanto violativo del dovere dell'operatore sanitario di curare il paziente.

Peraltro, con riguardo alla possibilità di nominare un rappresentante legale a cui affidare un potere di rappresentanza in ambito sanitario, la giurisprudenza ha precisato che tale potere non può essere esercitato in modo arbitrario ma deve essere svolto secondo il criterio del *best interest* del paziente, da intendersi in senso soggettivo in quanto riguardante atti personalissimi del paziente stesso. In altri termini, deve necessariamente ricostruirsi la reale volontà del soggetto divenuto incapace, anche attraverso l'eventuale dissenso informale manifestato prima dell'insorgenza delle esigenze terapeutiche (Cass. civ., I Sez., 16 ottobre 2007, n. 21748, c.d. caso Englaro).

Nonostante tali precisazioni, si ribadisce che l'opinione dominante ritiene che il dissenso preventivo privo di formalità non sia in grado di precludere l'intervento del medico.

Inoltre, l'impostazione descritta trova una implicita conferma nella disciplina riguardante le disposizioni anticipate di trattamento, dove si afferma che, qualora queste difettino, solo un dissenso attuale impedisce al medico di intervenire.

Ciò posto, con specifico riguardo alle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), queste, per poter rilevare, devono possedere determinate

caratteristiche ed essere elaborate in seguito alla ricezione delle necessarie informazioni relative alle conseguenze derivanti dalle scelte in esse manifestate.

Qualora siano espresse, le DAT possono contenere anche l'indicazione di un fiduciario. In assenza di tale previsione, e in caso di necessità, è possibile procedere alla nomina di un amministratore di sostegno.

In via generale, il medico è tenuto al rispetto delle DAT. Tuttavia, la legge 209/2017 prevede la possibilità per quest'ultimo di discostarsene, anche in accordo col fiduciario, laddove appaiano palesemente incongrue, non corrispondano alla condizione clinica attuale di colui che le ha manifestate e siano state sviluppate terapie non esistenti al momento in cui furono elaborate e sottoscritte, capaci di assicurare un miglioramento delle condizioni di salute del paziente. Nel caso di contrasto di opinioni tra il medico e il fiduciario, viene interpellato il giudice tutelare.

Tra i requisiti che consentono al medico di discostarsi dalle DAT, quello della palese incongruità ha dato adito ad un ampio dibattito sulla sua reale portata. Parte dei commentatori ha ritenuto che tale requisito debba essere interpretato insieme agli altri due, cosicché le DAT sarebbero palesemente incongrue qualora siano state dettate per una situazione diversa dalle condizioni cliniche attuali del disponente e quando vi siano nuove terapie, non prevedibili al momento di sottoscrizione delle stesse DAT, capaci di curare la malattia.

La stessa legge del 2017 prevede una ulteriore «clausola di salvezza» per il medico, il quale può non rispettare le disposizioni anticipate di trattamento nel caso in cui esse confliggano con la deontologia professionale, con le buone pratiche clinico-assistenziali o con le norme di legge. Tale previsione contiene in sé il rischio di attenuare drasticamente la portata delle DAT, fermo il necessario e obbligatorio rispetto della volontà espressa all'interruzione delle cure.

Ciò posto, qualora siano state espresse delle DAT, e queste risultino adeguate al caso concreto e vincolanti per il medico, quest'ultimo è tenuto a rispettarle.

Tuttavia, potrebbe ritenersi che, nel caso di mancato rispetto delle stesse, l'operatore sanitario andrà sicuramente incontro a una responsabilità civile volta a risarcire il danno morale-soggettivo procurato. Diversamente, però, non appare esistente una norma capace di fondare una responsabilità penale del medico che non rispetti le DAT. La fattispecie comune che viene in gioco può essere la violenza privata. Tuttavia, così come già evidenziato, il soggetto che subisce il trattamento medico versa in una situazione di incapacità, pertanto si tratterebbe di una ipotesi di abuso di tale situazione (di incapacità fisico-psichica), e non di costrizione.

Potrebbe ipotizzarsi la configurabilità dell'ipotesi di reato della mancata applicazione di provvedimenti del giudice *ex art. 388 cod. pen.* Tuttavia, si ritiene che neanche tale disposizione appare idonea a sanzionare le situazioni descritte in quanto, nel testo della norma, si fa riferimento a provvedimenti del giudice non adattabili alle ipotesi in esame.

Altro scenario possibile è quello che riguarda i casi in cui manchino le DAT o queste vi siano ma sussista un contrasto tra la scelta del rappresentante legale e la condotta tenuta dal medico. Nelle ipotesi in cui il medico non osservi il dissenso espresso e attuale manifestato da un terzo diverso dal paziente, si evidenzia che la condotta dell'operatore sanitario non si attua con violenza o costrizione; pertanto, una tale situazione potrebbe essere equiparata a quelle in cui non vi è un dissenso al trattamento medico e, dunque, non è possibile ritenere configurata una violenza, propria o impropria. Invero, anche in queste ipotesi il medico agisce su un soggetto sottoponendolo a un intervento senza una reale costrizione, in quanto lo stesso paziente versa in uno stato di incapacità. Pertanto, anche il dissenso attuale espresso da un rappresentante è ritenuto superabile in quanto è il paziente a subire il trattamento e non il rappresentante, non realizzandosi dunque una condotta che rientri tra quelle tipiche della violenza privata.

Proprio in ragione delle difficoltà applicative descritte, si sostiene la necessità di un intervento legislativo attraverso cui prevedere una fattispecie *ad hoc* applicabile ai casi *de quibus*, in quanto il reato di violenza privata non appare idoneo a regolarli.

Ciò posto, con riguardo alle diverse ipotesi di dissenso attuale, queste si verificano allorché, a seguito dell'insorgenza della malattia, il paziente o, nel caso in cui egli versi in una situazione di incapacità, un suo rappresentante, manifestino espressamente il rifiuto al trattamento medico. Si ritiene che il medico che somministri un trattamento sanitario ad un soggetto che abbia manifestato il suo dissenso, attuale ed espresso, commette il delitto di violenza privata.

3. La rilevanza del consenso con riguardo al bene della vita

In via preliminare all'approfondimento relativo alla rilevanza del consenso con riguardo al bene della vita, deve evidenziarsi che tale tematica, a fianco di quella già trattata dell'integrità fisica, è stata ritenuta per lungo tempo il campo dove rintracciare la genesi del principio di autodeterminazione.

Invero, con specifico riguardo alla decisione del singolo di porre fine alla sua vita, Dworkin⁴¹⁸ evidenziava la necessità del riconoscimento del diritto di ciascuno di suicidarsi, fondando le proprie affermazioni sul rilievo per cui l'autonomia del soggetto, caratterizzante l'intera esistenza dell'individuo, non deve essere limitata, nella parte finale della vita, dalla struttura medica capace di estenderne la durata. In tale solco, viene sostenuto che imporre coattivamente le cure ad un soggetto che non vuole riceverle e che, conseguentemente, preferisce porre fine alla sua esistenza, si sostanzierebbe nella negazione della libertà personale e, dunque, della sua dignità.

⁴¹⁸ G. DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad.it a cura di S. Maffettone, Milano, 1994.

Tuttavia, deve rilevarsi che sostenere l'evoluzione di tale scelta da aspetto semplicemente incoercibile a diritto soggettivo comporterebbe una rimodulazione dei rapporti tra i soggetti e un ripensamento del rifiuto alla vita, imponendo così ad un terzo il compimento di un atto contrario al mantenimento in vita o alla salute del singolo individuo⁴¹⁹.

Tanto premesso, nel sistema italiano, l'indisponibilità del bene vita viene sostenuta sulla base delle disposizioni di cui agli artt. 579 (omicidio del consenziente) e 580 (istigazione o aiuto al suicidio) del codice penale. Entrambe le disposizioni furono introdotte in un momento storico in cui l'individuo veniva tutelato in quanto essere funzionale alla realizzazione dello Stato e, conseguentemente, la tutela della sua vita era vista in una ottica strumentale all'autorità pubblica. Qualunque apporto alla sua interruzione andava, pertanto, sanzionato penalmente.

Appare evidente il contrasto tra la lettura descritta e l'impostazione adottata dall'ordinamento a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, dove si affermò un modello che pone al centro del sistema l'individuo e non lo Stato. Così, una rilettura costituzionalmente orientata degli articoli in commento induce ad individuare la *ratio* della non criminalizzazione delle condotte suicide nel rispetto del diritto di autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria vita. Da quanto espresso emerge la necessità di adottare una lettura personalistica dell'indisponibilità della vita, da cui discende che il singolo individuo può disporre *manu propria* della sua vita (e, pertanto, sono lecite le condotte di suicidio o di rifiutare le cure salvavita) ma non può disporre *manu alius*, in quanto tali condotte sarebbero da considerare sicuramente illecite.

Tuttavia, parte della dottrina ha evidenziato che una tale lettura mette in luce la possibile contraddizione tra la non criminalizzazione delle condotte

⁴¹⁹ M. RONCO, Autoresponsabilità e autodeterminazione, cit., p. 263.

suicide e la punibilità di condotte utili ad agevolare il suicidio altrui, da alcuni ritenute costituzionalmente illegittime⁴²⁰.

Ciò posto, anche con riguardo al bene vita deve operarsi un bilanciamento tra interessi, in particolare tra il diritto di autodeterminarsi in relazione alla propria vita e i diritti degli altri consociati intaccati da tale decisione libera di morire, aventi un rango analogo o superiore. Deve trattarsi di un bilanciamento in concreto, «che porti ad una differenziazione delle situazioni e, dunque, a rifiutare soluzioni uguali per realtà diverse»⁴²¹.

Tanto premesso, nell'ordinamento italiano il tema della responsabilità penale nelle scelte di fine vita⁴²² ha conosciuto una rilevante evoluzione in

⁴²⁰ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 239; cfr. S. TORDINI CAGLI, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, Bologna, 2001; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, vol. I, p. 74 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1995, p. 677 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *L'indice penale*, 2000, Vol. 3, fasc. 2, p. 477 ss.

⁴²¹ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 240.

⁴²² Sul tema in generale si veda: A. PAGLIARO, *Principi*, cit. p. 472 ss.; CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Riv. It.*, 2018, p. 55 s.; CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Criminalia*, 2017, p. 275 s.; C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, cit.; S. Tordini Cagli, *Il principio di autodeterminazione*, cit.; C. HILLGRUBER, *Schutz des Menschen*, cit., p. 139 ss.; U. MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers*, p. 215 ss.; AMATO G., *Biotestamento: il consenso informato influenza il reato*, in *Guida al diritto*, 2018, IX, 14; DONINI M., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2017; DE MARZO G., *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro.it*, 2018, III, Sez. V, 137; COLELLA A., *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2011. CASONATO C., *A proposito del ddl sul testamento biologico. Una legge più realistica del re*, in www.rivistailmulino.it, 21 aprile 2017. BIN R., *Cappato, il Governo, la Corte costituzionale e le false notizie*, in la costituzione.info.it, 4 aprile 2018. ANDRONIO A., *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella CEDU e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Merito*, 2011, II, 300. CUPELLI C., *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Riv. it. dir. e proc.* 2008, I, 437. FEINBERG J., *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto a morire*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, spec. 157 ss. GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 74 ss. VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e*

conseguenza di rilevanti casi giurisprudenziali. Tra questi, particolare importanza ha assunto la vicenda relativa al c.d. caso Welby⁴²³, a seguito della

“attivismo giudiziale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, 1594 ss. MANTOVANI F., *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, nota a Tribunale Vicenza, 2 marzo 2016, in *La giustizia penale*, I, Parte II, 31. FIMIANI P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, in www.penalecontemporaneo.it. CUPELLI C., *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it. PARODI M., *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in materia di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2013. PARUZZO F., *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte Costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 16 aprile 2018. FIANDACA G., *il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro.it*, 2009, part. V, 227. PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it. OMODEI R. E., *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 cod. pen.*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 10/2017, p. 143 ss. MASSARO A., *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in www.penalecontemporaneo.it. RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 254. FORCONI M., *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen.*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 2/2018, 182 ss. SI vedano anche le seguenti decisioni giurisprudenziali: Cass. pen., Sez. I, n. 3147/1998. Cass. pen., Sez. I, n. 33244/2013 Corte EDU, sez. II, 14 maggio 2013, ric. N. 67810/2010, *Gross c. Svizzera*, in hudoc.echr.coe.int. Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002, ric. N. 2346/02, *Pretty v. Regno Unito*, in hudoc.echr.coe.int. Corte EDU, sez. I, 20 gennaio 2011, ric. N. 31322/07, *Haas c. Svizzera*, in hudoc.echr.coe.int, §§ 55 e 58; Tribunale di Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308, con nota di SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*.

⁴²³ In particolare, il Tribunale di Roma che si è pronunciato sul ricorso presentato dal Welby al fine di vedersi riconosciuto il diritto al rifiuto delle cure, ha evidenziato che «il principio dell'autodeterminazione del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute; esso permette alla persona, in un'epoca in cui le continue conquiste novità scientifica nel campo della medicina consentono di prolungare artificialmente la vita, lasciando completamente nelle mani dei medici la decisione di come e quando effettuare artificialmente tale prolungamento, con sempre nuove tecnologie, di decidere autonomamente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se e a quali cure sottoporsi». Inoltre, dopo aver evidenziato gli addentellati normativi sovranazionali dove trova appiglio il principio di autodeterminazione, tanto da potersi ritenere ormai positivamente acquisito, la medesima Corte continua ritenendo che sia necessario superare «l'impostazione formale della generale doverosità giuridica del mantenimento in vita del paziente e di leale ripensamento delle categorie distintive fra comportamenti passivi e comportamenti attivi del medico, in particolare valorizzando l'essenza ed il rispetto della dignità umana, la qualità della vita e facendo ricorso ai concetti di utilità o inutilità del

quale è stata ritenuta superata la problematica relativa alla natura attiva o passiva riguardante l'interruzione delle cure salvavita.

Invero, sul tema si è soliti distinguere tra le ipotesi di eutanasia attiva, dove la morte è causata da una condotta positiva del medico che rappresenta la causa della morte stessa, e i casi di eutanasia passiva, dove la morte giunge quale evoluzione della malattia, il cui decorso naturale non viene inciso dalla condotta dell'uomo. Conseguentemente, l'eutanasia passiva verificatasi in presenza di consenso del malato terminale viene considerata lecita, sia sotto il profilo morale che giuridico. Per alcuni essa non sarebbe da considerare una vera e propria ipotesi di eutanasia, sostanziandosi nell'obbligo per il medico di interrompere le cure nel caso in cui ciò corrisponda alla volontà manifestata dal paziente terminale. Si tratterebbe dell'esercizio del rifiuto alle cure sancito dagli artt. 32 e 13 della Costituzione.

Diversamente, l'eutanasia attiva sarebbe da considerare illecita in quanto consistente in una condotta omicida, lesiva del diritto alla vita che, dal punto di vista giuridico, è da ritenere assolutamente indisponibile.

Ciò posto, occorre analizzare le ipotesi in cui il rifiuto alle cure descritto nei paragrafi precedenti riguardi trattamenti sanitari indispensabili per la sopravvivenza dell'individuo. Le riflessioni su tale argomento sono altresì

trattamento medico, di incurabilità della malattia, di insostenibilità della sofferenza e di condizioni degradanti per l'essere umano»; Il GUP del Tribunale di Roma, nel provvedimento n. 2049/2017 di assoluzione del medico che ha materialmente interrotto le cure dirette al Welby, ha affermato «il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'articolo due della carta costituzionale e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminazione riconosciuta all'individuo all'articolo 13 della medesima carta; la volontà consapevole dell'individuo deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita; il diritto all'autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria; nella gerarchia costituzionale dei diritti non soccombe rispetto al diritto alla vita, anche la difesa approntata dall'ordinamento all'invulnerabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metterla a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi dello stesso titolare del bene protetto»; S. Tordini Cagli, Il principio di autodeterminazione, cit., p. 260 e ss.

rese necessarie dalla circostanza per cui l'interruzione delle cure può essere ricondotta al problema del rispetto della dignità umana «come rifiuto di strumentalizzare l'individuo e la sua libertà per scopi che lo trascendono»⁴²⁴.

In via preliminare deve affermarsi che il diritto a rifiutare trattamenti sanitari, anche laddove questi siano necessari per il mantenimento in vita del soggetto, trova il suo ancoraggio non solo nell'art. 32 della Costituzione ma in numerose fonti internazionali, tra le quali si richiama la Convenzione di Oviedo del 1997.

A livello nazionale, il Legislatore si è occupato espressamente del rifiuto alle cure nella L. n. 209/2017, dove ha previsto una apposita procedura che il personale sanitario, in particolare il medico, deve seguire.

Più specificamente, all'art. 1, co. 5, L. 209/2017 si prevede espressamente che il medico, di fronte alla manifestazione di volontà del paziente di rifiutare o interrompere trattamenti sanitari necessari per la sua sopravvivenza, deve descrivere al paziente stesso le conseguenze derivanti da una tale scelta e, dietro suo consenso, deve informarne anche i familiari, prospettando l'esecuzione di trattamenti alternativi a quelli proposti e promuovendo altresì qualsiasi azione di sostegno, anche psicologico, al paziente medesimo. Si precisa che la disposizione in commento prevede la perdurante possibilità per il paziente di manifestare in qualsiasi momento una volontà diversa da quella precedentemente espressa.

Nello stesso testo normativo viene, inoltre, precisato che il personale sanitario è tenuto al rispetto della volontà, espressa liberamente e coscientiosamente dal paziente, di rifiutare o rinunciare al trattamento medico, prevedendo una espressa esenzione da qualsiasi addebito di responsabilità (art. 1, co. 6, L. 209/2017).

Tanto premesso, deve evidenziarsi che la L. n. 209/2017, pur contemplando l'esaminata ipotesi in cui il paziente decida di lasciarsi

⁴²⁴ S. TORDINI CAGLI, *Il principio di autodeterminazione*, cit., p. 265; F. VIGANÒ, *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace»? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 8.

consapevolmente morire, nulla dice con riguardo ai casi in cui tale soggetto richieda un aiuto al suicidio, rimasto incriminato a prescindere dalle situazioni concrete che possono prospettarsi.

In altri termini, l'ordinamento attuale riconosce solo il «diritto-mezzo» di non curarsi, consistente in una modalità idonea a raggiungere lo scopo letale. Diversamente, non si riconosce l'esistenza di un «diritto-fine» di morire.

In dottrina e giurisprudenza si è evidenziato che tale mancato riconoscimento è idoneo a generare una disparità di trattamento tra quei soggetti che, interrompendo le cure, a causa delle caratteristiche delle loro patologie, andrebbero incontro a una morte rapida e dignitosa, e quei soggetti che, invece, pur essendo affetti da gravi patologie, con l'interruzione dei trattamenti sanitari andrebbero incontro, prima di giungere alla morte, a sofferenze fisiche e psichiche di tale intensità da non comportare una morte dignitosa.

In altri termini, viene evidenziato che l'applicazione rigorosa, senza eccezioni, della normativa relativa al divieto di aiuto al suicidio (o dell'omicidio del consenziente) avrebbe quale suo effetto la costrizione del paziente a subire un processo letale più lento e sofferto, probabilmente non adeguato alla sua personale idea di morte dignitosa e caratterizzato da particolari sofferenze emotive per le persone a lui vicine.

Sulla base di tali considerazioni, in un'ottica di valorizzazione dei principi della centralità della persona e della sua dignità, gli interpreti si sono interrogati sulla possibilità di riconoscere un diritto a morire con dignità come «diritto-fine», non solo quale risultato indiretto derivante dall'esercizio di un altro e diverso diritto di rifiutare le cure.

Ciò posto, il tema della responsabilità penale nelle scelte di fine vita è stato oggetto di un'ampia riflessione in conseguenza di fatti di cronaca che lo hanno posto nuovamente al centro del dibattito pubblico. Invero, il c.d. caso Cappato-Antoniani (in cui il soggetto interessato a porre fine alla propria vita, dopo aver scartato volontariamente e coscientemente la possibilità di raggiungere tale scopo mediante la mera interruzione delle cure, in quanto

tale opzione avrebbe comportato per lui una fine non in linea con la propria idea di morte dignitosa e, per i suoi cari, momenti di particolare sofferenza emotiva, chiedeva e otteneva un aiuto concreto per raggiungere la sede estera dove praticare materialmente l'eutanasia) ha generato la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale riguardante le disposizioni dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione al suicidio.

Il Giudice delle Leggi ha respinto⁴²⁵ integralmente la questione principale avanzata dai giudici di merito, avente lo scopo di rendere penalmente irrilevante l'agevolazione all'altrui suicidio che non abbia inciso sulla decisione della vittima, prescindendo da qualsiasi riferimento alle condizioni personali che hanno determinato la decisione suicida. A parere dell'autorevole Collegio, l'adozione di una impostazione diversa avrebbe comportato, in concreto, l'espansione del campo di applicazione del reato di istigazione al suicidio, ricomprendendovi anche le condotte proprie del reato di aiuto al suicidio.

Più specificamente, i Giudici costituzionali affermano la perdurante attualità delle incriminazioni dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio, ritenute funzionali alla tutela del diritto alla vita, soprattutto con riguardo ai soggetti dell'ordinamento maggiormente deboli o vulnerabili che potrebbero essere più facilmente indotti, proprio a causa della loro condizione, a scelte estreme e irreversibili. Pertanto, la previsione di fattispecie in commento rappresenta, anche nell'attualità, un argine volto ad assicurare la giusta tutela delle persone che versano in condizioni di difficoltà e patiscono gravi sofferenze.

Peraltro, la medesima Corte evidenzia che le incriminazioni di aiuto al suicidio non si pongono in contrasto con il diritto di ciascuno al rispetto della propria vita privata *ex art. 8 della CEDU*. Sul punto, giova evidenziare la decisione della Corte EDU in cui si afferma che, tra le componenti del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione EDU, è possibile ricomprendere il diritto di ciascun individuo a scegliere come e in quale

⁴²⁵ Corte cost., Ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019.

momento porre fine alla propria esistenza, purché si tratti di soggetto capace di adottare una decisione libera e consapevole e di agire in conformità ad essa. La stessa Corte EDU, tuttavia, evidenzia come sia ammissibile che l'autorità pubblica incida sull'esercizio di tale diritto, purché i casi e le modalità di tale incisione siano previste dalla legge e si tratti di interferenze necessarie per la salvaguardia di diritti e interessi fondamentali per una società democratica, come «la protezione dei diritti e delle libertà altrui»⁴²⁶. Con riferimento ai casi oggetto di approfondimento, la ragione atta a giustificare una limitazione del diritto dell'individuo di decidere come e quando morire è stata rinvenuta proprio nella necessità di assicurare adeguata protezione a soggetti deboli e vulnerabili.

Ferme tali premesse, la Corte costituzionale, nello sviluppo delle motivazioni poste a fondamento della propria decisione, evidenzia che, seppur non possa riconoscersi un generale diritto di ciascuno di decidere se e come morire, una applicazione eccessivamente rigorosa del divieto di aiuto al suicidio appare idonea a realizzare, in concreto, una violazione dei principi costituzionali posti a tutela della persona e della sua dignità.

Si fa riferimento alle ipotesi in cui il soggetto che beneficia di una agevolazione sia una persona affetta da una patologia irreversibile e fonte di sofferenze psichiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli. La non punibilità risulta condizionata dal rispetto delle modalità previste per il consenso informato, per le cure palliative e per la sedazione profonda continua e anche dal necessario espletamento di una verifica sulle condizioni richieste e sulle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente⁴²⁷.

⁴²⁶ Corte EDU, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*.

⁴²⁷ Corte cost. ord. 16 novembre 2018, n. 207; Corte cost., 24 settembre – 22 novembre 2019, n. 242.

Tale impostazione risulta in armonia coi principi di ragionevolezza ed eguaglianza che governano l'ordinamento costituzionale. Infatti, così come viene riconosciuto a un soggetto di rifiutare le cure necessarie per rimanere in vita, ponendo fine alla propria esistenza, deve essere riconosciuta altresì la medesima possibilità anche a quei soggetti che, per raggiungere lo stesso fine, necessitano della collaborazione attiva, quantomeno sotto il profilo naturalistico, di soggetti terzi (come nel caso di spegnimento di un macchinario salva vita o il distacco dallo stesso). Invero, si sottolinea che, diversamente opinando, il valore primario riconosciuto al bene della vita diverrebbe, di fatto, un ostacolo, tutelato mediante una sanzione penale, alla possibilità per il malato di beneficiare di un aiuto idoneo ad evitargli di subire un percorso mortale più lento, particolarmente doloroso e contrario alla propria idea di morte dignitosa.

Pertanto, entro le coordinate tracciate dalla Corte costituzionale, deve ritenersi che il divieto assoluto di aiuto al suicidio finirebbe per comprimere la libertà di autodeterminazione del malato circa le terapie e i trattamenti sanitari da ricevere, di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

In altri termini, rigorosamente nei casi in cui si verificano le condizioni sopra individuate, il divieto assoluto di aiuto al suicidio si sostanzierebbe in una limitazione della libertà di autodeterminazione del malato con riguardo alle scelte delle terapie da subire, imponendogli in concreto una sola modalità di interruzione della propria esistenza, senza tenere conto della rilevanza di altri valori della persona e ledendo, così, i principi della dignità umana, di ragionevolezza e di eguaglianza.

Infine, la Corte, in un'ottica *de jure condendo*, evidenzia la necessità che il tema *de quo* sia affrontato dall'Organo legislativo al fine di introdurre una disciplina chiara finalizzata a evitare possibili abusi e a tutelare la posizione dell'operatore sanitario.

Invero, qualora il medico aiuti il paziente a morire, egli realizza una condotta attiva, non potendosi pertanto riproporre l'argomentazione relativa alla causalità omissiva che connota le ipotesi di mera interruzione delle cure.

Dunque, in questi casi, le ipotesi di reato astrattamente configurabili sarebbero o l'aiuto al suicidio, qualora l'atto finale sia compiuto dal malato terminale, o l'omicidio del consenziente, se la morte è causata direttamente da un'azione del medico.

Sul punto, i Giudici costituzionali suggeriscono di non modificare l'impianto dell'art. 580 cod. pen., ritenendo maggiormente efficace l'inserimento, nella L. n. 219/2017, di una apposita norma che escluda, in presenza di determinati presupposti, la responsabilità penale (e civile) del medico che asseconi la richiesta di aiuto proveniente dal paziente allo scopo di interrompere la propria esistenza in modo ritenuto dignitoso. Si tratterebbe di una speciale causa di giustificazione (una particolare specie di adempimento del dovere) capace di scriminare, sempre in presenza di determinati presupposti, sia l'aiuto al suicidio sia l'omicidio del consenziente.

Conclusioni

Fermo quanto sin qui espresso, può concludersi affermando che i principi di autodeterminazione e di autoresponsabilità sono capaci di incidere sulla configurazione della responsabilità penale.

Invero, come visto, essi trovano la loro origine nel diritto romano, affermandosi definitivamente durante l'Illuminismo, quando si è riconosciuta massima rilevanza alla libertà del singolo individuo.

I principi in commento hanno conosciuto una ulteriore valorizzazione in conseguenza dello sviluppo della c.d. vittimologia, la quale ha posto al centro delle valutazioni penalistiche, accanto all'azione del soggetto attivo del reato, anche il comportamento della vittima e la sua incidenza nella dinamica criminale.

Così, ad oggi può ritenersi che il riconoscimento dei principi di autodeterminazione e di autoresponsabilità costituisca elemento essenziale degli ordinamenti penali moderni, dove appare necessario tenere conto, ai fini dell'attribuzione di responsabilità, non solo del comportamento del soggetto agente, ma anche dell'incidenza del comportamento della vittima sulla realizzazione del fatto, al fine di evitare forme di responsabilità che, in violazione del carattere di *extrema ratio* dell'intervento penale, risulterebbero eccessivamente severe.

Per vero, posta l'intima connessione esistente con l'esercizio della libertà riconosciuta a ciascuno di agire come meglio ritiene, la reale ampiezza dei principi in commento costituisce elemento attraverso cui poter valutare lo stato di salute di un ordinamento liberal-democratico, dove al singolo devono essere riconosciuti i più ampi spazi di autonomia possibili.

Tuttavia, non può non rilevarsi la necessità di individuare alcune limitazioni a tale riconoscimento, in un'ottica riconducibile al paternalismo tutorio ed espressione del principio solidaristico che permea gli ordinamenti costituzionali più avanzati. Invero, i sistemi giuridici moderni, a fianco del

riconoscimento della libertà di agire, devono perseguire l'obiettivo di salvaguardare la posizione dei gruppi sociali più deboli o vulnerabili. Ciò può accadere, per un verso, non attribuendo validità al consenso da loro espresso, in quanto frutto di una volontà viziata dalle precarie condizioni sociali, di salute o economiche; per altro verso, vietando le azioni individuali capaci di produrre effetti negativi sulla posizione di terzi, sempre secondo la celebre formula per cui la libertà del singolo finisce dove inizia la libertà altrui.

Ciò posto, con riguardo specifico all'ordinamento italiano, si è visto come i due principi siano stati applicati in modo particolarmente rigoroso dalla giurisprudenza nazionale, tanto da indurre gli interpreti a sviluppare diverse teorie al fine di riconoscerne la validità e valorizzarne l'applicazione. Tutte le strade teoriche descritte nel presente lavoro vengono ritenute utili a creare le condizioni per un generale ed effettivo riconoscimento dei due principi in commento.

Può dirsi che ad oggi la loro operatività è fuor di dubbio, rimanendo però incerte le loro latitudini applicative. Invero, queste risultano fortemente condizionate dal periodo storico in cui si fa applicazione di tali principi e dal sistema di valori vigente.

Proprio per far fronte a tali incertezze, una via percorribile potrebbe consistere nell'individuare gli strumenti utili per la perimetrazione dei confini di rilevanza dell'autodeterminazione e dell'autoresponsabilità.

Una delle modalità per il raggiungimento di tale obiettivo potrebbe consistere nella necessaria valorizzazione delle caratteristiche individuali, tanto da suggerire una risposta penalistica graduata, secondo la logica del più e del meno. In tal modo, oltre l'accertamento relativo agli aspetti oggettivi del fatto, risulterebbe necessario indagare sulla posizione della vittima, in particolare sulle caratteristiche della sua autodeterminazione, sul suo rapporto con il bene leso e sul controinteresse che si intende salvaguardare.

Ulteriore strumento che potrebbe assicurare una maggiore applicazione dei principi in commento si ritiene essere quello del consenso dell'avente diritto. Invero, fermo il generale riconoscimento della validità del consenso *ex art. 50*

cod. pen., una delle vie percorribili potrebbe consistere nell'introduzione di specifiche disposizioni normative volte a precisare quando lo stesso consenso non possa ritenersi valido e produttivo di effetti, in ragione della tutela di interessi superindividuali che giustificano la compressione della libertà di agire del singolo individuo. Dunque, si adotterebbe una concezione strettamente penalistica di disponibilità, secondo cui l'atto di disposizione è legittimo allorché sia funzionale alla tutela di un controinteresse dotato di eguale o superiore rilievo, in armonia con la centralità assunta dall'individuo all'interno della società.

Ciò è quello che si è proposto con riguardo ai casi di intervento del medico che si discosti dalle disposizioni anticipate di trattamento espresse dal paziente o dal suo rappresentante, laddove una normativa specifica potrebbe salvaguardare l'interesse di quest'ultimo al rispetto del consenso al trattamento lesivo della sua integrità fisica, espresso prima di trovarsi nello stato di incapacità.

Ulteriore intervento sarebbe auspicabile con riguardo alle ipotesi di eutanasia, laddove si ritiene necessario, così come prospettato dalla Corte costituzionale, introdurre una specifica causa di giustificazione per colui che agevoli o determini la morte del paziente affetto da gravi patologie irreversibili che, senza tale ausilio, andrebbe incontro a una morte per lui non dignitosa. Tali interventi sarebbero volti ad assicurare il rispetto della volontà del paziente e, conseguentemente, il rispetto della sua autodeterminazione.

In via più generale, l'attualità delle questioni trattate emerge anche in ragione del crescente svolgimento di attività che, nonostante la loro intrinseca pericolosità, risultano particolarmente importanti per lo sviluppo e l'efficienza delle attuali società, essendo rilevante, con riguardo a queste, determinare i confini delle condotte autodeterminate e autoresponsabili.

Invero, oltre alla tematica del trattamento sanitario e del fine vita, i principi in commento rilevano anche in diverse differenti attività, come, tra le altre, quelle riguardanti la circolazione stradale, l'attività sportiva, l'infortunistica lavorativa.

Bibliografia

ALBEGGIANI Ferdinando, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995.

ALTAVILLA Enrico, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. It.*, IV, Torino, 1960, p. 115 ss.

AMATO Giuseppe, *Biotestamento: il consenso informato influenza il reato*, in *Guida al diritto*, 2018, IX, p. 14 ss.

AMBROSETTI Enrico Maria, *Considerazioni introduttive alla sessione dedicata alla «autoresponsabilità nella sua applicazione concreta»*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 157 ss.

ANDRONIO Alessandro, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella CEDU e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Merito*, 2011, II, p. 300 ss.

ANGIONI Francesco, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1984.

ANTOLISEI Francesco, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960.

ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 10° ed., Milano, 1991.

BALDASSARRE Antonio, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

BASILE Fabio, *La colpa in attività illecite. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005.

BATTAGLINI Giulio, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1949.

BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Ristampa Torino, 1994.

BERLIN Isaiah, *Due concetti di libertà* (1958), in Id., *Libertà* (2002), a cura di H. Hardy, trad. it. Di G. Rigamonti e M. Santambrogio, Milano, 2010, p. 169 ss.

BETTI Emilio, *Diritto Romano. Parte Generale*, Padova, 1935.

BETTI Emilio, *Istituzioni di Diritto Romano*, Padova, 1935.

BGH, 28 ottobre 1982.

BGHSt 32, 264: Heroinspritzfall (BGH 14.02.1984 – 1 StR 808/83).

BIN Roberto, *Cappato, il Governo, la Corte costituzionale e le false notizie*, in *lacostituzione.info.it*, 4 aprile 2018.

BINDING Karl, *Die Normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, I, 3. Aufl., Leipzig, 1916, ristampa del 1991.

BLAIOTTA Rocco, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.

BRICOLA Franco, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano, 1997, p. 94 ss.

BRICOLA Franco, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Bollettino dell'Ist. Di dir. e proc. penale dell'Università di Pavia*, 1960-1961, p. 89 ss.

BRICOLA Franco, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. Dir. pen.*, Univ. di Pavia, Anno Acc. 1960-61, p. 89 ss.

BRICOLA Franco, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitalia*, Milano, 1984.

BRICOLA Franco, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997.

BURGSTALLER Manfred, SCHUTZ Hannes, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (WK2)*, § 6, Wien, 2017, num. a margine 38.

Bverf.GE, 59, 275.

CADOPPI Alberto, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, Giappichelli, 2008, p. 93 ss.

CADOPPI Alberto, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, 2011, p. 223 ss.

CALETTI Gian Marco, *Il percorso di penalizzazione dell'errore medico*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 4/2019, p. 1 ss.

CANCIO MELIÀ Manuel, *Conducta de la victima e imputaciòn objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ambitos de responsabilidad de victima y autor en actividades arriesgadas*, II Ed., Barcellona, 2001.

CANESTRARI Stefano, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*; Seconda Edizione, Torino, 2014.

CANESTRARI Stefano, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali ed opposizioni ideologiche*, in *Nuove esigenze di tutela*

nell'ambito dei reati contro la persona, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna, 2001, p. 11 ss.

CARRARA Francesco, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, I, Lucca, 1896.

CARRARO Luca, *Il problema, antico ma sempre attuale, della responsabilità penale del medico*, in *Archivio penale* 2021 n. 1

CASONATO Carlo, *A proposito del DDL sul testamento biologico. Una legge più realistica del re*, in www.rivistailmulino.it, 21 aprile 2017.

CASTALDO Andrea R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo di evento*, Napoli, 1989.

CEREZO MIR Josè, *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, in *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaje a Rodriguez Devesa*, Madrid, 1989.

CIVELLO Gabriele, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato: contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017.

COLELLA Angela, *La Corte EDU si interroga sulla possibilità che dall'art. 8 CEDU discenda il diritto ad un suicidio dignitoso*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2011.

CONTENTO Gaetano, *Corso di diritto penale*, Bari, 1993.

CONTIERI Enrico, *L'attenuante del contributo causale della condotta dolosa dell'offeso dal reato*, in *Foro pen.*, 1963, p. 221 ss.

COPPA ZUCCARI Pasquale, *La compensazione delle colpe*, Modena, 1909.

CORNACCHIA Luigi, *Autoresponsabilità e imputazione*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 99 ss.

CORNACCHIA Luigi, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004

CORNACCHIA Luigi, *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012.

CORRERA Michele, RIPONTI Danilo, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990.

Corte costituzionale, ordinanza n. 207/2018.

Corte costituzionale, sentenza n. 242/2019.

Corte Costituzionale, sentenza n. 58/2018.

Corte Costituzionale, sentenza n. 85/2013.

Corte di Assise, Tribunale di Milano, ord. 14 febbraio 2018, n.3.

Corte di Cassazione, 18 dicembre 1991, in Cass. pen., 1993, 1700.

Corte di Cassazione, Sez. I Penale, n. 3147/1998.

Corte di Cassazione, Sez. I Penale, n. 33244/2013.

Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, 11 luglio 2001.

Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, 17 giugno 2014, (dep. 15 ottobre 2014), n. 43168.

Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, 2 dicembre 2008, n. 1786.

- Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, 27 novembre 2013, n. 2347.
- Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, n. 25310/2004
- Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, n. 42496 del 23.09.2009.
- Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, n. 4793 del 06.12.1990.
- Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 dicembre 2008-21 gennaio 2009, n. 2437.
- Corte di Cassazione, Sez. Un., 22.01.2009 n. 22676, RV. 243381.
- Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 aprile 2014 n. 38343.
- Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 38343 del 24.04.2014.
- Corte di Cassazione, Sez. VI Penale, 14 febbraio 2006, in *Dir. e Giust.*, 2006.
- Corte EDU, sez. I, 20 gennaio 2011, ric. N. 31322/07, *Haas c. Svizzera*, in *hudoc.echr.coe.int.*, §§ 55 e 58.
- Corte EDU, sez. II, 14 maggio 2013, ric. N. 67810/2010, *Gross c. Svizzera*, in *hudoc.echr.coe.int.*
- Corte EDU, sez. IV, 29 aprile 2002, ric. N. 2346/02, *Pretty v. Regno Unito*, in *hdoc.echr.coe.int.*
- COSENTINO Fabrizio, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Il Foro italiano*, Quadrimestre, 1993.
- CUPELLI Carlo, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare)*, in *Riv. it. dir. e proc.* 2008, I, p. 437 ss.

CUPELLI Carlo, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it.

CUPELLI Cristiano, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Novità legislativa e giurisprudenziali. Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, p. 200 ss.

D'ALESSIO Raffaele, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari»*, in *Dir. e soc.*, 1981, p. 534 ss.

DE MARZO Giuseppe, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro.it*, 2018, III, Sez. V, p. 137 ss.

DEL TUFO Valeria, *Profili critici della vittimo-dommatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, 1990.

DELOGU Pietro, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936.

DERKSEN Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin 1992.

DI BENEDETTO Severino, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.

DI GIOVINE Ombretta, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

DI GIOVINE Ombretta, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 115 ss.

DI GIOVINE Ombretta, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 115 ss.

DI PRISCO Nicola, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973

DONINI Massimo, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Stile/Manacorda/Mongillo, Napoli, 2015, p. 213 ss.

DONINI Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

DONINI Massimo, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2017.

DONINI Massimo, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, Parte II, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1989.

Donini Massimo, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza penale*, in *Foro.it*, 2001, V, p. 29 ss.

DOVERE Salvatore, *L'autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 177 ss.

DWORKIN Gerald, *Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und personliche Freiheit*, Reinbek b., Hamburg, 1994.

DWORKIN Gerald, *Paternalism*, in *Morality and the Law*, Belmont, 1971.

DWORKIN Gerald, *Paternalism*, The Monist, Vol. 65, 1972.

DWORKIN Ronald, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad.it a cura di S. Maffettone, Milano, 1994.

EIDENMULLER Horst, *Liberaler paternalismus*, JZ 17/2011, p. 814 ss.

ESCUADERO GARCÍA CALDERÓN Beatriz, *El consentimiento en derecho penal*, Valencia, 2014.

ESER Albin, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1997, p. 1079 ss.

FARALDO CABANA Patricia, «Solo sí es sí»: *hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, in *Reformas penales en la península ibérica: A "jangada de pedra"?*, a cura di María Acale Sánchez, Ana Isabel Miranda, Adán Nieto Martín, 2021, p. 265 ss.

FEINBERG Joel, *The moral limits of criminal law*, Oxford, 1986.

FEINBERG Joel, *Trascurare deliberatamente il merito del singolo caso: un approccio sbagliato al diritto a morire*, in *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, a cura di Stortoni, Trento, 1992, spec. 157 ss.

FIANDACA Giovanni, *il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro.it*, 2009, part. V, p. 227 ss.

FIANDACA Giovanni, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA Giovanni, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991.

FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, VI Ed., Bologna, 2010-

FIANDACA Giovanni, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, nota a Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, 21 dicembre 2012 (dep. 15 ottobre 2014), Lovison, n. 49821, in *Foro.it*, 2013, pt. II, cc. 350 ss.,

FIANDACA Giovanni, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010.

FIMIANI Pasquale, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita*, in www.penalecontemporaneo.it.

FIRSCH Peter, *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzen*, Berlin, 1973.

FORCONI Matilde, *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen.*, in www.penalecontemporaneo.it, fasc. 2/2018, 182 ss.

FORTI Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

FORTI Gabrio, *L'immane concretezza*, Milano, 2000.

GALLISAI PILO Maria Giuseppina, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, p. 71 ss.

GALLO Marcello, voce *Colpa penale* (dir. vig.), *ivi*, Vol. VII, 1960, p. 642.

GARAPON Antoine, SALAS Denis, *La Repubblica penale*, Macerata, 1997.

GAROFOLI Roberto, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, V Edizione 2017-2018, Molfetta (BA), 2017.

GAROFOLI Roberto, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Molfetta (BA), 2023.

GARZÒN VALDÈS Ernesto, *Es eticamente justificable el Paternalismo juridico?*, in *Doxa* 5 (1988).

GATTI Uberto, MARUGO Maria Ida, *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Tutela della vittima e mediazione penale*, a cura di G. Ponti, Milano, 1995.

GEERDS Friedrich, *Einwilligung und Eiverständnis des Verletzen im Strafrecht*, "GA", 1954.

GIOVAGNOLI Roberto, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Torino, 2019.

GIUNTA Fausto, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, vol. I, p. 74 ss.

GIUNTA Fausto, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/1997, 74 ss.

GIUNTA Fausto, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. I, Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 354 ss.

GONZÁLEZ CHINCHILLA Manuel, *La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el «nuevo» consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal*, 2022.

GREGORI Giorgio, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.

- GRIFÒ Giuliano, voce *Danno (storia)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962.
- GRISPIGNI Filippo, *Il consenso dell'offeso*, Torino, 1924.
- GROSSO Carlo Federico, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1989.
- GROSSO Carlo Federico, *Dolo (Dir. Pen.)*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 8 ss.
- GROSSO Carlo Federico, PELISSERO Marco, PETRINI Davide, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, III Ed., Milano, 2020.
- GULOTTA Guglielmo, *La vittima*, Milano, 1976.
- GUTWALD Rebecca, *Grenzen de Paternalismus*, a cura di Fatch-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl, , 2010, p. 76 ss.
- HANSEN Georg, *Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitsdelikten, im besonderen das bewußte Eingehen eines Risikos durch den Geschädigten*, Diss. Jur. Bonn, 1963, p. 112 ss.
- HART Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2nd ed. Joseph Raz, Penelope Bullock (eds.). Oxford, 1994.
- HASSEMER Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munchen, 1990.
- HASSEMER Winfried, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus: Festschrift für Arthur Kauffman*, Heidelberg, 1989.

HASSEMER Winfried, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994.

HASSMER Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutsslehre*, Frankfurt, 1973.

HELPER Margareth, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, baden-Baden/Torino, 2020, p. 25 ss.

HELPER Margareth, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *Ind. Pen.*, 2013, p. 187 ss.

HONIG Richard, *Kausalität und objective Zurechnung*, in A. HEGLER (hrsg. Von), *Festgabe für Reinhard von Frank*, Bd. I, Mohr, Tübingen 1930, p. 184 ss.

INSOLERA Gaetano, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2020

JAKOBS Günter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen Und Die Zurechnungslehre Lehrbuch*, Berlino, 1983, A, § 7/35 ss.

JAKOBS Günter, *Tatervorstellung und objektive Zurechnung*, in *Arm. Kaufmann-GedS.*, Köln, 1989.

JESCHECK Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1969.

KANT Immanuel, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di V. Mathieu, Milano, 1994.

KANT Immanuel, *Scritti di filosofia politica*, a cura di D. Faucci, Firenze, 1967.

KAUFMANN Arthur, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, ni Festschrift für I. Henkel*, Berlin-New York, 1974.

KIENAPFEL Diethelm, SCHROLL Hans Valentine, *Studienbuch Strafrecht – Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte*, § 80, 4° edizione, Wien, 2016, num. a marg. 64.

KLEINIG John, *Paternalism*, Manchester, 1983.

LAZZERI Francesco, *La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma «commerciale»*, in *Sistema penale*, 28 febbraio 2020.

LEWISCH Peter, *Mitverschulden im Fahrlässigkeitsstrafrecht*, in *Osterreichische Juristenzeitung (OJZ)* 1995.

LOGUERCIO Leonardo, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955.

LONCAO Enrico, *Culpa e casus nella storia del diritto italiano*, in *Analisi del seminario giuridico della R. Università di Palermo*, vol. VI, Palermo, 1917.

LUZÓN PEÑA Diego Manuel, *El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal*, in *Revista General de Derecho Penal*, N°. 18, 2012.

MAGGIORE Giuseppe, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Bologna, 1951.

MALM Heidi, *Su Feinberg, in tema di paternalismo, in Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, p. 123 ss.

MAÑALICH RAFFO Juan Pablo, «*Volenti non fit iniuria*»: *sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal*, in *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, a cura di Gonzalo Basso; Manuel Cancio Meliá (ed. lit.), Mario Maraver Gómez (ed. lit.), Yamila Fakhouri Gómez (ed. lit.), Daniel Rodríguez Horcajo (ed. lit.), Agustín Jorge Barreiro (hom.), Vol. 1, 2019, p. 595 ss.

MANES Vittorio, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

MANIACI Giorgio, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012.

MANNA Adelmo, *La vittima del reato: «a la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, Milano, 2006, p. 957 ss.

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, XI Ed., Padova, 2020.

MANTOVANI Ferrando, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, nota a Tribunale Vicenza, 2 marzo 2016, in *La giustizia penale*, I, Parte II, p. 31ss.

MANTOVANI Marco, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

MANZANARES SAMANIEGO José Luis, *El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual*, 2022.

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Nuvoione e G.D. Pisapia, Torino 1981-1986, VIII, p. 696 ss.

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Vol. I, Torino, 1981.

Maria Beatrice MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.

MARINI Annibale, *Consenso dell'avente diritto*, in *Nov.mo Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1980, p. 402 ss.

MARINUCCI Giorgio, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

MARINUCCI Giorgio, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

MARINUCCI Giorgio, *La Colpa. Studi*, Milano, 2013.

MARINUCCI Giorgio, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1991, p. 4 ss.

MARINUCCI Giorgio, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 ss.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ José Manuel, *El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo*, 2006.

MASERA Luca Maria, *Contagio da Aids e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1174 ss.

MASSARO Antonella, *Il «caso Cappato» di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in www.penalecontemporaneo.it.

MASSARO Antonella, *Il principio di affidamento e cooperazione colposa nell'attività medico-chirurgica*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 215 ss.

MASSARO Antonella, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.

MASSETTO Gian Paolo, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. Interm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998.

MASUCCI Luigi, *Il codice penale italiano studiato*, Napoli, 1895.

MCALLISTER Vanessa, in *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (SbgK) § 80*, Wien, 2016, num. a marg. 63.

MENDELSON Beniamin, *Une nouvelle branche de la science bio-psyco-sociale: la Victimologie*, «RICPT», 1956.

MESSNER Florian, *Strafrechtliche Verantwortung bei riskanten Zusammenwirken von Tater und Opfer*, in *Zeitschrift für Verkehrsrecht (ZVR)* 2005, p. 43 ss.

MILITELLO Vincenzo, *L'autoesposizione a pericolo fra colpa in ambiti illeciti e autoresponsabilità: il caso delle morti da assunzione di stupefacenti*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 165 ss.

MILITELLO Vincenzo, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano, 1984.

MILITELLO Vincenzo, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988

MILL John Stuart, Saggio sulla libertà, 1859, trad. it., Est., 1999.

MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

MUÑOZ CONDE Francisco, GARCIA ARAN Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2004.

MURMANN Uwe, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005

MURMANN Uwe, *Sulla rilevanza giuridica della condotta autoresponsabile della vittima in Germania*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 67 ss.

MURMANN Uwe, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, in GA, 1996

NEUMANN Ulfrid, *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo «illuministico»*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano, 2016, p. 165 ss.

NUVOLONE Pietro, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975.

OMODEI Riccardo Ercole, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 cod. pen.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, fasc. 10/2017, p. 143 ss.

PADOVANI Tullio, *Diritto penale*, XII Ed., Milano, 2019.

PAGLIARO Antonio, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, p. 792 ss.

PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale*, PG, IX ed., Milano 2020.

PALAZZO Francesco Carlo, *L'uso personale degli stupefacenti nella nuova legge antidroga*, «LP», 1992, 1°, p. 159 ss.

PANNAIN Remo, *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto*, in *Arch. Pen.*, 1971.

PANNAIN Remo, *Manuale di diritto penale, parte generale*, I, Torino, 1967.

PANTALEÓN DÍAZ Marta, *Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado*, in *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, a cura di Gonzalo Basso, M. Cancio Meliá (ed. lit.), Mario Maraver Gómez (ed. lit.), Yamila Fakhouri Gómez (ed. lit.), Daniel Rodríguez Horcajo (ed. lit.), Agustín Jorge Barreiro (hom.), Vol. 1, 2019, p. 683 ss.

PARMIGIANI Matias, *Democracia, sanción penal y consentimiento: consideraciones generales acerca del papel del consentimiento en un sistema penal (¿ideal?)*, in *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 80, 2019, p. 179 ss.

PARODI GIUSINO Manfredi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

PARODI GIUSINO Manfredi, *Una Corte divisa su una materia divisiva: una pronuncia di Strasburgo in materia di suicidio assistito*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2013.

PARUZZO Francesca, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio: la questione è rimessa alla Corte Costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 16 aprile 2018.

PAVICH Giuseppe, *Il problema della prevedibilità della condotta altrui. Un caso di investimento con decesso di donna incinta, nota a Corte di*

Cassazione, Sez. IV Penale, 27 aprile 2017 (dep. 23 maggio 2017) n. 25552, in *IlPenalista.it*, 30 giugno 2017.

PEDRAZZI Cesare, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 140 ss.

PISAPIA Giandomenico, *Dalla modica quantità alla modica punibilità. Commento alla legge 162/90*, in *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, a cura di L. Manconi, Bologna, 1991, 10, p. 108 ss.

PISTILLI Nicola, *Il concorso di colpe nella circolazione stradale: alcuni punti fermi attendendo la giurisprudenza al varco della nuova attenuante*, nota a Corte di Cassazione, Sez. IV Penale, 7 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017) n. 11705, in *Dir. Pen. Proc.* 2017, p. 1450 ss.

PRITTWITZ Cornelius, *Garanzia di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco, Milano, p. 50 ss.

PRITTWITZ Cornelius, *Selbstschuld? Questioni riguardanti cause e limiti della responsabilità della vittima nell'ambito di un diritto penale alla ricerca della Fremdschuld*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020.

PULITANÒ Domenico, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in www.penalecontemporaneo.it.

PULITANÒ Domenico, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 489 ss.

RAMACCI Fabrizio, *Premesse alla revisione della disciplina penale dell'aiuto a morire*; in *Studi Senesi*, 1988, suppl., p. 303 ss.

RESTA Giorgio, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, «RDC», 2002, II, p. 807 ss.

RIGOPOULOU Maria, *Grenzen des Paternalismus im Strafrecht*, Berlino, 2013

RIZ Roland, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979.

ROCCO Alfredo, *Oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.

RODOTÀ Stefano, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

ROMANO Mario, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, p. 987 ss.

ROMANO Mario, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010.

ROMANO Mario, GRASSO Giovanni, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012.

RONCO Mauro, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 278 ss.

RONNAU Thomas, *Willensmängel Bei Der Einwilligung Im Strafrecht*, Tübingen, 2001.

ROUSSEAU Jean Jacques, *Il contratto sociale*, trad. it., 2014.

ROXIN Claus *Strafrecht AT I*, Munchen, 1992, § 11 n. 86

ROXIN Claus, GA 2012 658 ss.

ROXIN Claus, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in Festschrift, 1970.

ROXIN Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2, Aufl., 1973, p. 25 ss. (n.57) (trad. it. a cura di Moccia, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986, p. 52, nt. 57).

ROXIN Claus, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato. Sui rapporti tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, Napoli, 1998.

ROXIN Claus, *Strafrecht*, AT, cit., Bd. I, § 14/20.

RUEDA MARTÍN Maria Angeles, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, in *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2013, p. 41 ss.

S. TOMMASO D'AQUINO, *De Malo*, 3,7 c.

S. Tommaso D'Aquino, *Quodlib.* VI 8.

S. Tommaso D'Aquino, *Super Romanos*, 14, 1.

S. Tommaso D'Aquino., *Summa contra gentes*, III 2,7.

SCHROEDER Friedrich Christian, *L'autore dietro l'autore*, 1965.

SCHUNEMANN Bernd, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln? – Besprechung des Urteils BGH NStZ 350*, in *NStZ* 1982, p. 61 ss.

SCHWAIGHOFER Klaus, *L'autoresponsabilità quale causa di esclusione della responsabilità penale in Austria*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Baden Baden/Torino, 2020, p. 79 ss.

SEMINARA Sergio, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.

SGUBBI Filippo, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, in *La questione criminale*, 1975, p. 470 ss.

SILVA Chiara, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, nota a Tribunale di Vicenza, 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, p. 308 ss.

SILVA SANCHEZ GONZALEZ Jesus Maria, *Comentario introductorio al título I*, in *Comentarios a la constitución española de 1978*, p. 19 ss.

SILVA SANCHEZ Jesus Maria, *VIII Cursos de verano en San Sebastian, Victimologia*, Dirigido por Antonio Beristain, Jose Luis de la Cuesta, Servicio Editorial Universidad del Pais Basco, 1990.

SPENA Alessandro, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LVII Fasc. 3 – 2014, p. 1209 ss.

STELLA Federico, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. La nozione penalmente rilevante di causa*, Milano, 2000.

STERNBERG LIEBEN Detlev, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tubingen, 1997.

STOPPATO Alessandro, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Padova-Verona, 1898.

STORTONI Luigi, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *L'indice penale*, 2000, Vol. 3, fasc. 2, p. 477 ss.

TESAURO Alfonso, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato*, Padova, 1932

TORDINI CAGLI Silvia, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2000, p. 1148 ss

TORDINI CAGLI Silvia, *La rilevanza penale dell'eutanasia, tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, Bologna, 2001

TORDINI CAGLI Silvia, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008.

VAN DE VEER Donald, *Paternalistic Intervention*, Princeton, 1986.

VIGANÒ Francesco, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2008, p. 1594 ss.

VIGANÒ Francesco, *Esiste un «diritto a essere lasciati morire in pace»? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 8 ss.

VIGANÒ Francesco, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

VINEIS Paolo, *Modelli di rischio*, Torino, 1990.

VOLTAIRE, *Trattato sulla tolleranza*, 1763

VON ATENS Rebecca, *Objektive Zurechnung und Tatherrschaft*, Baden Baden 2019.

VON HENTIG Hans, *The criminal and his victim*, New York, 1948.

VON LISZT Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1919.

WEIGEND Thomas, *Über die begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, 1986.

WERTHAM Fredric, *The Show of violence*, New York, 1949.

ZACZYK Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.

ZIPF Heinz, *Einwilligung de Risikoübernahme im Strafrecht*, Luchterhand, 1970.