

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E
DELL'INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE
D.E.M.S.

Scuola di dottorato in
Fondamenti del Diritto Europeo e Metodologia Comparatistica
XXIII ciclo
IUS/17

**IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE
DELLA TUTELA PENALE NEL SISTEMA ANGLO-AMERICANO
E I RIFLESSI SULLA TEORIA EUROPEO-CONTINENTALE DEL BENE GIURIDICO,
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL RUOLO NORMATIVO DELLE EMOZIONI**

Tesi di dottorato di:
Silvia Lo Forte

Tutor:
Ch.mo Prof. Giovanni Fiandaca

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Giuseppe Di Chiara

*Ai miei genitori, che ancora oggi costituiscono il punto di contatto
principale tra la realtà in cui vivo e i sogni in cui mi perdo.*

*Ai miei amici, perché avere una seconda "famiglia" è una delle fortune più grandi che ci
possano essere.*

*Alle persone che non capiscono quello che sono e che vorrei essere, perché senza di loro
non avrei così tanta voglia di continuare a combattere per realizzare tutte le cose belle di
cui, un giorno, vorrei poter godere.*

*E a te, che quando tutto sembrava andare male mi sei stato vicino e ti sei preso cura di me
più di chiunque altro, facendomi scoprire una parte di me che era rimasta nascosta per fin
troppo tempo.*

INDICE

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I	
LE TEORIE EUROPEO-CONTINENTALI SUL “BENE GIURIDICO”	6
1. La esigenza di selettività nelle teorie della criminalizzazione	6
2. La teoria del bene giuridico. Origini ed evoluzione storica	7
3. Critiche alla teoria del bene giuridico	11
4. Il ripudio della teoria del bene giuridico nella Germania nazionalsocialista	13
5. La reazione alla <i>shoah</i> . Le “carte dei diritti” del dopoguerra	19
6. Il neocostituzionalismo	21
CAPITOLO II	
IL LIBERALISMO PENALE ANGLOSASSONE	26
1. La dottrina <i>liberal</i> anglosassone. La teoria milliana dell’ <i>harm principle</i>	26
2. L’opera di Joel Feinberg	27
3. Le critiche alla teoria dell’ <i>harm principle</i>	30
CAPITOLO III	
LE TEORIE <i>LIBERAL</i> DI FRONTE AL PROCESSO DI RIETICIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE ED AL PATERNALISMO LEGALE	33
1. La <i>Rechtsgutstheorie</i> e la teoria dell’ <i>harm principle</i> di fronte al processo di rieticizzazione del diritto penale	33
2. Il <i>legal paternalism</i>	34

CAPITOLO IV

LA RIVALUTAZIONE DOGMATICA DELL'ETICA RELIGIOSA. LA TUTELA PENALE DELLA RELIGIONE (O DEL SENTIMENTO RELIGIOSO)	38
1. La tutela penale della religione (o del sentimento religioso).....	39
2. La tutela penale della religione nel <i>corpus</i> originario del codice Rocco. Il bene giuridico tutelato	41
3. Gli interventi della Corte costituzionale. L'affermazione del principio della laicità dello Stato.....	42
4. La riforma del 2006	48
5. Il bene giuridico tutelato dopo la riforma del 2006	50

CAPITOLO V

LO SCONTRO SUI TEMI DELLA BIOETICA.

LA PROCREAZIONE ASSISTITA.....	53
1. I rapporti tra diritto e morale nei temi di bioetica. Le norme sulla fecondazione artificiale.....	53
2. La legge italiana sulla procreazione assistita nel panorama normativo sovranazionale ed europeo.....	55
3. Il disfavore per la biotecnologia. La legge italiana come esempio di modello normativo paternalistico.	59

CAPITOLO VI

LO SCONTRO SUI TEMI DELLA BIOETICA. IL DIRITTO DI MORIRE.....	64
1. Il diritto di scelta del paziente e il dovere di cura del medico	65
2. L'eutanasia come terreno di scontro tra morale, religione e diritto.....	67
2.1. Le varie forme di eutanasia.....	69

2.2. La disciplina dell'eutanasia negli altri ordinamenti	72
2.2.1. La legge olandese sull'eutanasia e sul suicidio assistito	73
2.2.2. L'esperienza del Regno Unito	74
2.2.3. La legislazione statunitense	79
3. Le possibili coordinate di una riaffermazione del principio di laicità del diritto penale in materia bioetica	80
3.1. Le "direttive anticipate" e il c.d. testamento biologico (<i>living will</i>).....	81
3.2. L'eutanasia. Lo stato attuale degli orientamenti normativi e giurisprudenziali nei paesi di <i>civil law</i> e di <i>common law</i>	85
3.3. I nodi problematici al centro di una possibile riforma.....	90

CAPITOLO VII

IL "BENE" GIURIDICO DELLA SICUREZZA.....	94
1. La sicurezza da oggetto del contratto sociale a diritto fondamentale. I processi degenerativi.	95
2. La creazione di un diritto penale diseguale	96
3. La c.d. percezione della sicurezza	98
4. Il diritto penale del "nemico"	101
5. Il nemico come "non persona". Le "non persone" nella storia degli ultimi due secoli. Il caso Guantanamo	104
6. Terrorismo e democrazia. Il bilanciamento tra la sicurezza nazionale (e internazionale) e i diritti umani. La testimonianza di Aharon Barak	111

CAPITOLO VIII

LE TEORIE <i>LIBERAL</i> DI FRONTE AL PROBLEMA DELLA TUTELA DEI SENTIMENTI NEL DIRITTO PENALE	114
--	-----

1. Il modo di concepire i sentimenti negli ordinamenti di <i>civil law</i> e in quelli di <i>common law</i>	115
2. La tutela dei sentimenti nel diritto penale italiano	116
2.1. I sentimenti come criterio di criminalizzazione	123
2.2. Il sentimento come elemento rilevante ai fini dell'esclusione o graduazione della colpevolezza e criterio di determinazione della pena	130
3. Il ruolo dei sentimenti e delle emozioni negli ordinamenti di <i>common law</i> . L'analisi di Kahan e Nussbaum.....	130
3.1. La concezione meccanicistica delle emozioni.....	134
3.2. La concezione valutativa delle emozioni.....	136
3.3. L'influenza delle due teorie nel diritto penale sostanziale	137
3.4. Il ruolo delle emozioni nei vari casi di omicidio	138
3.5. Il ruolo delle emozioni nei casi di legittima difesa.....	142
3.6. Il ruolo delle emozioni nel delitto commesso in stato di necessità	142
3.7. Il ruolo delle emozioni nel delitto commesso in stato di infermità mentale.....	143
3.8. Le conclusioni dell'analisi di Kahan e Nussbaum.....	143
3.9. Il principale nodo problematico. Le emozioni primarie del disgusto e della vergogna.....	149

CAPITOLO IX

LA LEGITTIMAZIONE DEL DIRITTO PENALE

IN UNA SOCIETÀ MULTIETNICA E MULTICULTURALE.....	156
--	-----

1. I limiti della <i>Rechtsgutstheorie</i> nella società multi-etnica e multiculturali.	156
2. La crisi della concezione tradizionale del diritto nella nuova "società globale".....	159

CAPITOLO X

CONCLUSIONI.

LE COORDINATE POSSIBILI PER LA COSTRUZIONE DI UN MODERNO

DIRITTO PENALE LAICO..... 164

BIBLIOGRAFIA 182

INTRODUZIONE

La tesi è il risultato di un progetto di ricerca che si è proposto di approfondire lo studio relativo alle teorie della criminalizzazione di matrice anglo-americana, anche in considerazione dei risvolti inevitabilmente positivi che tale analisi può esplicare nei confronti dell'attuale dibattito europeo-continentale sull'effettiva portata e i limiti delle dottrine del *bene giuridico*.

Com'è stato osservato¹, invero, già da diversi anni nel nostro ordinamento è ravvisabile la tensione verso una riforma organica del sistema penale, derivante dal maturato disincanto circa l'effettiva capacità della teoria del *bene giuridico* di porsi come guida per le scelte compiute dal legislatore in sede di determinazione delle varie fattispecie incriminatrici. Da qui il rinnovato interesse circa le modalità con cui il medesimo problema viene gestito negli ordinamenti anglo-americani, nella convinzione che proprio uno studio condotto in chiave comparatistico-integrativa possa contribuire a rivisitare la categoria stessa di *bene giuridico*, darle nuova vita e consentire di esplicitare le ragioni per cui un determinato *bene giuridico* viene tutelato a livello penale.

La tesi è distribuita in dieci capitoli.

Il capitolo I verrà dedicato alle teorie europeo-continentali sul *bene giuridico*, avendo cura di distinguere, al loro interno, il periodo anteriore e quello successivo alla seconda guerra mondiale; e quindi la profonda evoluzione post-bellica ricollegabile al c.d. *neo-costituzionalismo*

¹ FRANCOLINI G., *Il dibattito anglo-americano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice* in Fiandaca-Francolini (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale, Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008.

contemporaneo², secondo il quale i principi e i parametri costituzionali di giudizio possono essere considerati esemplificazione del più pertinente modello di “morale critica” applicabile oggi negli ordinamenti giuridici. I principi e i diritti fondamentali consacrati nelle Costituzioni avrebbero appunto un’origine morale e manterrebbero una dimensione morale, quali limiti morali giuridicamente “positivizzati” a difesa dell’individuo nei confronti della coercizione statale (*in primis*, criteri di idoneità, necessità e proporzionalità dell’intervento penale.)³. Nel capitolo II – riguardante il liberalismo penale anglosassone – si prenderanno le mosse dagli studi di Joel Feinberg⁴, il quale rappresenta un imprescindibile punto di riferimento per chiunque intenda analizzare il dibattito internazionale sulla legittimazione del diritto penale e, nel frattempo, resistere alle varie tendenze eticizzanti e illiberali ultimamente riemergenti nelle legislazioni positive di vari paesi.

L’opera del filosofo americano⁵ mira a sviluppare organicamente il pensiero del liberalismo penale, espresso originariamente da John Stuart Mill, basato sulla seguente massima generale: “l’unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di prevenire un danno agli altri”.

Feinberg dedicò al tema quattro volumi: “*Harm to Others*” (1984), “*Offense to Others*” (1985), “*Harm to Self*” (1986), e infine “*Harmless*

² Per tutti, BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005.

³ 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*”, Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo, Milano, 2010.

⁴ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, New-York-Oxford, 1984.

⁵ Quattro volumi pubblicati tra il 1984 ed il 1988.

Wrongdoing” (1988). I quattro volumi di Feinberg chiariscono che il principio del danno viene a scomporsi in quattro sotto-principi, che sono appunto il danno ad altri (“*Harm to Others*”); la molestia ad altri (“*Offense to Others*”); il danno a se stessi (“*Harm to Self*”) e la condotta illecita o immorale non dannosa (“*Harmless Wrongdoing*”). Secondo Feinberg solo i primi due tipi di condotte sono legittimamente sottoponibili al controllo del diritto penale in applicazione del principio del danno.

Al centro dell’analisi, il problema del rapporto fra il diritto penale e la morale.

Come ha osservato Giovanni Fiandaca⁶, Feinberg ha avuto il gran merito di approfondire, come forse nessun altro, il problema dei rapporti tra il diritto penale e la morale, e ciò grazie alla sua concezione non dogmatica ma aperta e critica del “principio del danno ad altri”, che costituisce da Stuart Mill in poi un caposaldo della concezione liberale del diritto penale, e non soltanto in ambito anglo-americano.

La ritenuta immoralità di certi comportamenti può costituire ragione sufficiente perché il diritto penale li punisca? L’interrogativo rientra tra i capitoli fondamentali della teoria della criminalizzazione: cioè della teoria, o dell’insieme di teorie, che si preoccupano di stabilire quali siano gli scopi e gli oggetti legittimi della tutela penale.

In proposito, la cultura penalistica europeo-continentale è solita ricorrere al concetto di *bene giuridico* (la morale come tale, o concezioni morali specifiche, sono suscettibili di assurgere a bene giuridico tutelabile?); quella anglo-americana suole invece fare riferimento al concetto di *limiti morali* al potere punitivo, desumibili da corrispondenti principi, a cominciare da quello notissimo cosiddetto del danno (sussistono

⁶ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*, cit.

principi morali o comunque ragioni che vietano ovvero consentono di punire l'immoralità in sé?).

Seguiranno cinque capitoli dedicati all'esigenza di una rinnovata riflessione sulle virtù e i limiti delle teorie *liberal* di fronte ai fenomeni contemporanei riguardanti il processo di rieticizzazione del diritto penale (III), con particolare riferimento alla tutela penale della religione (IV), al paternalismo legale in materia bioetica (V e VI) ed al bene giuridico della sicurezza (VII).

Si passerà poi ad analizzare il ruolo dei sentimenti e delle emozioni nel diritto penale (Cap. VIII), con particolare attenzione all'esperienza nordamericana e ai fondamentali studi di Daniel Kahan e Martha Nussbaum.

Seguirà quindi un capitolo (il IX) dedicato ai nuovi problemi di legittimazione del diritto penale in una società che tende sempre più a divenire multi-etnica e multiculturale. Una società che – a differenza di una società omogenea, in cui i valori di riferimento sono comuni a tutti - fa fatica ad essere inquadrata attraverso l'obiettivo della *Rechtsgutstheorie*⁷; ma anche attraverso i parametri della cultura *liberal* anglosassone, dato che nella società multiculturale si intrecciano una pluralità di concezioni politiche, etiche o religiose, di linguaggi e tradizioni, che inevitabilmente si riflettono nella concezione dei diritti e della giustizia; poiché gli individui di questa società pluralista non condividono principi, regole e valori comuni a partire dal disaccordo sulla percezione della realtà che li circonda⁸.

⁷ CADOPPI, *Presentazione. Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, in "Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law", Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo, Milano, 2010.

⁸ BELVISI F., *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell'Italia di oggi*, in *Dir. eccl.* 2002, 2, 435.

Infine, nelle *conclusioni* (Cap. X), dopo una ricognizione delle virtù e dei limiti delle teorie europeo-continentali e di quelle anglosassoni di fronte alla complessità degli ordinamenti penali contemporanei, si proverà a delineare le coordinate possibili per la costruzione di un rinnovato diritto penale laico, di ispirazione milliana e neo-illuministica, basato su di una rilettura delle due teorie integrata dal richiamo alle moderne Costituzioni, fondato sulla distinzione dialogica tra morale e diritto, e nel contempo responsabilmente consapevole delle sfide poste dalla nuova società multi-etnica e multiculturale.

CAPITOLO I

LE TEORIE EUROPEO-CONTINENTALI SUL “BENE GIURIDICO”

Come già detto, e rilevato da autorevole dottrina⁹, già da diversi anni nel nostro ordinamento è ravvisabile la tensione verso una riforma organica del sistema penale, derivante dal maturato disincanto circa l'effettiva capacità della teoria del *bene giuridico* di porsi come guida per le scelte compiute dal legislatore in sede di determinazione delle varie fattispecie incriminatrici.

Da qui il rinnovato interesse circa le modalità con cui il medesimo problema viene gestito negli ordinamenti anglo-americani, nella convinzione che proprio uno studio condotto in chiave comparatistico-integrativa possa contribuire a rivisitare la categoria stessa di *bene giuridico*, darle nuova vita e consentire di esplicitare le ragioni per cui un determinato bene giuridico viene tutelato a livello penale.

1. *La esigenza di selettività nelle teorie della criminalizzazione*

Come osserva Massimo Donini¹⁰, il problema centrale delle teorie della criminalizzazione è la *selettività*. Le categorie proprie del diritto penale hanno la funzione di evidenziare le caratteristiche “specifiche”, differenziali, dei delitti e delle pene rispetto agli altri illeciti e alle sanzioni extrapenali; in altri termini di rispondere alla penalità come “problema” politico, culturale, istituzionale: ciò che essa ha cominciato a divenire solo dopo l'Illuminismo e la Rivoluzione francese.

⁹ FRANCOLINI, *Il dibattito anglo-americano sulla legittimazione del diritto penale*, cit.

¹⁰ DONINI M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02, 338.

Questo stile di pensiero – rileva l'autore - ha cominciato ad affermarsi, nel '900, con le categorie del *Tatbestand*, della colpevolezza normativa e del *bene giuridico*, quando sono state riconsiderate attraverso l'idea dello scopo, nell'ambito di un'evoluzione culturale che prende le mosse dal c.d. "Programma di Marburgo"¹¹, e ricostruisce il bene giuridico (*Rechtsgut*) come concetto di confine (*Grenzbegriff*) fra la dogmatica e la politica criminale¹².

2. La teoria del bene giuridico. Origini ed evoluzione storica

Per dirla con Marcello Gallo¹³, la teoria del bene giuridico "postula una valutazione pre-giuridica di certi comportamenti che conduca, attraverso l'esame delle costanti dei fatti penalmente sanzionati, alla definizione sostanziale di reato".

In quest'ottica sostanzialistica, si afferma di volta in volta che: a) il reato è il fatto che offende gravemente l'ordine etico, ovvero mette in crisi il *minimo etico*, un *quid* senza il quale viene meno la possibilità della convivenza nel mondo civile; b) il reato viola i sentimenti altruistici fondamentali della probità e della pietà secondo la misura media in cui si trovano nell'umanità civile; c) il reato è l'azione che, a giudizio delle persone autorizzate a porre le norme giuridiche, rende impossibile o mette in grave pericolo l'esistenza e la conservazione della società.

¹¹ V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlin, 1905 (trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962).

¹² V. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im bindingschen Handbuche*, in *ZStW*, Bd. 6, 1886, 672 ss.; ID., *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 8, 1888, 139 s.

¹³ GALLO M., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 03, 769.

Secondo la teoria del *bene giuridico*, la legittimazione dell'intervento penale risiede dunque nell'offesa (o nell'esposizione a pericolo) di un "bene" che racchiude in sé riferimenti all'etica o alla sicurezza sociale.

Come ha osservato Massimo Donini, in uno studio dedicato a Joel Feinberg¹⁴, l'offesa di un bene giuridico, oggettivamente concepita, corrisponde al vecchio concetto di "danno criminale", al "torto", che costituisce l'aspetto sostanziale del concetto sistematico di fatto penale illecito, cioè l'aspetto sostanziale dell'antigiuridicità del fatto di reato.

Tale "bene", che può essere personale o sociale (individuale, collettivo o istituzionale), presenta sia una *valenza negativa* (che serve a escludere alcune tipologie di offese da una tutela penale legittima), ma anche una *valenza positiva* (che gli deriva da una serie di parametri e limiti, di rilevanza anche costituzionale, che danno al diritto penale del bene giuridico un volto in parte positivo).

Secondo Donini, le concezioni "generali" alternative a quella della tutela dei beni (violazione di doveri, "scopo" dell'incriminazione, rafforzamento della fedeltà al diritto o della vigenza delle norme giuridiche, programmi di tutela etc.) sono oggi o per nulla alternative, ma complementari ad esso, ovvero prive di una elaborazione scientifica anche solo lontanamente confrontabile con la "dogmatica" del bene giuridico.

Si suole ripetere che la *Rechtsgutstheorie* ha origine dall'esigenza liberale di porre dei limiti all'arbitrio del legislatore; e in ciò risiede la "valenza negativa" evidenziata da Donini.

¹⁴DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg; in Riv. it. dir. e proc. pen., 2008, 04, 1546.

Tuttavia - come ha osservato Giovanni Fiandaca¹⁵ - è giusto mettere in evidenza “una certa *ambiguità* o *ambivalenza* insite nel dogma del bene giuridico rispetto alle sue possibili valenze politiche in chiave liberale o – al contrario – illiberale, se non addirittura autoritaria”.

In realtà - fa notare Fiandaca – risalendo la genealogia del concetto ci si accorge che esso emerge nella terza decade dell'Ottocento, nel clima politico-culturale della restaurazione romantica che fa seguito all'età dei lumi¹⁶; e, nelle sue prime manifestazioni, giustifica la legittimazione della tutela penale della religione e della moralità sessuale dominante. Quanto all'origine storica, dunque, la valenza iniziale della concezione del reato come lesione di un bene è assai meno univocamente liberale di quanto comunemente si ritenga¹⁷. A dimostrazione di una sostanziale originaria ambiguità politica, la categoria del bene giuridico - a differenza della concezione illuministica del reato come lesione di un diritto soggettivo, che aveva come retroterra il modello del “contratto sociale” - ha invece sempre fatto a meno di avere alle spalle una corrispondente “teoria della società”, è andata sempre più formalizzandosi, diventando così disponibile a recepire estensivamente come legittimo oggetto di tutela tutto ciò che, agli occhi dello stesso legislatore, sembrasse meritevole di protezione penale sotto il

¹⁵ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva* (Relazione svolta al Convegno su “Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali”; Ascoli Piceno, 5-6-7 marzo 2010).

¹⁶ Sotto un profilo storico-ricostruttivo v. AMELUNG, *Rechtsgueterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/M, 1972, 38 ss.; *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgueterschutz*, in HEFENDEL/von HIRSCH/WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 155 ss.

¹⁷ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgueterschutz*, cit.; VORMBAUM, *Elementi autoritari nella storia penale, particolarmente nella storia penale tedesca*, in *ius 17.unibo.it*, n.1/2010, 105 ss. (in particolare, 111 ss.).

profilo di un prevalente interesse collettivo valutato con ampia discrezionalità politica.

La *Rechtsgutstheorie* ha però storicamente assunto un volto *liberal*, nell'ambito di una revisione critica compiuta dalla scienza penalistica tra gli anni '50 e '60 del Novecento; revisione culturalmente ispirata a principi di liberalizzazione, secolarizzazione ed emancipazione dei modelli di vita individuali dai tradizionali condizionamenti dettati dalla religione e dalla morale socialmente dominante. In questo clima storico-culturale la *Rechtsgutstheorie* viene ripensata come rinnovato criterio di analisi del rapporto tra legislazione penale e morale positiva, col riproporsi dell'interrogativo se la semplice infrazione di regole morali ereditate dalla tradizione possa legittimamente continuare a essere qualificata anche illecito penale¹⁸.

Emblematica, in questo contesto, la riflessione di Herbert Jaeger, il quale – nell'ottica di una emancipazione del diritto penale allora vigente dai tradizionali condizionamenti religiosi o morali – ricostruisce una definizione di *bene giuridico* tale da potervi includere i soli beni dotati di un substrato empiricamente tangibile, e perciò suscettibili di lesione in senso materiale (come nei casi esemplificativi paradigmatici della vita, dell'integrità fisica o del patrimonio); mentre i valori ideali o puramente morali, essendo empiricamente “inafferrabili”, difetterebbero di quella base materiale concretamente danneggiabile che un bene giuridico “laicamente” concepito dovrebbe invece in teoria possedere¹⁹.

¹⁸ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, cit., 207 ss.

¹⁹ JAEGER H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgueterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

Un aggiornamento della teoria del *bene giuridico*, anche alla luce del *neo-costituzionalismo*, si può considerare la teoria del “*bene giuridico di categoria*”. Una teoria di origine tedesca, che postula l’esistenza di interessi o valori pregiuridici che il legislatore riconosce, accordando ad essi la tutela penalistica²⁰.

Come osserva ancora Fiandaca²¹, in questo nuovo scenario - che mette in comunicazione il diritto penale con la Costituzione e, più in generale, con la democrazia costituzionale – il *bene giuridico* quale oggetto di legittima tutela penale non sarà più un *prius*, un *quid* di predefinito o predefinibile: sarà, piuttosto, un *posterius*, cioè un *quid* identificabile soltanto quale risultato o riflesso dei principi che in una democrazia costituzionale dovrebbero concorrere a definire e circoscrivere l’ambito e i limiti del penalmente tutelabile.

3. Critiche alla teoria del bene giuridico

Come già detto, la *Rechtsgutstheorie*, nella sua versione *liberal*, ben si adatta ad un sistema che circoscrive il paradigma del “bene” giuridico al concetto di lesione o concreta messa in pericolo di *beni personali-individuali*.

Ma proprio questo aspetto ha suscitato varie critiche, a fronte della complessità degli ordinamenti penali moderni (che registra i reati di scopo, quelli costruiti più sulla violazione di doveri, su inosservanze di ordini, su infedeltà a vincoli personali, le forme di pericolo presunto, i beni dell’ordine pubblico e del buon costume, le offese a beni superindividuali rarefatti di nuovo conio o elaborazione etc.).

²⁰ In merito, la letteratura è estremamente ampia; per tutti, si veda: ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*.

²¹ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit.

Secondo Donini²², la soluzione più ragionevole non è data però dall'esigenza di dover sostituire integralmente la categoria, ma di ritenerla *limitata*, non onnicomprensiva, e incapace di abbracciare *tutte* le possibili incriminazioni.

Come rileva l'autore²³, questo, infatti, è *il dilemma del bene giuridico*: se si restringe troppo la sua nozione, esso non riesce più a spiegare vari tipi di incriminazioni, alcune delle quali del tutto accettate, conservando sì una funzione critica rispetto all'esistente, ma non una capacità descrittiva del diritto vigente, che ha bisogno, a questo punto, di altre categorie; se invece lo si allarga troppo, perde funzione critica e diventa inutile, quale puro travestimento della fattispecie, di *ogni* possibile fattispecie.

In quest'ottica, nella sua versione "allargata", la *Rechtsgutstheorie* non solo perde la sua funzione critica, ma può divenire "autoreferenziale", espressione di una scelta del potere costituito, da nient'altro spesso giustificata se non dalla coercizione autoritaria o (più sottilmente) da un'efficace propaganda.

Questa "autoreferenzialità" è presente (seppure in diversa misura) in tutte le forme di Stato.

Come osserva Wolfgang Wohlers²⁴, "le concezioni morali e le rappresentazioni di valore sono indubbiamente un legittimo bene da proteggere, se si vive in uno Stato che è legato ad una visione del mondo –

²² DONINI, "Danno" e "offesa", cit.

²³ *Ibidem*.

²⁴ WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008, 138.

o in quanto Stato religioso, o in quanto Stato autoritario con una determinata visione del mondo. Entrambe le strade di accesso sono però precluse ad uno Stato secolare pluralistico di modello europeo: che determinati atteggiamenti, convinzioni e rappresentazioni di valore meritino tutela penale non si può far discendere né da una rivelazione divina riconosciuta vincolante né da una visione del mondo imposta in modo autoritario”.

Ma le cose non cambiano molto nei regimi democratici.

Come osserva infatti Fiandaca²⁵, le scelte relative al *se* e *come* punire derivano – in fin dei conti – dal modello di democrazia che privilegiamo: democrazia liberale in senso stretto; democrazia costituzionale-discorsivo-critica (nel senso di Habermas); democrazia solidaristico-paternalista; democrazia maggioritaria di tipo identitario-eticizzante; democrazia protetta o autoritaria che si difende dalle minacce alla sicurezza, etc.

4. *Il ripudio della teoria del bene giuridico nella Germania nazionalsocialista*

Nonostante i suoi limiti, però, la *Rechtsgutstheorie* è un po’ come la democrazia nella famosa definizione di Churchill. Piena di difetti, ma migliore delle teorie alternative di volta in volta escogitate.

Come osserva ancora Donini²⁶, benché si parli da tempo di crisi del bene giuridico o della sua capacità selettiva e vincolante per una politica criminale razionale, non è stato ancora trovato un paradigma alternativo realmente capace di sostituirlo e di valorizzarne le molteplici, importanti funzioni.

²⁵ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*, cit.

²⁶ DONINI, *“Danno” e “offesa”*, cit.

Non è un caso che la *Rechtsgutstheorie* sia stata ripudiata dalla dottrina penalistica della Germania nazionalsocialista.

Com'è stato ricordato²⁷, i teorici nazionalsocialisti²⁸ rimproverano al tradizionale dogma del bene giuridico di riflettere una visione individualistico-liberale ormai superata. L'intervenuto mutamento del rapporto Stato-cittadino, quale effetto della rivoluzione nazionalsocialista, fa sì che al centro del reato assurga la *violazione del dovere di fedeltà nei confronti dello Stato etico*, impersonato dal *Fuhrer*. Criterio di determinazione della dannosità criminale dei comportamenti punibili, diventa il "sano sentimento popolare" impregnato di valori etici, per cui si assiste a un tendenziale assorbimento della sfera del diritto in quella dell'etica. (...) Tale assunto propone una concezione "propulsiva" del diritto penale nel contesto di un'ideologia autoritaria ed eticizzante di ispirazione così "illiberale", da risultare del tutto incompatibile con i principi dell'odierno Stato democratico.

All'interno di questa nefasta "rivoluzione", l'ideologia totalitaria determina una profonda perversione del rapporto fra diritto e potere. Un rapporto difficile, poiché – se è vero che il diritto, per affermarsi, ha bisogno del potere a pena della perdita della propria realtà sociale – è pur vero che il potere può costituire un fattore di impedimento e perfino di perversione del diritto.

La cosa che sembra incredibile è che questa perversione, la trasformazione dello Stato in autore di crimini si determina in uno dei paesi più civili d'Europa, la Germania, come emerge in modo evidente nel

²⁷ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010, 10-11.

²⁸ Gli autori fanno riferimento alla c.d. scuola di Kiel, tra i cui principali esponenti vengono citati DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938, 225 e ss., e SCHAFFSTEIN, *Der Streit um das Rechtsgutverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937, 335 e ss.

processo di Norimberga, in cui il Tribunale Internazionale (rappresentato dai pubblici ministeri Jackson per gli Stati Uniti, Maxwell-Fyfe per il Regno Unito, De Vabres per la Francia, Rudenko per l'Unione Sovietica) giudica i grandi criminali nazisti accusati di cospirazione e complotto, di crimini contro la pace, di crimini di guerra, di crimini contro l'umanità.

L'uso perverso del potere è evidente in quegli interrogatori da cui emergono le atrocità della politica razzista ed eugenetica²⁹, il rapporto fra gli intellettuali ed il potere³⁰, i crimini contro la popolazione civile³¹, la

²⁹ FYFE (Pubblico Ministero Regno Unito)

Imputato Frick, lei come ministro degli Interni, nel '33 introduce "la legge in difesa della pura razza germanica", che impone prima la sterilizzazione e poi l'eutanasia dei malati di schizofrenia, di epilessia, di psicosi maniaco depressiva, di alcoolismo, di sordità e di cecità congenite e di malformazioni gravi. Una legge che causa la morte di migliaia di tedeschi. Qualche anno più tardi emana le leggi antiebraiche, sempre allo scopo di selezionare la razza. Si rende conto che è responsabile di milioni di morti?

FRICK (Ministro degli Interni)

Io ho introdotto solo delle leggi che esprimevano la volontà della politica nazista, non ho mai commesso dei delitti.

³⁰ STAHLER (DIFESA)

Dott. Speer, non ancora trentenne, lei aveva già realizzato imponenti scenografie per le grandi parate, aveva ristrutturato le residenze di Goebbels, di Göring e progettato la nuova Berlino. Cosa voleva dire essere l'architetto prediletto da Hitler?

SPEER (Ministro degli Armamenti)

Vedevo aprirsi davanti a me le più straordinarie prospettive, mi sentivo come sollevato da terra e lanciato in balia di forze estranee. Perfino lo sterminio incontrollato di socialdemocratici, di testimoni di Geova, di ebrei del mio stesso ambiente, li sentivo come eventi che non mi riguardavano personalmente.

³¹ RUDENKO (Pubblico Ministero Unione Sovietica), a Göring

Faceva parte del "Piano Barbarossa" l'ordine che sanciva il diritto agli ufficiali di fare fucilare senza processo la popolazione civile, sospettata di resistenza?

volgare corruzione³², le deportazioni e il lavoro forzato³³, lo sterminio nei campi di concentramento³⁴.

³² DE VABRES (Pubblico Ministero Francia) (a Göring)

Secondo un suo decreto, le opere d'arte sequestrate agli ebrei in Francia dovevano essere messe all'asta dai Musei a favore delle vedove e degli orfani di guerra. Lei ha dichiarato di avere scelto alcune tra queste opere per la sua collezione e di non averle pagate...

³³ JACKSON (a Sauckel, plenipotenziario al lavoro coatto)

Imputato Sauckel, a noi risulta che nel '42 in Germania lavoravano quattro milioni di stranieri, nel '43 se ne aggiunsero altri cinque e nel '44 ancora 900.000. In totale fanno dieci milioni. Esatto?

RUDENKO (a Keitel, generale delle Forze Armate tedesche)

Imputato Keitel, lei ha ammesso che nel primo anno di guerra i prigionieri sovietici non furono trattati secondo le Convenzioni dell'Aia, ma non ha parlato degli anni che seguirono. Il promemoria di Grotius colma questa lacuna. "Le attuali difficoltà nel reperimento di manodopera non si sarebbero verificate se avessimo deciso d'impiegare i prigionieri di guerra russi su vasta scala. Ne avevamo a disposizione 4.000.000, ora ne sono rimasti solo 150.000, sempre se i casi di tifo diminuiranno. L'impiego di civili russi invece sta assumendo sempre maggior importanza, c'è solo il problema del trasporto. E' insensato trasportare questa manodopera in carri merci non coperti e non riscaldati, perché all'arrivo scarichiamo solo cadaveri".

KEITEL (a Rudenko)

Quell'inverno ha ucciso anche migliaia di soldati tedeschi!

RUDENKO

I russi sono stati fatti prigionieri durante l'estate, non sono stati uccisi dall'inverno ma dall'ideologia nazista! Questa è la testimonianza di un prigioniero russo. "Il campo di Yanov era recintato con un groviglio di filo spinato, vi gettavano sopra i prigionieri e li lasciavano lì per giorni fino alla morte. Alcuni, con le mani e i piedi legati al collo, erano fatti a pezzi dai cani. Altri servivano da bersaglio da tiro. Altri venivano presi per le gambe e squartati. I bambini piccoli venivano gettati in secchi d'acqua e annegati. Le donne erano appese nude per i capelli e lasciate morire".

³⁴ FYFE

Non ha mai saputo che ad Auschwitz sono state sterminati milioni di uomini?

GÖRING

Non mi risulta.

FYFE

Ma gli effetti di perversione si realizzano anche in settori meno evidenti, e tuttavia fondamentali per la civiltà giuridica occidentale, di radice illuministica.

Ne cito due soltanto, che sembrano tornare anche oggi di attualità.

La concezione distorta del potere del popolo, inteso come potere assoluto della maggioranza:

JACKSON³⁵

Conquistato il potere nel '33, perché avete abolito il regime parlamentare?

GÖRING³⁶

Non era più di alcuna utilità e noi avevamo la maggioranza.

JACKSON

Lei sapeva che erano stati raccolti milioni di indumenti, tra cui 22.000 chili di fedi d'oro, 35 vagoni di pellicce? Nessuno l'ha mai informata da dove provenivano tutti questi oggetti?

GÖRING

Mai.

FYFE

Glielo dico io, da Auschwitz! Lei ha sentito la testimonianza di quell'ebreo polacco sui metodi del suo amico Himmler? Le donne aspettavano cinque minuti in più degli uomini prima di morire, perché gli dovevano tagliare i capelli per fare materassi. Non ha mai saputo che la Germania incrementava la propria economia anche grazie ai beni delle persone che assassinava?

JACKSON

Questo è un suo ordine di deportazione di 12.000 ebrei. "Del carico solo il trenta per cento sono abili a lavoro, gli inabili, le donne e i bambini, destinateli al trattamento speciale". Il trattamento speciale era ovviamente lo sterminio. Ricorda questa lettera?

KALTENBRUNNER (capo dell'Ufficio centrale per la sicurezza del Reich)

No.

³⁵ Presidente del Tribunale.

³⁶ Reichsmarchall del Grande Reich.

Per questo avete soppresso i partiti dell'opposizione?

GÖRING

Fino allora avevamo vissuto d'opposizione. Era venuto il momento di disfarci di questa abitudine e cominciare a costruire.

La concezione distorta della giustizia, intesa come espressione di un asserito interesse nazionale, interpretato da una suprema autorità investita direttamente dal popolo:

JACKSON (a Frank)

Imputato Frank, com'è riuscito a conciliare il suo ruolo di giurista del partito con l'idea di Hitler che la giustizia era nemica del popolo?

FRANK (a Jackson)

Ero assolutamente d'accordo, volevamo instaurare un nuovo diritto nazionale tedesco.

JACKSON

Un nuovo diritto che si basava su norme come questa: "Il giudice non ha alcun potere d'interferire sulle decisioni del Führer"!

Il pericolo di una identificazione fra diritto e potere, di una concezione del diritto come mero strumento dell'affermazione della volontà dei detentori del potere, viene espresso nel dramma di Friedrich Schiller "Maria Stuart", quando la regina dice in una scena: "Guardatevi, nobile Lord, che il bene dello Stato non Vi appaia quale giustizia".

Analogo concetto si ritrova nelle parole pronunciate – in sede di apertura del processo – dal Presidente del Tribunale di Norimberga Lawrence, quando rammenta il fatto che il Tribunale giudica, come crimini internazionali, non più soltanto crimini di guerra, ma anche crimini contro l'umanità. Ed agli imputati nazisti, che si difendono invocando a propria

discolpa l'aver ubbidito alle leggi dello Stato, il Presidente Lawrence oppone la *Higher Law*, vale a dire la "Legge superiore" non scritta; ispirandosi agli *αγραφοι νόμοι* dell'Antigone di Sofocle.

Nella nostra esperienza storica del XX secolo, il nazionalsocialismo costituisce la tragicamente più nota (ma non l'unica) espressione del potere nella sua funzione negativa. Benché sia durato solo dodici anni, non soltanto condusse a una catastrofe di portata mondiale ma, attraverso l'evidente emarginazione del valore autonomo del diritto operata da quel regime, produsse anche una deformazione, fino ad allora sconosciuta, del pensiero giuridico.

5. La reazione alla shoah. Le "carte dei diritti" del dopoguerra

La seconda guerra mondiale si è conclusa con l'emanazione di una serie di testi internazionali e di carte costituzionali. La stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, l'istituzione e la Carta delle Nazioni Unite, rappresentano una reazione allo *shock* tremendo causato dalle esperienze totalitarie, dalla deriva estrema della discriminazione razziale, dagli orrori della seconda guerra mondiale ed in particolare dall'immensa ferita che il genocidio ha lasciato nella "illuminata" civiltà occidentale.

Tutto l'insieme dei valori che hanno caratterizzato il periodo post-bellico, cristallizzati nelle varie Costituzioni, legislazioni e nei documenti internazionali, insomma nell'intero sistema etico-giuridico elaborato a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, è il risultato della reazione alle idee nefaste che causarono la deriva omicida dei regimi totalitari. In quest'ottica, l'insieme di valori attivamente condivisi (come per es. l'eguaglianza dei cittadini) che è alla base delle codificazioni nazionali post-belliche e del diritto internazionale generale è stato definito come una

sorta di “reazione immunitaria” all’endemicità delle ideologie che hanno avuto come conseguenza estrema la *Shoah*³⁷.

In particolare, il Patto sui diritti civili e politici vincola le Parti a garantire a tutti gli individui che si trovino sul loro territorio e siano sottoposti alla loro giurisdizione, senza distinzione o discriminazione di alcun genere, una serie di fondamentali diritti, sostanziali (fra i quali il diritto alla vita, il diritto a non essere soggetto a tortura o a trattamenti crudeli e degradanti, la libertà di coscienza e/o di religione e di manifestazione della propria religione), ma anche processuali, soprattutto in relazione a imputazioni di carattere penale.

Esistono peraltro taluni diritti umani oggetto di obblighi non derogabili in qualsiasi tempo e in qualsiasi circostanza, quali sono il diritto alla vita, quello a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, quello alla libertà dalla schiavitù, alla libertà di religione, di credo e di opinione e alla garanzia dei principi *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*.

Tuttavia, i valori richiamati nelle proclamazioni di diritti assumono, di volta in volta, un diverso significato storico, in dipendenza dei testi costituzionali e dei trattati internazionali che li contengono. Questa circostanza ne relativizza la portata, di modo che essi divengono funzionali al diverso contesto problematico entro il quale sono, di volta in volta, inseriti³⁸.

³⁷ FRONZA E., *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1999, 3, 1034.

³⁸ BOBBIO N., *L’età dei diritti*, Torino, 1990 e 1992, *passim*; ID., *Diritto*, in *NN.D.I.*, V, Torino, 1960, 769; BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teoretico*, Roma-Bari, 2002, *passim*; PECES, MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto pubbl.*, V, Torino, 1990, 139.

In linea di prima approssimazione, i cosiddetti “diritti dell’uomo”, più che diritti nel senso tecnico di pretese di comportamento garantite da una sanzione giuridica, sembrano piuttosto uno degli oggetti di quel patrimonio culturale immateriale, costituito da prassi, rappresentazioni, espressioni e conoscenze che i gruppi e gli individui riconoscono quale eredità trasmessa di generazione in generazione (e continuamente ricreata nell’interazione con la natura e la storia), alla cui salvaguardia l’Unesco ha promosso nel 2003 una Convenzione ratificata dall’Italia con la legge 27 settembre 2007 n. 167.

Il metodo seguito nella elaborazione delle “carte dei diritti”, largamente influenzato dalla cultura giuridica anglosassone, è stato criticato da autorevole dottrina³⁹, secondo cui quella invocata dai trattati e dalle convenzioni internazionali e dalle carte costituzionali sarebbe una categoria culturale piuttosto che giuridica.

L’introduzione, propiziata dalla letteratura anglo-americana, di locuzioni come *moral rights*, in contrapposizione ai *legal rights*, non soltanto non conferirebbe al discorso maggiore concretezza, ma lo renderebbe, almeno per i giuristi continentali, poco comprensibile: infatti, la nozione di “diritto giuridico” o “legale” è ridondante, mentre la nozione di “diritto morale” è, almeno per la tradizione giuspositivistica, contraddittoria⁴⁰.

6. *Il neocostituzionalismo*

³⁹ BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., XVIII.

⁴⁰ BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., XVIII.

Tuttavia, la corrente di pensiero che si richiama alle “Carte dei diritti” internazionali e alle Costituzioni del dopoguerra (in particolare quelle tedesca e italiana) sembra oggi la più attrezzata. Come osserva Fiandaca⁴¹, secondo il “neo-costituzionalismo” contemporaneo i principi e i parametri costituzionali di giudizio possono essere considerati esemplificazione del più pertinente modello di “morale critica”⁴², applicabile oggi negli ordinamenti giuridici. I principi e i diritti fondamentali consacrati nelle Costituzioni avrebbero appunto un’origine morale e manterrebbero una dimensione morale, quali limiti morali giuridicamente “positivizzati” a difesa dell’individuo nei confronti della coercizione statale (*in primis*, criteri di idoneità, necessità e proporzionalità dell’intervento penale).

Come ricorda poi Donini⁴³, il *neo-costituzionalismo* si afferma a partire dalla seconda metà degli anni ’60, ponendo al centro della riflessione sulla legittimazione del diritto penale soprattutto i principi costituzionali della *offensività* e della *colpevolezza*. I due principi comportano l’abbandono di un diritto penale della pericolosità, della mera prevenzione soggettiva, dell’intenzione o dell’atteggiamento interiore, a favore di un diritto penale del fatto oggettivo e dell’offesa⁴⁴.

Nello stesso tempo, l’approccio costituzionalistico, e la strutturazione finalistica delle Costituzioni moderne, caratterizzate anche da

⁴¹ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*, cit.

⁴² Qui l’Autore richiama la distinzione di matrice utilitarista, rinverdata da Herbert Hart, tra morale positiva (morale effettivamente accettata e condivisa in un determinato gruppo sociale) e morale critica (principi generali da impiegare nel sottoporre a vaglio critico la morale o le morali positive).

⁴³ DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, cit.

⁴⁴ Argomentato sui nessi fra pene e misure di sicurezza secondo la Costituzione (art. 25, commi 2 e 3, Cost.), in rapporto al valore primario della libertà che si sacrifica dopo la responsabilità per il “fatto” (art. 25 cpv. Cost.), ma a fini di rieducazione (art. 27, comma 3, Cost.).

un programma e una sistematica *de lege ferenda*, fa rientrare nella teoria del reato non soltanto il diritto positivo, ma anche la *politica del diritto*, “una politica che ondeggia continuamente fra il vincolo di principi *positivi* (che non sono *regole* determinate) e l’esigenza di trovare i contenuti di quei principi mediante scelte di democrazia politica, anziché mediante l’appalto quasi esclusivo delle concretizzazioni di valore a organi di vario livello giurisdizionale, che procedono con argomentazioni *apparentemente tecniche*, o comunque caratterizzate da tecniche argomentative ben diverse da quelle che si impiegano solitamente nell’interpretazione delle *regole* del diritto ordinario”⁴⁵.

Come ricorda ancora Donini⁴⁶, l’approccio costituzionalistico in Italia ha avuto uno sviluppo enorme, diventando il vero *background* culturale comune a tutte le “scuole”, con interventi decisivi e molto numerosi della Corte costituzionale in materie di diritto penale sostanziale (e non solo processuale); ed ha esercitato – aggiungiamo noi – un grande *appeal* sui giuristi. Infatti “se le politiche fossero solo quelle dei parlamenti, il penalista sarebbe una bandieruola nelle loro mani febbrili. Invece, l’aggancio a principi superiori, costituzionali o sovranazionali, gli assicura un ruolo che non sia di mero consigliere e commentatore del Principe”⁴⁷.

In particolare, nella dottrina e giurisprudenza italiana il *neo-costituzionalismo* richiama le aspettative profonde sottese al principio di legalità, che postulano la razionalità intrinseca della norma punitiva,

⁴⁵ Così ancora DONINI, *Selettività*, cit.

⁴⁶ DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 04, 1646.

⁴⁷ DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit.

rispettosa di una penalità ragionevole e condivisa, se non da tutti, almeno dalla grandissima maggioranza dei cittadini.

Quindi il principio di legalità si manifesta in tutta la sua valenza di tutela del cittadino soltanto quando coniuga indissolubilmente la garanzia politica e l'esigenza di certezza con i principi di colpevolezza e di offensività dell'illecito⁴⁸. In tal modo il principio di legalità diventa condizione positiva per l'attuazione integrale del principio di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza dell'autore per il fatto compiuto, ai sensi dell'[art. 27, 1° e 3° co., Cost.](#)⁴⁹.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale vengono poi valorizzati due aspetti diversi dell'offensività: 1) come *principio diretto al legislatore*, suscettibile di “controllo di legittimità” da parte della Corte non autonomamente, ma soprattutto sotto il profilo della “ragionevolezza” (art. 3, comma 1, Cost.), vale a dire in relazione ai reati di pericolo astratto-presunto nei quali la presunzione di offesa risulti manifestamente irragionevole; 2) come *principio diretto all'interprete*, come tale

⁴⁸ Per l'introduzione del principio di colpevolezza nel dibattito culturale italiano va segnalata in particolare l'opera di PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 71 ss., 118 ss., 525 ss. Nella più recente letteratura di carattere generale, con altri richiami, v. per tutti ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2ª ed., Milano, 1995, Pre-Art. 39/66 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 1995, 85 ss. Quanto al principio di offensività, o di necessaria lesività, si tratta, come è stato detto, di un “prodotto tipicamente italiano” (così PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Atti del Convegno di Saint Vincent, 6-8 maggio 1994, Milano, 1996, 74): v. su di esso in generale FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994, 275 ss. (nonché negli Atti del Convegno ult. cit., 61 ss.); MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, 477 ss.; VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 529 ss.

⁴⁹ RONCO, *Il principio di legalità*, in *Comm. Ronco*, I, *La legge penale*, Bologna, 2006, 4.

utilizzabile direttamente dal giudice nella lettura di ogni incriminazione, senza nessuna necessità di previo intervento della Corte costituzionale⁵⁰.

Meritevole di citazione, in proposito, soprattutto la decisione della Corte costituzionale 24 marzo 1988, n. 364⁵¹, ove è messo in luce il legame tra i principi di legalità e colpevolezza, con la sottolineatura che le garanzie di cui agli artt. 73, 3° co. e 25, 2° co., Cost. “per loro natura formali”, vanno però “svelate nelle loro implicazioni”, afferenti all’adempimento, da parte dello Stato, di precisi doveri in ordine alla “formulazione, struttura e contenuti delle norme penali”. Quindi il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali rinvia “alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di *rilievo costituzionale* e tali da esser percepite anche in funzione di norme *extrapenali*, di civiltà, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare”.

⁵⁰ In questo *excursus*, vanno ricordate: C. cost. 22 marzo 1986, n. 62, in *Cass. pen.*, 1986, 1053, in tema di armi ed esplosivi; C. cost. 6 ottobre 1988, n. 957, *ibidem*, 1989, 186, in tema di sottrazione consensuale di minori; C. cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Cass. pen.*, 1988, 714 (par. 17), sull'art. 5 c.p.; ordin. C. cost. 14 giugno-25 luglio 1989, in *Cass. pen.*, 1990, 725 ss., con nota di INSOLERA, sulla previgente ipotesi di irregolare tenuta delle scritture contabili a fini tributari; e soprattutto C. cost. 10-11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, 2646 ss., spec. 2658-2661 e 2671 s., in materia di stupefacenti. V. altresì, in argomento, FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991, 61 ss).

⁵¹ Che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’ art. 5 c.p., per contrasto con gli artt. 2 , 3, 25, comma 2, 27, commi 1 e 3, Cost.

CAPITOLO II

IL LIBERALISMO PENALE ANGLOSASSONE

1. *La dottrina liberal anglosassone. La teoria milliana dell'harm principle*
Come ha osservato Donini⁵², recensendo uno scritto di Alberto Cadoppi⁵³, “secondo le premesse *liberal*, particolarmente sviluppate nella tradizione giuridica di lingua inglese, da J.S. Mill a H.L.A. Hart, a Feinberg, il diritto penale, oltre che strumento per la tutela di beni, è garanzia per i destinatari della legge, garanzia della conoscibilità dei precetti e della prevedibilità delle decisioni, garanzia, infine, della libertà di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi, dovendo esso ritagliare, dalla sfera preponderante del lecito, solo alcune condotte fra quelle che producano un danno agli altri (non a se stessi o alla morale in sé)”.

Il nucleo essenziale e originario della concezione anglosassone è la teoria milliana dell'*harm principle*: principio per cui sono passibili di pena soltanto quelle condotte che cagionano un danno o espongono a pericolo persone differenti dal soggetto attivo del reato.

Una impostazione diversa da quella della *Rechtsgutstheorie*, di matrice europea, poiché nella cultura di *common law* il concetto di *harm* (corrispondente al principio di offensività) è innegabilmente più generico e viene impiegato in un'accezione più individualistica, come danno o lesione di interessi di singoli, e anche se non manca la tutela di interessi collettivi,

⁵² DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.* 2002, 03, 1165.

⁵³ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, p. XII-356.

come quelli dello Stato, sembra che gli interessi superindividuali siano spesso concepiti soprattutto come sommatoria di beni individuali⁵⁴.

Ma la diversità si attenua se si considera che anche nella dottrina anglosassone a quella di *harm* si affianca la nozione di *offense*, e specialmente di *criminal offense*; una nozione più generica, che è stata peraltro valorizzata, nelle materie eticamente sensibili, in una peculiare accezione equivalente a quella di “molestia”, o di “disturbo” alle persone.

2. L'opera di Joel Feinberg

Per comprendere l'effettiva portata della teoria anglosassone, occorre prendere le mosse dagli studi di Joel Feinberg⁵⁵, il quale – come già detto - rappresenta un imprescindibile punto di riferimento per chiunque intenda analizzare il dibattito internazionale sulla legittimazione del diritto penale.

Come già detto, l'opera del filosofo americano, che mira a sviluppare organicamente il pensiero del liberalismo penale, espresso originariamente da Stuart Mill, è articolata in quattro volumi⁵⁶, i quali chiariscono che il principio del danno viene a scomporsi in quattro sotto-principi, che sono il danno ad altri (“*Harm to Others*”), la molestia ad altri (“*Offense to Others*”), il danno a se stessi (“*Harm to Self*”) e la condotta illecita o immorale non dannosa (“*Harmless Wrongdoing*”). Secondo Feinberg solo i primi due tipi di condotte sono legittimamente sottoponibili al controllo del diritto penale in applicazione del principio del danno.

⁵⁴ DONINI, *Danno e offesa*, cit.

⁵⁵ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, cit.

⁵⁶ “*Harm to Others*” (1984), “*Offense to Others*” (1985), “*Harm to Self*” (1986), e “*Harmless Wrongdoing*” (1988).

Più precisamente, l'analisi dei diversi principi ai quali - secondo Feinberg - è possibile ricorrere per giustificare e, conseguentemente, legittimare la tutela penale, prevede il riferimento all'*harm principle*, di elaborazione milliana⁵⁷ (che limita la punibilità soltanto a quelle condotte che cagionano un danno o espongono a pericolo persone differenti dal soggetto attivo del reato); all'*offense to others principle* (comporta la punibilità di quei comportamenti che determinano un disturbo o una molestia a persone diverse dal soggetto agente); al *legal paternalism* (legittima l'incriminazione delle condotte dannose o pericolose per lo stesso soggetto che le realizza); e, infine, al *legal moralism*, che riecheggia la c.d. concezione propulsiva del diritto penale (sono punibili le condotte immorali, ovvero quelle che si pongono in contrasto, o sono comunque incompatibili, con il sistema morale proprio della società che di volta in volta venga considerata).

Peraltro, nell'ambito di quest'ultimo principio è possibile individuare una linea di confine fra una tesi moderata che prevede la punibilità delle condotte immorali non in quanto tali bensì perché socialmente dannose (danno "sociale" a differenza del danno "individuale" della prospettiva liberale) e una tesi estrema che concepisce la tutela penale come direttamente rivolta nei confronti delle condotte immorali in sé considerate, nella misura in cui il diritto penale serve a proteggere la morale dominante, a prescindere dal fatto che si sia verificato un danno o una molestia nei confronti di persone diverse dal soggetto agente.

Dopo aver verificato i vari criteri cui, potenzialmente, il legislatore può attingere nella determinazione di ciò che sia penalmente sanzionabile, in adesione ad una versione liberale moderata, Feinberg sostiene che

⁵⁷ STUART MILL J., *On liberty* (trad. it. *Saggio sulla libertà*), Il Saggiatore, Milano, 1997.

soltanto i primi due principi possono essere considerati alla stregua di legittimo fondamento della tutela penale, pur con delle inevitabili differenze dal punto di vista sanzionatorio (*l'offense to other principle*, infatti, comporta delle fattispecie di reato meno gravi punite con sanzioni più blande rispetto a quelle previste nelle ipotesi di *harm principle*).

Particolare rilievo assume in quest'ottica la nozione di “danno” elaborata da Feinberg, il quale sostiene che una condotta umana possa essere penalmente sanzionata soltanto se e nella misura in cui comporti, contestualmente, l'arretramento di un interesse ed una violazione dei diritti del titolare dell'interesse stesso.

Proprio nella definizione dei caratteri del danno, necessario presupposto per l'intervento del diritto penale, risiedono tuttavia i limiti del principio dell'*harm principle*, in quanto lo stesso Feinberg non riesce nell'intento di precisare quali siano gli interessi la cui violazione possa giustificare in concreto l'intervento penale, demandando pur sempre al legislatore, tramite una serie di valutazioni morali (le c.d. *massime di mediazione*), la determinazione del penalmente sanzionabile. Si tratta, probabilmente, di un limite intrinsecamente correlato alla natura stessa della democrazia, in cui è inevitabile che le scelte di valore volte a stabilire quando una condotta possa essere penalmente sanzionata sono compiute in misura fondamentale da chi rappresenta la volontà popolare.

Peraltro, è necessario ricordare che, a partire dagli anni '90, è andata sempre più affermandosi una posizione conservatrice tesa a far proprio quel concetto di danno che i liberali utilizzano in chiave restrittiva (per ridurre l'ambito del penalmente rilevante) al fine di realizzare l'effetto diametralmente opposto: l'effetto, cioè, di legittimare la punibilità di un gran numero di condotte contrarie alla morale dominante e, comunque, produttive di un danno.

3. *Le critiche alla teoria dell'harm principle*

Come già detto anticipando nelle linee essenziali il pensiero di Feinberg, i limiti fondamentali della teoria dell'*harm principle* risiedono proprio nella definizione dei caratteri del danno, necessario presupposto per l'intervento del diritto penale.

Come in proposito annota Donini⁵⁸, il concetto di *harm* è sempre stato indeterminato, fin dai tempi in cui John Stuart Mill ha posto le basi del liberalismo penale classico sulla premessa che vieta di sacrificare la libertà dei cittadini senza che questi abbiano cagionato un danno (*harm*) a qualcuno.

Infatti, nella versione originaria, l'*harm principle* svolge una funzione fortemente limitativa dell'intervento penale (escludendo ad esempio la illiceità del danno cagionato a se stessi, ed impedendo quindi l'obbligo penale di condotte per mere finalità di miglioramento della persona); in tal senso, svolge una funzione per certi aspetti analoga a quella della *Rechtsgutstheorie* nella sua versione *liberal*.

Ma, come quest'ultima, essa è troppo selettiva, e non del tutto adatta a soddisfare le esigenze di un ordinamento giuridico penale moderno e complesso; poiché ad esempio – prosegue Donini - dovremmo ritenere reati c.d. “senza vittima”, e dunque fatti da liceizzare, quelli che dipendono da scelte immorali ma consapevoli e volontarie della stessa vittima⁵⁹, ma anche e soprattutto i reati di pericolo, o le incriminazioni poste a tutela di esigenze preventive di sicurezza, di beni c.d. immateriali etc., che non cagionano un

⁵⁸ DONINI, *Danno e offesa*, cit.

⁵⁹ Droga, prostituzione, condotte sadomaso “lesive gravi” tra adulti, omicidio del consenziente, duello, rissa, lotte tra gladiatori o sport violenti pericolosi con accettata violazione reciproca di regole di tutela dell'incolumità o della vita etc.

danno in senso stretto, ma un pregiudizio del tutto potenziale e “accettato” da una cerchia di destinatari.

In pratica, è appena il caso di dire che sia la legislazione sia la dottrina di *common law* ammettono senza alcuna difficoltà la legittimità di varie incriminazioni relative ai comportamenti ricordati, ma anche la tutela anticipata della salute pubblica, dell’ambiente etc. Il “danno”, dunque, nella sua valenza *positiva* è anche quello potenziale, e comprende il pericolo (*danger, risk*), ammettendo quindi l’intervento penale a tutela non solo dei individuali (diritti soggettivi, beni spirituali), ma anche degli interessi collettivi.

Anche in *common law* non mancano norme penali a tutela di beni collettivi contro condotte di pericolo astratto, e lo stesso Feinberg ammette che la tutela penale dell’ambiente sia legittima quando la legge amministrativa determina le soglie di rischio rilevanti per le immissioni di sostanze “dannose” in acque o nel suolo, in considerazione anche solo della *natura cumulativa del danno potenziale (accumulative harm)*⁶⁰.

In questa versione *positiva*, la teoria del danno appare però troppo *poco selettiva*.

Secondo Donini⁶¹, dunque, i concetti di *harm* e di *offense* (intesa quest’ultima quale molestia), presentano alcune *carenze di fondo*: 1) appaiono imprecisi e contraddittori (specialmente con riferimento al problema della tutela penale di beni extraindividuali); 2) da soli come *categorie generali*, non bastano per legittimare una incriminazione; 3) sia l’*harm* sia l’*offense* sono spesso definiti mediante un utilizzo ambiguo della categoria dei sentimenti (concetti che – da sempre valorizzati nella cultura

⁶⁰ FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., 227 ss.

⁶¹ DONINI, *Danno e offesa*, cit.

anglosassone fin dai tempi di Shaftesbury, Hume, Hutcheson e Adam Smith - sono di grande interesse per la filosofia morale, ma non appaiono adeguati per delimitare tecnicamente i concetti di *bene giuridico* e di *danno* penalmente rilevanti).

In conclusione, secondo Donini⁶², come criteri di legittimazione i concetti di *harm* e di *offense*, al pari di quello di *bene giuridico*, sarebbero del tutto insufficienti; “incapaci, da soli, di giustificare i reati, e semmai solo di escluderne alcuni”.

Di qui l’esigenza di una ricostruzione più complessa, di una rilettura delle due teorie integrata dal richiamo alle moderne Costituzioni, per individuare alcuni parametri di fondo che convergano insieme nel dare al reato anche un volto positivo di matrice costituzionalistica, e capace di fare resistenza a spinte incriminatrici (anche internazionali) di matrice illiberale.

In ogni caso, nonostante i difetti e i limiti connaturati alla nozione di danno, si deve anticipare fin d’ora che, rispetto alla teoria europeo-continentale del *bene giuridico*, i concetti di *danno* e *molestia* sono più nettamente definiti e, potenzialmente, maggiormente idonei a porre dei limiti più o meno vincolanti alla discrezionalità politico-criminale del legislatore, pur nella consapevolezza della perdurante necessità di continuarne a postulare degli inevitabili margini di autonomia.

⁶² *Ibidem.*

CAPITOLO III
LE TEORIE *LIBERAL* DI FRONTE
AL PROCESSO DI RIETICIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE
ED AL PATERNALISMO LEGALE

1. *La Rechtsgutstheorie e la teoria dell'harm principle di fronte al processo di rieticizzazione del diritto penale*

Una rilettura integrata della teoria europeo-continentale del *bene giuridico* e di quella anglosassone basata sull'*harm principle* pone subito in evidenza le rispettive analogie *liberal*, legate ad un processo culturale di *secolarizzazione* in senso sociologico e, dal punto di vista costituzional-penalistico, di tendenziale separazione tra legge penale e morale.

Come annota Fiandaca⁶³, la tesi della distinzione e reciproca autonomia tra delitto, peccato e/o immoralità si basa sulla premessa che lo Stato non debba paternalisticamente assurgere a tutore della virtù dei cittadini, non rientrando tra i suoi compiti interferire nel modo di essere, di pensare e nell'atteggiamento interiore dei singoli individui.

In questo senso, nettamente antipaternalistico è il nucleo essenziale delle teorie liberali, basate sia sul concetto di dannosità sociale come danno ad altri, sia sul concetto di *bene giuridico*, nella versione c.d. liberale proposta, innanzitutto in Germania, fra gli anni '50 e '60 del Novecento.

L'impostazione *liberal* è impeccabile, ma a una condizione: quella che la dannosità postulata si traduca nella lesione di entità materiali o materializzabili; entità suscettibili di subire un danno concreto, empiricamente accertabile con sufficiente precisione (il che riporta ai

⁶³ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'Post-Secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 2-3, 546.

tradizionali beni giuridici individuali quali vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale, patrimonio e pochissimi altri⁶⁴).

Ma tale delimitazione – lo si è già detto – può apparire contestabile per più ragioni, ed è fonte di insufficienze e di ambiguità teoriche.

A ciò si aggiunga che – come fa ancora rilevare Fiandaca⁶⁵ - le dottrine rigorosamente “laiche” della selezione del penalmente tutelabile subiscono da tempo forti contropinte, convergenti nel promuovere un processo di ri-eticizzazione del diritto penale.

2. *Il legal paternalism*

La prima di queste contropinte si manifesta nel rafforzamento di una tendenza mai sopita al *paternalismo* giuridico.

Secondo la celebre definizione di Dworkin⁶⁶, il paternalismo giuridico è l’attentato alla dignità degli esseri umani che si attua quando gli adulti vengono trattati come bambini, privandoli - in nome di un’ideologia politica o religiosa - della libertà di scegliere i propri valori.

L’ideologia paternalistica è risalente nel tempo, e percorre trasversalmente epoche storiche e culture diverse. E già Immanuel Kant ne segnalava le insidie, quando sottolineava che “un governo fondato sul principio di benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*), in cui i sudditi, come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o

⁶⁴ FIANDACA, *ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ DWORIN, *Paternalism in Morality and the Law*, in *Philosophy of Law*, Belmont, 1971-1975, *passim*.

dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente, (...) è il peggior dispotismo che si possa immaginare”⁶⁷.

Il *legal paternalism* è ben radicato anche nella cultura anglosassone, ove si coniuga storicamente con l’ideologia puritana (si pensi alle sanzioni contro il comportamento omosessuale vigenti nella Gran Bretagna degli anni ‘50 del secolo scorso).

Non è un caso, perciò, che la letteratura che maggiormente ha esaminato il fenomeno sia quella anglo-americana⁶⁸; ed è significativo che anche nella straordinaria tetralogia di Feinberg, dedicata alle ragioni che legittimano la penalizzazione di una condotta, sia riservato al *paternalismo* un intero volume, dal titolo *Harm to Self*.

Come ricorda Mario Romano⁶⁹, nel riassumere le ragioni che giustificano la criminalizzazione di una condotta, Feinberg afferma, quanto al principio del danno, che è sempre una buona ragione in supporto di una legge penale il fatto che essa sia in grado di prevenire (eliminare, ridurre) un danno a persone diverse dal soggetto al quale si vieta di agire. E quanto al principio dell’offesa, che è sempre una buona ragione a supporto di una legge penale il fatto che sia necessaria per prevenire una seria offesa a persona diversa dal soggetto e che sarebbe un mezzo efficace ove

⁶⁷ KANT I., *Per la pace perpetua* (apparso nel 1795 per l’editore Nicolovius di Königsberg); ed. it. Editori Riuniti, Roma, 1992, pagg. xviii-xx. V. anche KANT I., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1956, p. 255.

⁶⁸ Cfr. DICIOTTI, *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1986, 557.

⁶⁹ ROMANO M., *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 03, 984.

introdotta. I due principi insieme, del danno e dell'offesa, “debitamente chiariti e qualificati”, esauriscono le buone ragioni dei divieti penali⁷⁰.

In termini penalistici generali, la questione che pone il *paternalismo legale* è proprio quella dei limiti morali del diritto penale, e si riassume nell'interrogativo: può lo Stato ricorrere allo strumento penale, ed interferire con l'autonomia dell'individuo per costringerlo ad una condotta che riguarda solo suoi vantaggi o svantaggi, ad una condotta che quindi egli dovrebbe poter liberamente accettare o rifiutare?

Come ricorda ancora Romano⁷¹, fin dal tempo di John Stuart Mill, che dalla rigorosa opposizione al paternalismo eccettuava i minori e le persone incapaci di provvedere a se stesse, volontà e consenso occupano in ogni dibattito sul paternalismo una posizione centrale.

Sul tema, neppure la teoria anglosassone è univoca.

Lo stesso Feinberg – pur escludendo dalle fonti di legittimazione del diritto penale il *legal paternalism* (che legittima l'incriminazione delle condotte dannose o pericolose per lo stesso soggetto che le realizza) – introduce tuttavia la nota distinzione, poi ripresa da altri, tra paternalismo *hard*, o forte, e paternalismo *soft*, o morbido⁷².

Nell'ottica *liberal* la questione non è quella di interferire con l'autonomia dell'individuo, di condizionare le sue scelte, bensì soltanto quella di verificare che le scelte siano veramente *sue*.

Il paternalismo *soft* consente alla legge penale di vietare anche una condotta dannosa solo a se stessi solo quando l'azione non è volontaria o se è necessario del tempo per appurare se lo è o no. E gran parte di *Harm to*

⁷⁰ Così, testualmente, FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. XVII.

⁷¹ ROMANO, *Danno a se stessi*, cit.

⁷² FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 12.

Self è dedicata all'esame dettagliato dei requisiti della volontà e del consenso, indispensabili espressioni dell'autonomia personale impermeabile al potere dello Stato.

Anche nell'ordinamento italiano non sono certamente rari gli esempi del *paternalismo legale*. Come si vedrà, l'esempio più evidente è quello offerto dalla legge sulla "procreazione assistita", le cui indicazioni normative fanno emergere un chiaro modello di "paternalismo legale", caratterizzato da una sensibile limitazione ("per il suo bene") dell'autonomia dell'individuo.

CAPITOLO IV

LA RIVALUTAZIONE DOGMATICA DELL'ETICA RELIGIOSA.

LA TUTELA PENALE DELLA RELIGIONE (O DEL SENTIMENTO RELIGIOSO)

Il già cennato processo contemporaneo di rieticizzazione del diritto penale si manifesta poi in una tendenza alla rivalutazione dogmatica dell'etica religiosa.

Come osserva Fiandaca⁷³, “neppure questa volta il fenomeno è soltanto italiano, ma si iscrive in un orizzonte ben più ampio, che include un paese-guida come gli Stati Uniti di Bush, e che si caratterizza per una prospettiva di *revival* religioso e, al tempo stesso, di rivalorizzazione della religione (...) quale fattore di coesione e moralizzazione della vita sociale”. E' la cosiddetta “post-secolarizzazione”, di cui parla il sociologo tedesco Klaus Eder per evidenziare la tendenza ad un ritorno della dimensione religiosa nella sfera pubblica, con la connessa pretesa di influenzare le scelte politiche anche in sede istituzionale⁷⁴.

Come rileva ancora Fiandaca, è espressione paradigmatica di questo mutato *Zeitgeist* la Chiesa cattolica così come rappresentata oggi dal Pontefice Benedetto XVI. In questa visione, il rapporto tra morale e diritto viene profondamente modificato; al posto della tendenziale separazione tra diritto e morale, tradizionale *topos* liberale, subentra la primazia della morale (interpretata dalla Chiesa cattolica) sul diritto.

⁷³ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'Post-Secolarismo'*, cit.

⁷⁴ Cfr. EDER K., *Europäische Säkularisierung - ein Sonderweg in die postsäkulare Gesellschaft*, in *Berliner Journal fuer Soziologie*, 3, 2002, 313; nonché VISCONTI C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, spec. 1035 ss.

1. La tutela penale della religione (o del sentimento religioso)

Come è stato osservato, sul piano della teoria generale del diritto penale la materia della tutela penale della religione si presta come poche altre a “testare” i limiti dell’intervento penale: siamo infatti in una zona di confine, nella quale è controvertibile, e controverso, se e in quale misura possa addentrarsi⁷⁵ la legislazione penale statale. Le cui opzioni sui valori sono, come si sa, sempre più orientate dal profilo multietnico, multiculturale, multireligioso, che contraddistingue la società italiana del nostro tempo, e che inevitabilmente dovrebbe interagire con significato, portata, limiti, della tutela - anche penale - delle confessioni religiose, anzitutto promovendone la dimensione egualitaria e pluralista a scapito della - per taluni aspetti - improponibile funzione di mantenimento dell’identità culturale-religiosa nazionale⁷⁶.

Come annota Costantino Visconti in uno studio di poco anteriore all’ultima “riforma” di questo sotto-sistema del diritto penale italiano⁷⁷, questo settore penalistico racchiude in sé un alto contenuto politico-ideologico, tanto da essere ritenuto di per sé una sorta di “biglietto da visita”⁷⁸ dei moderni ordinamenti statali rispetto al grado di modernità laica e secolare raggiunto.

⁷⁵ MARINUCCI, DOLCINI, *Presentazione a Mormando, I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in Marinucci, Dolcini, *Trattato di diritto penale. Parte spec.*, Padova, 2005, V.

⁷⁶ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, 41. Nonché VISCONTI, *La tutela penale della religione nell’età post-secolare e ruolo della Corte costituzionale*, cit.

⁷⁷ VISCONTI, *La tutela penale della religione nell’età post-secolare e il ruolo della corte costituzionale*, cit. 1029.

⁷⁸ Così, tra gli altri, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale*, p.s., I, Bologna, 2002, 427, i quali riprendono l’espressione da ZIPF, *Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiös-weltanschaulichen Bereich*, in *NJW*, 1969, 1944

Visconti evidenzia la complessità delle questioni coinvolte, ricordando dapprima che per la cultura penalistica contemporanea i principi di laicità e secolarizzazione hanno rappresentato e rappresentano ancora le “colonne d’Ercole”, il baluardo irrinunciabile a difesa di un diritto penale emancipato da ipoteche trascendenti e conforme al pluralismo democratico custodito dall’ordinamento costituzionale; e che una buona parte della dottrina italiana non ha mai visto di buon occhio i delitti contro la religione coniati dal codice Rocco, definiti autorevolmente “cascami ripugnanti”⁷⁹ di un passato da rinnegare.

Ma ricorda anche la complessità della riflessione sui rapporti tra religione e ragione, tra credenti e non credenti nelle società democratiche attuali, citando le parole di “un campione del liberalismo contemporaneo”, Jürgen Habermas: “la neutralità del potere statale per ciò che concerne la visione del mondo, garanzia di eguali libertà etiche per ogni cittadino, è inconciliabile con la generalizzazione politica di una visione del mondo secolaristica. I cittadini secolarizzati non possono, finché compaiono nel loro ruolo di cittadini dello Stato, disconoscere un potenziale di verità in linea di principio alle concezioni del mondo religiose, né contestare ai propri concittadini credenti il diritto di contribuire alle discussioni pubbliche in lingua religiosa. Una cultura politica liberale può persino richiedere ai cittadini secolarizzati di partecipare allo sforzo di traduzione di materiali significativi dalla lingua religiosa a una lingua accessibile a tutti”⁸⁰.

⁷⁹ La definizione è di PADOVANI T., *La travagliata rinascita dei delitti in materia di religione*, in *St. jur.*, 1998, 923.

⁸⁰ Il brano di HABERMAS è tratto dalla relazione tenuta il 19 gennaio 2004 a Monaco in un incontro organizzato dalla *Katholische Akademie* sul tema *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, nella versione tradotta e pubblicata sotto il titolo *Quel che il filosofo laico concede a*

2. La tutela penale della religione nel corpus originario del codice Rocco. Il bene giuridico tutelato

Nel *corpus* originario del codice Rocco il bene giuridico tutelato era la religione in quanto tale, come bene giuridico di civiltà.

Si trattava di una valorizzazione penalistica della religione in quanto tale che risulterà disomogenea rispetto al significato, correttamente inteso, del rilievo costituzionale del fenomeno religioso⁸¹.

Secondo la Corte costituzionale⁸², l'assetto della tutela penale delineato nel codice Rocco, "si spiega(va) per il rilievo che, nelle concezioni politiche dell'epoca, era riconosciuto al cattolicesimo quale fattore di unità morale della nazione"; la - allora - religione dello Stato, "oltre ad essere considerata oggetto di professione di fede, era assunta a elemento costitutivo della compagine statale e, come tale, formava oggetto di particolare protezione anche nell'interesse dello Stato".

Secondo una meno benevola dottrina, l'opzione fondamentale del codice Rocco rappresentava un vero e proprio "ritorno al passato, a quei reati di religione che approntavano il castigo secolare per l'attacco al patrimonio dogmatico della Chiesa. Le esigenze di tutela sottese a quelle norme, sono fin troppo evidenti: la religione trascendeva i limiti del patrimonio morale individuale per assurgere ad interesse generale; di tal che doveva essere tutelata (penalmente, si badi bene!) perché la sua

Dio (più di Rawls), insieme alla relazione di J. Ratzinger, in *Ragione e fede in dialogo*, a cura di G. Bosetti, Venezia, 2005, 62.

⁸¹ SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983, 53, 91, 264.

⁸² C. Cost., 20 novembre 2000, n. 508.

conservazione era essenziale per il raggiungimento dei fini etici dello Stato⁸³.

3. Gli interventi della Corte costituzionale. L'affermazione del principio della laicità dello Stato

L'assetto originario del codice Rocco è stato profondamente modificato da una giurisprudenza costituzionale ispirata, nel corso di un decennio (1997-2005), al recupero del principio di eguaglianza nella tutela penale delle diverse confessioni religiose, nonché della libertà religiosa dei rispettivi fedeli.

L'*iter* giurisprudenziale di sostanziale ristrutturazione di questo comparto codicistico, iniziato con la decisione n. 440 riguardante il reato di bestemmia, ha registrato il suo epilogo con la sentenza n. 168 del 2005, che ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 8 Cost., il delitto di “offesa alla religione di Stato mediante vilipendio di persone” (art. 403 c.p.), nella parte in cui la relativa fattispecie prevedeva un trattamento sanzionatorio più grave rispetto a quello disposto dall'art. 406 c.p. per condotte identiche realizzate però contro i “culti ammessi”.

Ripercorrendo le fasi di questa evoluzione va ricordata per prima la sentenza n. 440 del 1995, concernente il reato di bestemmia.

Infatti - sebbene riguardante formalmente non già la categoria dei delitti contro il sentimento religioso, ma una contravvenzione⁸⁴ - la decisione si segnala per l'affermazione di un essenziale principio. Invero,

⁸³ MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in Marinucci, Dolcini, *Trattato di diritto penale*, parte spec., V, Padova, 2005, 40.

⁸⁴ Prevista dall'art. 724 del codice penale nell'ambito delle disposizioni concernenti “la polizia dei costumi”, per di più successivamente declassata a illecito amministrativo dalla legge sulla depenalizzazione del 1999.

nel dichiarare parzialmente incostituzionale il reato di bestemmia, la Consulta ne lascia sopravvivere la sola parte (l'offesa alle *divinità*) estensibile a tutte le religioni e quindi compatibile con i principi di eguaglianza e di pari trattamento di tutte le confessioni.

Il medesimo principio viene poi ribadito in due successive decisioni: una adeguatrice, la n. 329 del 1997, che dichiara parzialmente incostituzionale il reato di "offesa alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose" (art. 404 c.p.) "nella parte in cui prevede la pena della reclusione da un anno fino a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 c.p. per gli stessi fatti commessi a danno di altri culti"; l'altra seccamente caducatoria, la n. 508 del 2000, che dichiara incostituzionale, asportandola dal sistema, la principale fattispecie del settore codicistico dedicato alla materia, ossia il delitto di "vilipendio della religione di Stato" previsto dall'art. 402.

Il percorso si completa con altre due decisioni di accoglimento parziale: la n. 327 del 2002, riguardante il reato di "turbamento di funzioni religiose del culto cattolico" (art. 404 c.p.); e la n. 168 del 2005, concernente la fattispecie di "offesa alla religione di Stato mediante vilipendio di persone" (art. 403 c.p.). L'una e l'altra attuano il principio di eguaglianza nel trattamento sanzionatorio delle fattispecie, senza alcuna distinzione fra religione cattolica e "culti ammessi".

Qual è stato il *fil rouge* che ha legato le decisioni della Consulta?

Il primo, abbastanza evidente stando alla lettura delle motivazioni, è quello dell'adattamento (con decisioni talvolta adeguatrici, talaltra caducatorie) del sistema codicistico al principio di eguaglianza, inteso sia come divieto di discriminazioni per motivi religiosi (primo comma dell'art. 3 Cost.), sia come "eguale libertà" di fronte alla legge di tutte le confessioni religiose (primo comma dell'art. 8).

Ma il più importante *fil rouge* è quello del principio di laicità dello Stato, declinato per la prima volta, in *subiecta materia*, dalla decisione n. 203 del 1989⁸⁵, ove si afferma che il principio di laicità “implica non indifferenza dello Stato dinnanzi alla religione, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà religiosa”; e che postula quindi che lo Stato si ponga “al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini”, assicurando “la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”.

All’interpretazione del principio di laicità nella giurisprudenza della Consulta dedica la sua attenzione Costantino Visconti⁸⁶, secondo il quale – sebbene declinato ripetutamente secondo una ritmica regolare – tale principio non sembra essere stato inteso con uniformità di vedute sui contenuti e sugli effetti, ma piuttosto lascia emergere la convivenza di concezioni diverse, che richiamano a loro volta orientamenti diversi della dottrina.

Secondo Visconti, anche nella giurisprudenza costituzionale si confrontano una concezione di laicità di tipo “negativo”, intesa cioè come affermazione di neutralità, e comunque di equidistanza e imparzialità dello Stato rispetto alle confessioni religiose, ed una concezione di tipo “positivo”, che ammette la legittimità di un intervento del legislatore a tutela delle confessioni religiose.

Quest’ultima concezione è in effetti quella emergente nella decisione n. 203 del 1989, secondo la quale lo Stato si pone “a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini”, nonché nella sentenza n. 508 del 2000, ove si afferma che il principio di laicità non

⁸⁵ In *Giur. Cost.*, 1989, 890, e *ivi*, 908 ss.

⁸⁶ VISCONTI, *La tutela penale della religione*, cit., 1029.

implica “indifferenza e astensione dello Stato dinanzi alle religioni” e bensì “legittima interventi legislativi a protezione della libertà di religione”.

Come nota Visconti, si tratta di un riferimento esplicito alla concezione di laicità *positiva* che, a ben vedere, in questi termini non trova riscontro nelle altre sentenze riguardanti i reati attinenti alla religione, e sembra dettato da una preoccupazione di un eventuale sbilanciamento verso soluzioni abolizioniste che la scelta di depennare il vilipendio diretto poteva lasciar intendere; in altre parole, dalla presenza di una forte “sensibilità” interna alla Corte, “a cui l’estensore della sentenza ha voluto verosimilmente dare un sostanzioso riconoscimento, con un *eccesso di motivazione*, proprio laddove essa rischiava di entrare in sofferenza, cioè innanzi alla dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie *simbolo* dell’intero capitolo dei delitti contro il sentimento religioso”.

Con tale impostazione, il principio di laicità inteso dalla Consulta è qualcosa di diverso e di minore rispetto alle due principali declinazioni dottrinali. Sia rispetto al laicismo *forte*, secondo il quale è laico lo Stato che si disinteressa della sfera religiosa, relegandola - come suggerisce la cultura protestante - nella sfera dei “fatti privati”⁸⁷; sia rispetto al laicismo *debole*, secondo cui è laico uno Stato che mantiene nei confronti delle confessioni religiose una posizione di neutralità e di equidistanza⁸⁸.

Nel senso ritenuto dalla Corte costituzionale, il principio di laicità non comporta una vera e propria aconfessionalità dello Stato, ma si profila invece “come un principio aperto, il cui carattere principale è l’attitudine a

⁸⁷ Cfr. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1515.

⁸⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2007, 709.

recepire le istanze della società civile e religiosa”⁸⁹. Come osserva Domenico Pulitanò⁹⁰, “per il diritto penale laicità significa innanzi tutto riconoscimento e garanzia di un pluralismo di valori etici e politici, che debbono restare immuni da coercizione giuridica e poter legittimamente confrontarsi, con pari libertà e dignità. Un ordinamento statale secolarizzato non può essere braccio secolare di alcuna religione, di alcuna concezione del mondo pedissequa a concezioni religiose particolari”.

La dottrina si è interrogata sull’influenza che la giurisprudenza costituzionale ha svolto sul bene giuridico tutelato. Quale bene giuridico si profila nei superstiti delitti in materia di religione dopo l’opera riformatrice della Corte costituzionale?

Secondo la lettura di Visconti, gli interventi della Corte sul codice Rocco hanno reso “presentabile” una disciplina prima inaccettabile: quantomeno, adesso, non vi sono più profili di aperto contrasto con il principio di eguaglianza nella dimensione interreligiosa, pur restando il problema di una eventuale disparità rispetto a “credenze” religiosamente coltivate ma in negativo.

Tuttavia, nel complesso permane una trama codicistica ancora permeata dalla scelta di fondo compiuta negli anni ‘30 in favore della tutela della religione, soprattutto quella cattolica, nei termini di bene di civiltà, cioè in quanto fattore edificante e caratterizzante la comunità statale.

Permane quindi un sistema ispirato comunque allo scopo di tutelare la religione (le religioni) in sé e per sé. Sebbene inquadrato con riferimento a “beni intermedi” (le persone o le cose), le fattispecie incriminatrici

⁸⁹ FERRARI, *Laicità dello Stato e pluralismo delle religioni*, in *Società e diritto*, 2006, 26.

⁹⁰ PULITANO’, *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 65.

riguardano comunque le “offese alla religione”, in cui il principale bene protetto è la religione in quanto tale.

In conclusione, nonostante il *restyling*, la Consulta legittima il mantenimento ora e nel futuro di un presidio penale in materia di sentimento religioso.

In quest’ orientamento la Corte costituzionale italiana, peraltro, non è affatto isolata; e lo stesso Visconti rammenta al riguardo due significative sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: la decisione *Otto-Preminger-Institut c. Austria* del 20 settembre 1994⁹¹, e la *Wingrove c. Regno unito* del 24 novembre 1996⁹², nelle quali si fa riferimento ad una sorta di “necessità costituzionale” o, comunque, a una legittimazione di principio, delle varie forme di tutela penale del sentimento religioso previste negli ordinamenti europei.

Entrambe, infatti, facendo leva sulla libertà religiosa sancita dall’art. 9 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ritenuta comprensiva del sentimento religioso in senso stretto, hanno affermato la non contrarietà rispetto alla libertà di espressione del pensiero sancita dall’art. 10 Conv., della punibilità del vilipendio contro la religione e della blasfemia, così come configurantisi negli ordinamenti, rispettivamente, austriaco e britannico e nei casi concreti portati alla cognizione della Corte.

⁹¹ Pubblicata in *Riv. dir. int.*, 1995, 413 e ivi (368), con un commento fortemente critico di MARGIOTTA BROGLIO F., *Uno scontro tra libertà: la sentenza Otto-Preminger-Institut della Corte Europea*; la decisione è criticata anche da LARICCIA S., in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, *Commento sub art. 9*, Padova, 2001, 333, che considera la sentenza assimilabile alle censure imposte dagli Stati islamici “ai film non in linea con le interpretazioni più integraliste dell’Islam”.

⁹² Massimata in DE SALVIA M., *Compendium della Cedu*, Napoli, 2000, 245 (n. 46).

In conclusione, nel contesto determinato dalla giurisprudenza costituzionale italiana, il bene giuridico protetto è pur sempre la tutela della religione nei termini di bene di civiltà, con la sostituzione, all'interno dello stesso paradigma-bene di civiltà, della religione cattolica e dei c.d. culti ammessi meno tutelati con le confessioni religiose tutte al medesimo livello di protezione penale. Un bene giuridico culturale, declinato al plurale, già indicato nella decisione n. 440 del 1995 sulla bestemmia, ove si afferma, tra l'altro, che nella nostra comunità nazionale “hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse”.

In sintesi, come scrive Visconti, il bene giuridico tutelato resta “quel patrimonio di fede, dottrina, cultura, costumi e civiltà di cui è titolare ciascun gruppo religioso istituzionalmente organizzato”.

4. La riforma del 2006

Dopo gli interventi della Corte costituzionale, il settore codicistico dedicato ai delitti in materia di religione è stato modificato dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85 (Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione).

“A caldo” la riforma è stata commentata da Visconti⁹³, secondo il quale - mentre rimangono inalterate la tipologia e la struttura delle fattispecie incriminatrici - emergono rilevanti novità sotto un triplice punto di vista: al posto del riferimento alla religione di Stato e ai culti ammessi, le norme adesso assumono a oggetto delle condotte offensive le “confessioni religiose”; viene introdotta, al 2° comma dell'art. 404 c.p., la nuova fattispecie di “offesa alle confessioni religiose mediante danneggiamento di cose”, punita con la reclusione fino a due anni; si è proceduto, infine, a un drastico ridimensionamento del trattamento sanzionatorio dei delitti di

⁹³ VISCONTI, *La tutela penale della religione*, cit. (*post-scriptum*).

offesa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.) e di cose (art. 404, 1° comma, c.p.) attraverso la sostituzione delle pene detentive precedentemente previste con pene pecuniarie.

In sintesi, la riforma non ha determinato una inversione di tendenza rispetto alla linea tracciata dalla Consulta (come pure sarebbe potuto accadere se si fossero seguite le proposte elaborate dalla Commissione Nordio, in particolare quella che riproponeva la sola religione cattolica e i “culti ammessi nello Stato” quale oggetto di tutela); ma – sia pure sospingendo il settore nell’alveo del diritto penale simbolico, con un drastico ridimensionamento del trattamento sanzionatorio – il legislatore ha confermato una *ratio* di protezione rivolta alla religione in sé e per sé, quale “bene di civiltà”, sia pure in chiave pluriconfessionale.

L’opzione politico-criminale di fondo adottata dal legislatore del 2006 appare in controtendenza rispetto a un diffuso orientamento dottrinale favorevole, pur con varietà di toni, alla dismissione del presidio penalistico - oggi - delle confessioni religiose⁹⁴.

Fra i commenti meno critici, va invece registrato quello di Romano, il quale - pur riconoscendo la “pochezza dello strumento penale” - è, invece, favorevole al mantenimento di una tutela penale del sentire religioso visto in dimensione non ideologica ma per così dire “fattuale-collettiva”, e dunque con il risvolto, nel caso di offesa, di problemi per la pacifica

⁹⁴ Così, per tutti, CASUSCELLI, “L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale” in materia di religione, in www.olir.it, 4; COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2000, 61; FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, I, Milano, 1991, 184; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, parte spec., I, Bologna, 2008, 437; MAZZOLA, *Diritto penale e libertà religiosa dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2005, 65; PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. Pen.*, 1996, 47; SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell’intervento penale*, Milano, 1983, *passim*; VISCONTI, *La tutela penale della religione*, cit..

convivenza⁹⁵; una posizione che parrebbe rafforzata dall'irrompere sulla scena internazionale di integralismi che sembrano ostinatamente refrattari alla comprensione e al dialogo tra credenti di fedi diverse.

Nel tentativo di trovare un ragionevole punto di equilibrio tra libertà di manifestazione del pensiero e suo limite, ancora Romano suggerisce di ancorare le offese alle confessioni religiose a una "dimensione di pericolosità": requisito ricavabile da un'interpretazione costituzionalmente orientata, pur in assenza di una indicazione espressa⁹⁶.

5. Il bene giuridico tutelato dopo la riforma del 2006

Qual è dunque il bene giuridico protetto nel sistema riformato dal legislatore?

Come già detto, secondo l'interpretazione più diffusa, il legislatore del 2006 ha mantenuto "sostanzialmente inalterati i vecchi schemi"⁹⁷ di tutela penale. Tale ricostruzione sarebbe confermata - se non addirittura rafforzata - proprio dall'espresso riferimento alle "confessioni religiose": se di queste si offre una lettura riduttiva, modellata sul paradigma giudaico-cristiano, si corre il serio rischio di limitare la tutela penale alle (poche) confessioni già radicate nella storia e nella società italiana, con esclusione di quei "movimenti che si trovino in una fase genetica di formazione e di

⁹⁵ ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 498.

⁹⁶ Su queste conclusioni sembra convergere, pur nel contesto di una più ampia riflessione sulla tutelabilità penale dei fatti di sentimento, DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit.

⁹⁷ PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto*, 2006, 14, 23.

affermazione, o che risultino orientati verso il rifiuto di modelli organizzativi e gerarchici permanenti”⁹⁸.

Nell’art. 403, nuova versione, dunque, viene primariamente salvaguardata la “dimensione istituzionale del fenomeno religioso”⁹⁹, e viene, comunque, tutelato penalmente il bene giuridico di civiltà-religioni (solo le confessioni religiose istituzionalizzate) o, in altri termini, il classico bene di civiltà-religione pluriconfessionalmente articolato.

Secondo altra tesi, basata sull’insistito riferimento alle confessioni religiose nella dimensione testuale del nuovo titolo IV capo I del libro II del codice penale, bene giuridico protetto sarebbe la tutela di un sentimento collettivo, per la precisione del “sentimento religioso della pluralità di fedeli che si riconoscono in una determinata confessione religiosa”¹⁰⁰. Ma si è obiettato che nell’art. 403 “è centrale l’offesa alla confessione religiosa, mentre il vilipendio di chi la professa assume una funzione strumentale o meglio *modale*”. Tale centralità “del disvalore della fattispecie sull’offesa alla confessione religiosa” diviene incontrovertibile ove il vilipendio sia indirizzato verso (non solo singoli credenti, ma) l’insieme dei seguaci di una confessione religiosa¹⁰¹.

In conclusione, non può che condividersi l’opinione della dottrina maggioritaria, circa la sostanziale continuità fra il bene giuridico protetto dagli artt. 402-406 del 1930 e l’oggetto della tutela delineato dall’intervento

⁹⁸ PIEMONTESE, *Offese alla religione e pluralismo religioso*, in De Francesco, Piemontese, Venafro (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007, 236.

⁹⁹ PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 1203.

¹⁰⁰ BASILE, *sub artt. 403-405*, in *Comm. Dolcini, Marinucci*, Milano, 2006, 2962.

¹⁰¹ In tal senso, PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione*, cit., 1203; ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, 332.

novellistico del 2006: secondo l'icastica espressione di Fiandaca e Musco, "nuova botte con stesso vino... difficoltà di andare oltre il simbolismo, con decisioni razionali e laiche..."¹⁰².

¹⁰² FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, parte spec., I, Bologna, 2008, 442.

CAPITOLO V
LO SCONTRO SUI TEMI DELLA BIOETICA.
LA PROCREAZIONE ASSISTITA

1. *I rapporti tra diritto e morale nei temi di bioetica. Le norme sulla fecondazione artificiale*

Nel già ricordato panorama contemporaneo, caratterizzato da un processo di rieticizzazione del diritto penale, il rapporto tra morale e diritto viene profondamente modificato; al posto della tendenziale separazione tra diritto e morale, tradizionale *topos* liberale, subentra la primazia della morale (interpretata dalla Chiesa cattolica) sul diritto.

Come annota Fiandaca¹⁰³, “banco di prova e, al tempo stesso, terreno di scontro circa la maniera di concepire i rapporti tra diritto e morale sono oggi - ovviamente - soprattutto i controversi temi di bioetica (fecondazione artificiale, ricerca scientifica sugli embrioni, eutanasia)”.

Il termine bioetica fu suggerito nel 1970 dall'oncologo statunitense Van Rensselaer Potter¹⁰⁴ per designare l'etica applicata alle questioni emergenti originate dal progresso delle ricerche scientifiche e delle applicazioni tecnologiche nel campo della biologia e della medicina¹⁰⁵; questioni sulle quali, come annota ancora Fiandaca, “la discussione corrente risente eccessivamente - così è accaduto e continua ad accadere almeno in

¹⁰³ FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit.

¹⁰⁴ In un articolo dal titolo *Bioethics: the science of survival*, pubblicato sulla rivista dell'Università del Wisconsin “*Perspectives in Biology and Medicine*”. Il tema venne poi approfondito dallo stesso autore nel libro *Bioethics: Bridge to the future* pubblicato nel 1971 (ed. it. *Bioetica. Ponte verso il futuro*, Messina, 2000).

¹⁰⁵ REICH, *The Word “Bioethics”: the Struggle over its Earliest Meanings*, in *Kennedy Institute of Ethics journal*, 1995, 5, 19.

Italia - di contrapposizioni ideologiche e di spirito di parte, quando non viene addirittura politicamente strumentalizzata per il fine opportunistico di tenersi buone e amiche le gerarchie ecclesiastiche”.

In effetti, fin da quando, in Inghilterra, vengono sperimentate le nuove tecniche, con la nascita del primo “figlio della provetta”, l’innegabile necessità di un intervento normativo determina una reazione della Chiesa cattolica su una questione che essa ritiene non negoziabile: la tutela penale della vita *in fieri*.

Come scrive Emilio Dolcini¹⁰⁶, “formulato un giudizio etico negativo sulla fecondazione assistita, la Chiesa cattolica dispiega le sue forze per ottenere che il legislatore statale faccia proprio quel giudizio di disvalore e lo traduca in una serie di divieti e limiti alla procreazione assistita: la Chiesa non si accontenta di chiedere ai credenti di astenersi dal ricorso a tecniche bollate come immorali, ma cerca di ottenere che lo Stato, sotto minaccia di pena, vieti quelle tecniche a tutti, credenti e non credenti”.

Fatto sta che nel febbraio del 2004 il Parlamento italiano approva una legge sulla fecondazione assistita che – pur senza vietare in radice il ricorso a qualsiasi trattamento di fecondazione assistita *in vitro* – appare pressoché totalmente allineata con la dottrina della Chiesa cattolica.

La questione si rivela emblematica del processo di rieticizzazione (in senso religioso) del diritto penale, se non di una “rivincita neoconfessionale”, contrastata solo in parte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Come scrive ancora Dolcini, “in Parlamento (...) lo schieramento neoconfessionale inquadra nuovi obiettivi: una controriforma della disciplina dell’aborto, da riportare ad un assetto coerente con la dottrina

¹⁰⁶ DOLCINI, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale. La chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 03, 1017.

della Chiesa cattolica; soprattutto, sotto la spinta del dramma che ha visto protagonista e vittima Eluana Englaro, una legge che sulla stessa falsariga affronti i problemi, sempre più complessi, della fine della vita umana”.

La prospettazione teorica della Chiesa è senza dubbio raffinata; non si pone formalmente in dubbio il principio di laicità dello Stato, non si rivendica un ruolo del diritto penale direttamente al servizio di dogmi etico-religiosi; ma piuttosto si sostiene che scelte legislative aderenti all’insegnamento della Chiesa cattolica si impongono in forza di una intrinseca, superiore razionalità. Dolcini cita in proposito le parole di Joseph Ratzinger: “Il cattolico non vuole e non può, passando attraverso la legislazione, imporre delle gerarchie di valore che solo nella fede si possono concretizzare. Può reclamare soltanto ciò che appartiene alle basi dell’umanità accessibili alla ragione”¹⁰⁷.

2. La legge italiana sulla procreazione assistita nel panorama normativo sovranazionale ed europeo

La diagnosi critica della dottrina testé richiamata trova innegabile riscontro in una anche sintetica analisi della legge italiana del 2004¹⁰⁸.

La legge esordisce definendo la procreazione assistita come l’insieme delle tecniche medico-chirurgiche finalizzate a “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall’infertilità umana (...) qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità”.

¹⁰⁷ RATZINGER J., *Lettera a M. Pera*, p. 117, cit. in PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, cit., p. 303.

¹⁰⁸ Legge 19 febbraio 2004, n. 40, recante “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”.

Afferma poi (art. 2) che lo Stato promuove “ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e dell’infertilità” e si propone di “favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurne l’incidenza”, ma nel rispetto di “tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito”.

Alle tecniche di procreazione assistita possono accedere “coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”. È vietato il ricorso a tecniche di fecondazione eterologa.

Nella sua versione originaria, la legge (art. 14) vieta anche la crioconservazione degli embrioni, per ridurre il soprannumero di embrioni creato in corso di procreazione assistita, prevedendo, come unica eccezione, il caso di temporanea e documentata causa di forza maggiore, non prevedibile al momento della fecondazione. In questa parte, però, il divieto viene caducato, nel 2009, dall’intervento della Corte costituzionale¹⁰⁹, che dichiara parzialmente illegittime le norme (commi 2 e 3 dell’art. 14) laddove prevedevano un limite di produzione di embrioni “comunque non superiore a tre”, l’obbligo di “un unico e contemporaneo impianto”, e limitazioni alla possibilità di crioconservazione degli embrioni¹¹⁰.

La legge italiana si pone a fianco di un complesso di leggi europee dedicate alle tecnologie riproduttive e alla ricerca scientifica sulle cellule

¹⁰⁹ Corte cost., 1° aprile 2009, n. 151.

¹¹⁰ Più precisamente, il comma 3, che prevedeva di poter crioconservare gli embrioni “qualora il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione”, è stato dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevede che il trasferimento di tali embrioni, “da realizzare non appena possibile”, debba essere effettuato anche senza pregiudizio per la salute della donna.

germinali. Queste legislazioni, a loro volta, si collocano entro un quadro normativo sovranazionale, la cui fonte centrale è la Convenzione di Oviedo nel 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina promossa dal Consiglio d'Europa e il relativo Protocollo addizionale del 1998.

Nel panorama giuridico europeo – pur caratterizzato da una serie di divieti, ispirati da una comprensibile prudenza nel timore di possibili abusi delle *chances* offerte dalla biotecnologia (come il divieto di commercializzazione di gameti, il divieto della clonazione, cioè di dar vita ad individui aventi il patrimonio genetico identico a quello del donatore e il divieto di produrre ibridi e chimere) – la legge italiana si profila, in effetti, come la più restrittiva e la più condizionata dai dogmi dell'etica cattolica.

Già nella definizione degli obiettivi, la legge italiana¹¹¹ si pone riduttivamente il fine di “favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana (...) qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità”; laddove altre legislazioni si propongono invece di promuovere la ricerca scientifica avente ad oggetto il miglioramento delle cure mediche (Paesi Bassi, Belgio), ovvero di porre rimedio alle malattie genetiche e ai problemi riproduttivi (Francia, Gran Bretagna, Spagna, Svezia).

In quest'ottica riduttiva, la legge italiana – a differenza delle altre – non ammette in generale la diagnosi genetica pre-impianto, ma la condiziona alla finalità di tutela del singolo embrione artificialmente prodotto.

Quanto ai beneficiari delle pratiche bioriproduttive, la legge italiana (in linea con la maggioranza delle altre legislazioni¹¹²) consente che

¹¹¹ Come quella austriaca.

¹¹² Austria, Francia, Germania, Svezia.

accedano alle tecniche le coppie eterosessuali sposate oppure conviventi, senza tuttavia legittimarvi anche le coppie omosessuali o le persone singole (come avviene invece in Gran Bretagna, nei Paesi Bassi e in Spagna).

E ancora, a differenza di quasi tutti gli altri ordinamenti¹¹³, la legge italiana vieta il ricorso alla c.d. *fecondazione eterologa*, non consente cioè la donazione di gameti da parte di una persona estranea alla coppia¹¹⁴.

L'Italia, inoltre, a differenza di altri Paesi (come Gran Bretagna, Grecia e Paesi Bassi) vieta la c.d. "surrogazione di maternità", cioè l'impegno a farsi carico dell'incombenza della gestazione e di condurre a termine la gravidanza, conferito ad una donna estranea alla coppia¹¹⁵.

Nell'ordinamento italiano¹¹⁶, infine, è vietata anche la c.d. *fecondazione post mortem* (cioè l'inseminazione artificiale quando il coniuge sia deceduto), consentita invece nella maggioranza degli altri Paesi europei (come Austria, Francia, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Spagna, Svezia).

L'effetto pratico di questa impostazione così restrittiva è stato quello di restringere in spazi esigui la possibilità per i medici di adattare la tecnica secondo i casi e di limitare in parte anche il successo stesso della fecondazione *in vitro*, annullando sostanzialmente ogni spazio di autodeterminazione concordata tra i medici e le donne, che si tradurrebbe nella possibilità di scegliere, secondo i casi clinici e le proprie considerazioni etiche, quali tecniche adottare.

¹¹³ Fatta eccezione soltanto per quello portoghese.

¹¹⁴ Al riguardo, è stata rilevata in dottrina quanto meno una improprietà di linguaggio, poiché la espressione "fecondazione eterologa" in biologia indica l'incontro di gameti appartenenti a specie diverse: FLAMIGNI, *Introduzione. Il biologo parla al giurista*, in Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 2.

¹¹⁵ Tale pratica è esclusa anche in Austria, Francia e Spagna.

¹¹⁶ Come in quello tedesco.

Per di più, le restrizioni della legge hanno creato in Italia il singolare fenomeno del c.d. “turismo procreativo”, termine che descrive la scelta, da parte di coppie la cui condizione medica non lascia che pochissime speranze di essere risolta in Italia, a seguito delle restrizioni introdotte, di rivolgersi, per aumentare le possibilità di una gravidanza, a ospedali e strutture sanitarie straniere ubicate in Paesi con legislazioni meno restrittive¹¹⁷.

3. Il disfavore per la biotecnologia. La legge italiana come esempio di modello normativo paternalistico

In Italia, dunque, quella che nella maggioranza dell'Europa si è manifestata come una comprensibile prudenza si è trasformata in una vera e propria diffidenza, dando luogo ad un modello normativo improntato ad un non celato disfavore verso la sfera di ciò che è considerato “innaturale”.

In proposito, si è parlato in dottrina di un tentativo di “mettere sotto controllo la scienza”¹¹⁸.

Questo disfavore si manifesta già nel lessico del testo.

La generica intitolazione della legge del 2004 (“norme in tema di procreazione medicalmente assistita”) sembrerebbe accordarsi pienamente col testo dell'art. 1, che - aprendo il capo I (principi generali) - individua la finalità della legge nello scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità.

¹¹⁷ Ad esempio, confrontando i dati statistici fra il periodo 2003-2004 e 2004-2005, si è stimato che questo fenomeno abbia triplicato, nel Canton Ticino, il numero di coppie italiane che si sono rivolte a istituti svizzeri per godere di servizi medici relativi a queste problematiche, non fruibili in Italia.

¹¹⁸ ZAMBRANO, *La fecondazione assistita: profili giuridici di un fenomeno (in)naturale*, in Casonato, Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006, 204.

Tuttavia, la formula “è consentito”, ripetuta due volte (nel comma 1 dell’art. 1 per vincolare il ricorso alle tecniche mediche alle condizioni e modalità di legge, e nel comma 2 per subordinare tale ricorso all’assenza di altri metodi terapeutici efficaci), è sintomatica dell’atteggiamento del legislatore italiano nei confronti della pratica dell’inseminazione artificiale.

Lo stesso lessico della legge, che ribalta il principio penalistico *liberal* secondo cui è lecito tutto ciò che non è espressamente vietato, fa comprendere che il presupposto di fondo da cui muove il legislatore è quello di disciplinare un’attività tendenzialmente *innaturale e/o immorale*, che viene autorizzata dai compilatori della legge *à contrecoeur* e solo per casi eccezionali¹¹⁹.

In effetti - come è stato rilevato¹²⁰ - il principio *liberal* per cui è consentito tutto ciò che non è vietato, viene capovolto e sostituito dal principio secondo il quale tutto è vietato, tranne ciò che non è esplicitamente consentito. E sotto questo profilo sembra abbastanza fondato quel giudizio dottrinale secondo cui la legge n. 40 del 2004 ha in realtà come obiettivo prioritario non tanto la soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, quanto piuttosto la tutela dell’embrione, sul modello tedesco dell’*Embryonenschutzgesetz* del 13 dicembre 1990¹²¹.

In effetti, la legge italiana ricalca, sotto molteplici aspetti, quella tedesca, sia nel merito dell’approccio alla bioetica, sia nell’impiego di sanzioni formalmente amministrative in funzione materialmente penale.

¹¹⁹ LICCI G., Voce “Procreazione assistita”, in “Leggi penali complementari commentate”, a cura di A. Gaito e M. Ronco, Utet, 2009.

¹²⁰ LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in *Comm. Palazzo, Paliero*, II, Padova, 2007, 2055.

¹²¹ DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008, 137.

Per quanto riguarda il sistema sanzionatorio, si è parlato di “truffa delle etichette”. Come osserva Adelmo Manna¹²², “l’asprezza della comminatoria edittale - con un’escursione tra minimo e massimo che consente margini eccessivi di arbitrarietà - nonché l’ascrizione alla struttura sanitaria di una sanzione che può anche condurre alla fine dell’attività, (...) evidenziano chiaramente la natura sostanzialmente penale della fattispecie, in assenza tuttavia delle garanzie connesse al procedimento penale”.

In dottrina, tale strategia di politica criminale è stata stigmatizzata, “in quanto concerne illeciti puniti con sanzioni pecuniarie draconiane e con misure restrittive della libertà personale che incidono sul diritto di esercitare la professione” (...) “Più che alla consueta *truffa delle etichette* si assiste alla pratica di una fecondazione eterologa nell’ambito della più ampia categoria del diritto punitivo: il seme del diritto penale viene introdotto nel corpo del diritto amministrativo. Il patrimonio genetico dei due rami dell’ordinamento giuridico non viene alterato, ma il nato - una responsabilità amministrativa altamente afflittiva - eredita le anomalie di entrambi i genitori”¹²³.

Anche sul piano “precettivo” la legge italiana (soprattutto nella sua versione originaria, precedente all’intervento della Corte costituzionale) presenta alcune analogie con il modello tedesco della *Embryonenschutzgesetz*.

Anche in Germania l’*Embryonenschutzgesetz* vieta la fecondazione per scopi diversi da una gravidanza; esclude che più di tre ovociti possano

¹²² MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Legislazione penale*, 2005, 352.

¹²³ CANESTRARI, *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 418.

essere sia fecondati sia trasferiti; e ancora, che si possa trasferire l'embrione in una madre di sostituzione.

Anche il legislatore tedesco, più che essere interessato a disciplinare la fecondazione, sembra preoccuparsi dell'embrione e di tutte quelle tecniche quali clonazione, sperimentazione, produzione di embrioni soprannumerari, conservazione, soppressione che ne mettono in pericolo lo sviluppo¹²⁴.

Come già detto, anche la legge italiana non sembra affatto avere come obiettivo prioritario la soluzione dei problemi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità, ma ha tutto l'aspetto di una legge pensata a tutela dell'embrione.

Tale opinione si rafforza, ove si pensi ad altre disposizioni che sembrano scoraggiare l'utilizzazione delle tecniche di procreazione assistita.

Particolarmente sintomatiche, in questo senso, innanzitutto la norma (art. 4, comma 1) che limita le pratiche *de quibus* alla "accertata impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione"; ed altresì quella (art. 6, comma 1) che impone al medico di informare la coppia sui "problemi bioetici" e di prospettare la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento "come alternativa alla procreazione medicalmente assistita".

Tali norme sembrano proprio ispirate all'intento di disincentivare le coppie nei confronti della decisione di valersi, in Italia, delle tecniche *de quibus*.

¹²⁴ ZAMBRANO, *La fecondazione assistita: profili giuridici di un fenomeno (in)naturale*, cit.

Le indicazioni normative, dunque, fanno emergere un chiaro modello di “paternalismo legale”, caratterizzato da una sensibile limitazione dell'autonomia dell'individuo che (“per il suo bene”) viene indotto, per quanto possibile, a privilegiare il ricorso all'adozione e all'affidamento di orfani, e dissuaso dal ricorrere alle pratiche previste dalla legge.

Sempre in quest'ottica, il legislatore esprime, in altre norme, un ben percepibile disfavore nei confronti della ricerca scientifica clinica e sperimentale, circoscrivendo la sfera del lecito alle pratiche volte alla tutela e allo sviluppo dell'embrione, sempre che “non siano disponibili metodologie alternative”. Anche in tema di sperimentazione, l'opzione di fondo è quella della maggiore limitazione possibile della ricerca.

CAPITOLO VI
LO SCONTRO SUI TEMI DELLA BIOETICA.
IL DIRITTO DI MORIRE

Nel complesso dibattito contemporaneo sulla legittimazione del diritto penale, caratterizzato – come già detto – da tendenze di rieticizzazione in un clima generale di “post-secolarizzazione” la questione più importante, in materia bioetica, è quella del c.d. “diritto di morire”, nelle sue varie manifestazioni possibili.

A tale questione non si sottrae ovviamente Feinberg, il quale dedica alla “scelta di morte” l’ultima parte di *Harm to Self*, in cui sottopone ad una meticolosa analisi i casi di eutanasia volontaria, giungendo alla conclusione che – ove verificata la consapevole libertà di scelta dell’individuo - nessuno può legittimamente impedirne l’attuazione.

Il presupposto è che l’individuo è il solo titolare del diritto alla propria vita; egli può quindi disporne e tale libertà comporta che anche la richiesta di aiuto ad un terzo, se non può imporgli il dovere di amministrare un’eutanasia attiva, legittima comunque la sua libera facoltativa adesione.

Come scrive Romano¹²⁵, Feinberg “misura su questo problema classico e annoso il livello del suo antipaternalismo. Se vi è una vicenda, per tragica che sia, che si presta a declamare il primato della libertà, è quella della fine personale deliberatamente cercata. La morte voluta e

¹²⁵ ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale, e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 03, 984.

riuscita rappresenta a un tempo il massimo danno a se stessi e la più irriducibile affermazione della signoria su di sé”.

1. Il diritto di scelta del paziente e il dovere di cura del medico

Il possibile rapporto di bilanciamento fra il diritto di autodeterminazione dell'individuo, considerato inviolabile da Feinberg, e la tendenza paternalistica alla difesa dell'individuo da se stesso in nome della tutela di un bene superiore è stato esplorato nella dottrina e giurisprudenza italiana soprattutto con riferimento al rapporto medico-paziente, oggetto della c.d. “nuova medicina”, di una concezione etico-giuridica dell'attività medica intesa non già come espressione di un dominio “paternalistico” del medico sul paziente¹²⁶, bensì come espressione di una “alleanza terapeutica” tra medico e paziente.

In quest'ottica più particolare, le questioni più controverse hanno riguardato il principio del consenso del paziente nella prassi medica; principio che ha radici millenarie, e risale a Platone, il quale ritiene preferibile il medico che “comunicando con lo stesso ammalato e con i suoi amici, apprende a un tempo egli stesso qualcosa da parte del sofferente e istruisce, per quanto gli è possibile, l'infermo”, e che “procurando sempre di render mite e docile l'infermo per via della sua persuasione, cerca di raggiungere lo scopo di restituirlo in salute”¹²⁷.

Dimenticato nei secoli di oscuramento delle conoscenze scientifiche, il principio inderogabile e antico dell'informazione al paziente per ottenerne

¹²⁶ Nel modello paternalistico della medicina, il medico era sia un soggetto gravato di doveri sia un decisore: “... both duty - holder and decision - maker for the patient...” ROOT WOLPE, *The Triumph of Autonomy in American Bioethics: A Sociological View*, Center for Bioethics and Department of Sociology; to appear in: *Bioethics and Society: Sociological Investigation of the Enterprise of Bioethics*.

¹²⁷ *Le Leggi*, libro IV, 720, trad. a cura di G. Pugliese Carratelli, Sansoni, Firenze, 1974, 1238 s. Sul punto, cfr. PASCUAL F., *Platone, maestro di bioetica?*, in *Medicina e Morale* 50, 677, 2000.

il consenso “risorge” nel Novecento dapprima come reazione ai terribili abusi commessi in tale settore nel periodo nazista, e poi contestati, insieme con altri gravissimi crimini, nei processi di Norimberga¹²⁸, nei quali gli imputati erano accusati, fra l’altro, di aver attuato esperimenti medici e altri trattamenti senza il consenso dei pazienti.

Si afferma, poi, nel moderno pensiero bioetico nordamericano¹²⁹, come garanzia dell’autonomia del paziente, intesa a sua volta come espressione della libertà individuale¹³⁰: il coerente sviluppo del principio di “autonomia”, che trova il suo fondamento costituzionale nell’esaltazione del *right of privacy* (come diritto ad autodeterminarsi in ordine alla propria sfera personale senza alcuna interferenza da parte dell’ordinamento), porta ad affermare senz’altro che “le persone sono libere di fare di se stesse e di terzi consenzienti quello che vogliono”¹³¹.

Sta di fatto tuttavia che - nonostante i molteplici (e spesso anche pregevoli) sforzi della dottrina e della giurisprudenza - l’attuale contesto di anomia del nostro ordinamento non consente di inquadrare e risolvere correttamente una serie di nodi problematici di fondo, che esigono peraltro

¹²⁸ ROOT WOLPE, *The Triumph of Autonomy in American Bioethics: A Sociological View*, cit.

¹²⁹ Sul tema v. KATZ, *Informed consent in the therapeutic relationship: legal and ethical aspects*, in Reich, editor, *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1978, II, 767; e – più in generale - DOUCET, *Religion et Bioéthique. Réflexions sur l’histoire de leur relation, Religiologique*, 13 (Printemps 1996) *Questions d’éthique en sciences des religions*.

¹³⁰ “L’individualismo è un valore fondamentale sul quale si basa l’edificio intellettuale e morale della bioetica” (FOX, SWAZEY, *Medical Morality is not Bioethics - Medical Ethics in China and the United States, Perspectives in Biology and Medicine*, 27, Spring 1984, 352, riportato da DOUCET, cit.).

¹³¹ ENGELHARDT jr., *Manuale di bioetica*, trad. it. a cura di RINI, Milano 1999, 297. Questa particolare prospettiva non è stata, peraltro, esente da critiche. E’ stato osservato, infatti, che se la qualità di “persona” resta indissolubilmente legata alle potenzialità di esercizio dell’autonomia, si aprono vuoti di tutela quando manchi “un’autonomia suscettibile di essere lesa dagli altri”, e si sia in presenza di “umani” che, non essendo “autocoscienti”, non sono “persone” o, perlomeno, “persone in senso stretto, in quanto agenti morali”, al più trattandosi di “persone in senso sociale, riconosciute tali sulla base di varie considerazioni utilitaristiche”. In tal senso, v. ancora ENGELHARDT jr., op. cit., 159 e ss.; 169; 297.

un approccio interdisciplinare, in cui – come è stato rilevato¹³² - il diritto penale non può che svolgere un ruolo di “cavalier servente”, limitandosi ad apprestare una sanzione a condotte già qualificate come illecite da altri settori dell’ordinamento.

2.L’eutanasia come terreno di scontro tra morale, religione e diritto

Le questioni penali relative ai temi dell’eutanasia, all’interno delle moderne società pluralistiche, sono differentemente risolvibili a seconda delle diverse concezioni della vita di cui sono portatori gruppi sociali e singoli individui.

Come è stato rilevato, il dibattito su questi temi non è in grado di fissare dei punti minimi che rappresentino un’intesa diffusa; sicché la predisposizione di una normativa in materia corre il rischio di imporre una delle concezioni in conflitto nell’utilizzo simbolico della sanzione penale¹³³.

Il complesso dibattito sul tema è reso più difficile dalla varietà dei casi possibili e storicamente avvenuti, nonché delle ideologie sottese alle difformi prese di posizione dei vari ordinamenti.

Si pensi, in proposito, alle pratiche a fini eugenetici o profilattici che prevedono l’uccisione “dolce” di interi gruppi di individui ritenuti imperfetti o malati per preservare la purezza della razza o prevenire la diffusione di malattie¹³⁴, alla eliminazione di soggetti socialmente pericolosi (c.d. *eutanasia criminale*), alla soppressione di soggetti improduttivi (*eutanasia economica*), alla utilizzazione di alcuni uomini come “cavie” per sperimentazioni scientifiche (*eutanasia sperimentale*). Si

¹³² VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 1, 141.

¹³³ FIANDACA-MUSCO, *Persona (Delitti contro)*, in *Dig. dis. pen.*, 1993, Utet, vol. IX, p. 518.

¹³⁴ DIROTTA, *I mostri, gli incurabili e il diritto alla vita*, in *Arch. pen.*, 1963, p. 201.

tratta di forme collettivistiche di “dolce morte”, praticate su più persone per fini pubblici¹³⁵.

Ancora oggi, il quadro ideologico di riferimento in materia è complicato dalla grande pluralità di opinioni e argomenti portati a loro sostegno: il giudizio di moralità o di immoralità che è sotteso a ogni impostazione, peraltro, non comporta necessariamente favore o disfavore per un intervento liberalizzatore del legislatore.

Spesso, infatti - sebbene alcune forme di eutanasia vengano considerate moralmente ammissibili - si preferisce precludere ogni spazio di manovra normativa, per il timore che, una volta introdotta una deroga normativa all’invulnerabilità della vita, si possa procedere “al ribasso”, secondo la c.d. teoria del “piano inclinato”, verso una generale e sensibile riduzione del livello di guardia nel rispetto della vita. Sono, questi, argomenti che derivano direttamente da una concezione personalistica dell’ordinamento che si fonda sul principio dell’indisponibilità della persona umana, facendone conseguire che “la disponibilità *manu alius*, cioè da parte di altri soggetti pubblici o privati, (...) è giuridicamente illecita”¹³⁶.

Del pari, anche posizioni più intransigenti da un punto di vista morale finiscono con l’ammettere l’opportunità di disciplinare un fenomeno altrimenti sommerso e del tutto privo di regole. Si possono citare, ad esempio, gli orientamenti dottrinali che, pur partendo da una premessa etica di disvalore, giungono tuttavia a proporre una causa di esclusione della punibilità dell’autore dell’atto eutanasiaco, istituendo un parallelo con il reato commesso in stato di necessità¹³⁷.

¹³⁵ D’AGOSTINO, *Eutanasia, diritto e teologia*, in *Iustitia*, 1977, p. 303.

¹³⁶ MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penali*, IV ed., 1990, 425.

¹³⁷ Per tutti, GRISPIGNI, *Il consenso dell’offeso*, Milano, 1924.

Da diversi punti di vista, quindi, la possibilità di una regolamentazione normativa dell'eutanasia è stata al centro di un'ampia riflessione etico-giuridica e di una intensa produzione scientifica comune a molti Paesi europei ed extraeuropei¹³⁸.

2.1. *Le varie forme di eutanasia*

La forma tipica, posta al centro della riflessione etico-giuridica, è la c.d. *eutanasia individualistica*: l'azione (o l'omissione) volta a porre fine alla vita di una persona "per pietà"; nell'intento, cioè, di sottrarre il malato a una condizione atroce e insopportabile, uno stato in cui le cure mediche hanno una utilità marginale se non nessuna, in cui il dare la morte vuol dire soltanto anticiparla di poco e renderla, appunto, indolore.

Attorno a questa figura se ne collocano però diverse altre; e tutte comportano la necessità di un complesso e delicato bilanciamento dei valori dell'autonomia del singolo, della dignità e qualità della vita, dei complessi rapporti tra medico e paziente, della disponibilità della propria vita e della sua intangibilità da parte di altri¹³⁹.

Attesa la varietà delle figure possibili, si suole fare una prima distinzione fra *eutanasia attiva* (consensuale o non), che si concreta nell'aiutare il paziente "a morire", ed *eutanasia passiva* (volontaria o non), che consiste nel lasciare morire una persona senza intervenire con alcuna terapia.

Altra importante distinzione è quella fra *eutanasia diretta* e *indiretta*, a seconda che la morte derivi come effetto primario e diretto, ovvero

¹³⁸ Basti citare, ad esempio, l'ormai noto lavoro di JACCARD-THÉVOZ, *Manifesto per una morte dolce*, Torino, 1993.

¹³⁹ CASSANO, *È lecito il diritto all'eutanasia?*, in *Famiglia*, 2002, 1, 241.

soltanto secondario, dal comportamento del medico o di chi si proponga di alleviare le sofferenze del malato.

Nell'eutanasia attiva indiretta opera il c.d. principio del *double effect*, per cui la somministrazione di farmaci analgesici e anestetici che abbia come effetto secondario anche quello di abbreviare la vita del paziente non può essere considerata come una vera e propria forma di eutanasia (quanto meno della forma tipica). L'intervento, avendo qui il solo scopo di alleviare le sofferenze del paziente, costituirebbe un intervento terapeutico in piena regola, mentre l'accelerazione del processo di morte risulterebbe come effetto collaterale e secondario, non come fine dell'atto.

Sono molti i Paesi in cui un tale principio è consolidato e anche gli orientamenti che maggiormente avversano l'ideologia eutanasi riconoscono la sostanziale differenza che passa tra la figura in parola e quella dell'omicidio pietoso¹⁴⁰.

Nella prevalente dottrina italiana viene ritenuta lecita l'eutanasia attiva indiretta e quella passiva consensuale¹⁴¹, mentre molto diverse sono le posizioni sugli altri tipi di "morte pietosa"; dal che consegue una incertezza interpretativa che si riversa nella prassi giurisprudenziale, in cui i percorsi motivazionali sono costretti a costruirsi non sulla logica dei fatti e della prova, ma sull'accettazione degli argomenti più convincenti¹⁴².

Come già detto, le varie figure di eutanasia hanno costituito oggetto in vari Paesi, di un'ampia elaborazione giurisprudenziale, al centro della

¹⁴⁰ PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 108.

¹⁴¹ Per tutti, MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, 1990, p. 425 e, da ultimo, CENDON, *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, in *Le nuove voci del diritto*, a cura di CASSANO, all'indirizzo Internet www.lenuovevocideldiritto.com.

¹⁴² CATULLO, *Tutela penale dei diritti della personalità*, in *Nuovi diritti della persona e risarcimento del danno* (a cura di Cassano), Utet, 2002, p. 137.

quale si è posto il bilanciamento fra il diritto alla vita in sé considerato e la dignità della persona umana; valore, quest'ultimo, che comporta una reinterpretazione del significato più profondo del termine al di là dei meri riferimenti biologico-esistenziali.

Si richiama, in sostanza, la differenza tra “essere vivi in senso puramente biologico, e avere una vita, cioè essere soggetti di decisioni, di aspettative, di progetti”¹⁴³, atteso che “essendo la vita ogni giorno esposta ad una valutazione qualitativa, il diritto alla stessa potrebbe entrare, allora, in conflitto con il diritto alla libertà ed alla dignità, per cui si potrebbe verificare una limitazione della tutela del diritto alla vita e quindi anche il sorgere di un diritto alla morte come espressione della tutela della dignità della persona, che è fondamento dell'autonomia assoluta della stessa”¹⁴⁴.

La questione potrebbe anche essere posta nei seguenti termini: possono la libertà dell'uomo e la riconosciuta dignità della vita giustificare un atto di autodisposizione di sé talmente incisivo da condurre alla morte? Ovvero ancora, in termini tecnici riferibili all'ordinamento italiano, il fondamentale diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione si riconnette sistematicamente all'art. 2 (diritto alla vita) o all'art. 13 (libertà personale)?¹⁴⁵.

La soluzione è controversa; ed anche nelle prassi giurisprudenziali straniere in cui è affermato con più vigore il valore fondamentale della vita, si ammette che la sua protezione può non rivestire carattere assoluto.

¹⁴³ VISENTIN, *Una scelta difficile: diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Dir. famiglia*, 1998, 1626.

¹⁴⁴ VISENTIN, *op. cit.*, 1628.

¹⁴⁵ CASSANO, *Un concetto giuridicamente complesso*, in *Il diritto di morire bene* (a cura di SEMPLICI S.), Il Mulino, 2002, p. 92; cfr., nello stesso volume, RODOTÀ, *Il paradosso dell'eguaglianza davanti alla morte*, p. 39.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio¹⁴⁶, ha ritenuto di poter effettuare bilanciamenti fra diritti costituzionalmente garantiti anche in presenza di possibili deroghe all'assolutezza del principio di indisponibilità della vita, affermando che “*pues, como sucede en relación con todas bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones*”.

In Italia, le difficoltà di bilanciamento fra i diversi valori coinvolti hanno determinato incertezze, che trovano origine nella (talvolta) notevole distonia esistente fra stato del diritto positivo, opinione pubblica, prassi applicativa della classe medica e diritto giurisprudenziale; e tali incertezze si sono quindi tradotte in decisioni ispirate in maniera evidente da una “precomprensione” che ha dato luogo a veri e propri espedienti per ridurre al minimo le pene¹⁴⁷.

2.2. La disciplina dell'eutanasia negli altri ordinamenti

Come si è detto, la possibilità di una regolamentazione normativa dell'eutanasia è stata al centro di un'ampia riflessione etica, giuridica e scientifica in molti Paesi, sia di *civil law* che di *common law*.

Nel panorama normativo internazionale, si segnalano soprattutto per la loro forte (e discussa) valenza innovativa le soluzioni adottate negli Stati Uniti (a partire dal 1985 con l'approvazione della “Legge di armonizzazione dei diritti dei malati terminali”) e in Olanda (con l'approvazione della legge n. 137 del 10 aprile 2001 sull'eutanasia e sul suicidio assistito).

¹⁴⁶ Come è ricordato da Carmela VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra diritto alla vita e diritto alla libertà di autodeterminazione in Italia e in Spagna*, in *Dir. famiglia*, 1996, 1608.

¹⁴⁷ Sul tema, v. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, 1996, p. 118 s.

2.2.1. *La legge olandese sull'eutanasia e sul suicidio assistito*

La legislazione olandese, attualmente, riconosce pienamente il diritto del paziente di rifiutare il trattamento medico. A fondamento del riconoscimento di tale diritto vi è una norma costituzionale, l'art. 2, che prevede "l'invulnerabilità del corpo umano" e il principio consensualistico secondo il quale "il trattamento medico può essere avviato solo con il consenso del paziente".

Dopo una lunga elaborazione¹⁴⁸, ed una precedente legge del 1994 che permetteva al medico che seguiva una certa procedura di poter evitare un processo penale per aver praticato l'eutanasia, con l'approvazione della legge n. 137 del 10 aprile 2001 l'Olanda è stata il primo paese europeo a prevedere e disciplinare di conseguenza la possibilità che un medico pratici l'eutanasia o assista il suicidio di un malato grave che scientemente e insistentemente chieda di morire. Le nuove previsioni legislative sono caratterizzate da una certa flessibilità, in quanto demandano, in una certa misura, alla giurisprudenza e all'opera di apposite commissioni regionali la concreta precisazione della loro portata¹⁴⁹.

La legge, come è abbastanza evidente, ha riaperto lunghe e instancabili polemiche e ha visto rispolverare tutti i vecchi argomenti pro e contro l'eutanasia.

Per un verso, si è osservato che la nuova legge è l'espressione della moderna secolarizzazione degli ordinamenti e della progressiva ritirata dello Stato dal suo ruolo etico di tutore di posizioni latamente ideologiche

¹⁴⁸ Il *Rapporto Remelink*; il *Rapporto Van der Mass* (VANDER MASS, *Eutanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands*, 1990-1995, in *N. Engl. J. Med.*, 335, 1996, p. 1669) che compiva una ricognizione in risposta all'esigenza fortissima di una chiarificazione della situazione legale.

¹⁴⁹ BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 705.

nella sfera del privato; per altro verso, in senso critico, si è richiamato il c.d. *slippery slope argument*, per cui l'apertura - peraltro elastica e non rigorosamente delimitata - in un campo come quello dell'eutanasia rischia di condurre ad un alleggerimento della vigilanza e del sentimento dell'opinione pubblica nei confronti del bene primario della vita. Si guarda, di conseguenza, con allarme alla forza espansiva di una libertà che rischia di travolgere, nel nome dell'autodeterminazione del singolo, l'importanza della tutela della vita umana¹⁵⁰.

2.2.2. *L'esperienza del Regno Unito*

L'esperienza del Regno Unito è caratterizzata da una lenta, ma profonda evoluzione, dalla antica condanna del suicidio e del tentato suicidio, fino a giungere ad una cauta apertura nei confronti dell'interruzione del trattamento di pazienti in stato vegetativo permanente¹⁵¹.

Ancora oggi – nel sistema giuridico britannico – sono ritenuti illeciti sia il c.d. *assisted suicide*, cioè l'assistenza prestata a chi decide di por fine alla sua esistenza, sia l'eutanasia *attiva*, cioè la condotta commissiva direttamente volta a procurare la morte di un malato, sia che questi ne faccia espressa richiesta (*voluntary euthanasia*), sia che il suo consenso manchi (*involuntary euthanasia*), o egli non sia in grado di formarlo o esprimerlo (*non-voluntary euthanasia*).

Diverso, invece, è l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale sul riconoscimento del diritto di scegliere liberamente il modo e il tempo della propria morte, inteso come espressione dell'autonomia del singolo.

¹⁵⁰ CASSANO, *È lecito il diritto all'eutanasia?*, cit.

¹⁵¹ Sul tema, v. AQUINO e TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. famiglia* 2002, 2-3, 641.

In tal senso, va ricordata la famosa sentenza sul caso *Anthony Bland*, con cui i *Lords* autorizzarono i medici di un paziente in stato vegetativo permanente da tre anni a interromperne la ventilazione, l'idratazione e la nutrizione artificiale, lasciando così che morisse¹⁵².

La sentenza rappresenta un punto di riferimento essenziale per i successivi sviluppi che, seguendo le riflessioni etiche e giuridiche suggerite dai *Lords*, hanno determinato una rapida evoluzione del sistema giuridico britannico. Si considera, in sostanza, legittima l'interruzione di un trattamento medico che non sortisce alcun effetto utile per il paziente, anche se ciò ne causerà la morte.

Il percorso argomentativo seguito dai giudici è semplice: fine primario e irrinunciabile della medicina è quello di preservare, o ripristinare la salute del paziente, ed esiste, quindi, un preciso obbligo del personale sanitario a fare tutto il possibile in tal senso; ma la prosecuzione di un trattamento medico che non rechi alcun beneficio al paziente, è doverosa solo se essa corrisponda al suo miglior interesse.

Dalla motivazione della sentenza emerge una premessa fondamentale, accettata peraltro anche dai più decisi oppositori dell'ideologia eutanasi e dai critici della sentenza *Bland*: l'individuo capace di intendere e di volere può legittimamente opporre il suo rifiuto a ogni trattamento medico, anche qualora fosse necessario per mantenerlo in vita.

La decisione finale è fondata tuttavia sul corollario del c.d. *advance refusal*: si tratta dell'idea per cui, se è vincolante il rifiuto attuale di un trattamento medico, pari forza deve riconoscersi anche al rifiuto *pro futuro*,

¹⁵² *Airedale NHS Trust v. Bland* AC 789. Estratti dei pareri dei giudici tradotti in italiano in *Bioetica*, 1997, 305 ss.

consacrato in una dichiarazione scritta che contempra, in anticipo, il verificarsi di alcune precise circostanze.

Se Bland - si afferma¹⁵³ - in pieno possesso delle sue facoltà, avesse dichiarato di non volere un eventuale, inutile prolungamento artificiale della sua sopravvivenza, non vi sarebbe stato alcun bisogno di controvertere ulteriormente su quale fosse il suo “miglior interesse”, essendo piena facoltà del singolo scegliere autonomamente, per sé, ciò che reputi più conveniente.

Altra osservazione essenziale della sentenza è che al principio della c.d. sacralità della vita debba riconoscersi un carattere relativo, atteso che esso è sacrificato in più d'un caso (come nell'ipotesi della legittima difesa, o, dove ammesso, dell'esecuzione capitale)¹⁵⁴.

Grande rilievo, infine, assume il tema della qualità della vita del paziente quale misura di legittimità delle tecniche di prolungamento artificiale della vita¹⁵⁵. Da ciò deriva anche l'accento al principio del *double effect*, talvolta indicato, con minor precisione, come “eutanasia indiretta”: la legittimità, cioè, della somministrazione di farmaci antidolorifici che abbiano come effetto secondario di abbreviare la vita del paziente terminale. In tal caso, si argomenta, la morte del paziente è causata dalla malattia e il fine specifico dell'azione del medico è di migliorare la

¹⁵³ *Ibidem*, 304, 307.

¹⁵⁴ *Ibidem*, 307.

¹⁵⁵ *Ibidem*, 309: “un medico che ha in cura un (...) paziente non può (...) essere tenuto in maniera assoluta a prolungargli la vita con ogni mezzo possibile senza tener conto della qualità della vita”.

qualità della vita del paziente alleviando le sue sofferenze, non di affrettarne il decesso¹⁵⁶.

I principi affermati nella decisione sul caso Tony Bland sono divenuti linee-guida per un successivo, consolidato orientamento giurisprudenziale.

L'interruzione del prolungamento artificiale della vita nel caso di pazienti in stato vegetativo permanente è stato, tra l'altro, vagliato di recente anche alla luce della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con espresso riferimento all'art. 2, in cui si prevede il diritto di ognuno a che la propria vita sia difesa dallo Stato, vale a dire a che l'ordinamento intervenga per punire le aggressioni al bene della vita¹⁵⁷.

Una logica simile è stata seguita anche nel primo caso di autorizzazione all'eutanasia passiva verificatosi in Scozia, quello di Janet Johnstone, paziente in stato vegetativo permanente, nel 1996. La Corte scozzese ha sottolineato che la valutazione da compiere in questi casi è centrata sul quesito se sia nel miglior interesse del paziente il trattamento medico, e non, come affermato dagli avversari di questo indirizzo giurisprudenziale, se sia o meno nell'interesse del paziente morire.

Le conclusioni sono, in pratica, le stesse: *“it is no longer possible to suggest that the continuance of the treatment (...) to maintain in her present condition in which she is permanently insensate, is of any benefit to her. That being so, there are no longer any best interests to be served by continuing such treatment”*¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibidem*, 309.

¹⁵⁷ NHS Trust A v. Mrs M and NHS Trust B v. Mrs HEWHC 29.

¹⁵⁸ V. la citazione della sentenza Johnstone in GAVAGHAN, *When the threads finally breaks*, sul

Nel sistema giuridico britannico, è pure generalmente ammesso l'istituto delle "dichiarazioni anticipate", secondo le regole stabilite dalla *British Medical Association*.

La BMA parla di *advance statements*, con riferimento ad ogni dichiarazione anticipata, orale o scritta, che esprime la volontà della persona nell'eventualità che, in futuro, essa non sia più in grado di decidere o comunicare. Secondo la BMA, il c.d. *living will* (il rifiuto anticipato del prolungamento artificiale della vita) non differisce in nulla da una - pacificamente legittima - dichiarazione di rifiuto attuale, nel rispetto, com'è ovvio, di regole prudenziali che assicurino la corretta formazione della volontà del dichiarante e la piena corrispondenza tra il caso previsto e quello verificatosi. A questo scopo, la BMA ha elaborato un *Code of practice*, in cui fornisce le linee-guida per la corretta e trasparente esecuzione di dette direttive.

Le regole indicate dalla BMA sono generalmente seguite anche dalla giurisprudenza, secondo cui un paziente "informato" e consapevole può vincolare con una sua scelta anticipata i medici curanti, purché essa sia *clearly established and applicable in the circumstances*¹⁵⁹.

È stato pure chiarito che il paziente può autorizzare, o rifiutare un trattamento, ma non può esigere in modo vincolante un trattamento specifico, o contrario alla legge, cosicché rimane del tutto esclusa la possibilità che il paziente richieda (e ottenga legalmente) la somministrazione di un farmaco letale.

Nonostante alcune critiche, anche il tema delle direttive anticipate può dirsi accolto, in buona sostanza, nella *common law inglese*. Come pure, del resto, il principio del *double effect*, riconosciuto anche dai maggiori

sito della VES.

¹⁵⁹ Re T (1992) 4 All ER 649.

oppositori del movimento a favore dell'eutanasia¹⁶⁰, nonché da un'ormai consolidata giurisprudenza¹⁶¹.

2.2.3. *La legislazione statunitense*

A un livello più avanzato, nei Paesi di *common law*, si pone certamente l'esperienza statunitense, che ha registrato nella materia *de qua* specifici interventi legislativi, sia federali sia statali.

Infatti, negli Stati Uniti nel 1985 è stata approvata a livello federale una “legge di armonizzazione dei diritti dei malati terminali”, volta a promuovere una uniformità di disciplina normativa per quel che riguarda la problematica, molto sentita anche dall'opinione pubblica americana, dell'eutanasia¹⁶².

La legge si inserisce nella prassi dei c.d. *Uniform Acts*, modelli di legge che vengono predisposti dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, l'organizzazione nazionale americana costituita dai commissari nominati dai governatori dei singoli Stati per promuovere uniformità nelle previsioni normative. Si tratta cioè di normative non vincolanti per i singoli Stati ma con la possibilità per questi ultimi di applicarli in tutto o in parte.

La legge di “armonizzazione dei diritti dei malati terminali” prevede che una persona adulta, capace di intendere e di volere, in pieno possesso delle proprie facoltà mentali, possa fare una dichiarazione in cui specifichi quali sono i trattamenti sanitari ai quali non desidera essere sottoposta nel

¹⁶⁰ Come Mrs. Winterton, autrice del *Medical Treatment Bill*; v. *House of Commons Hansard Debates* for 28 January 2000.

¹⁶¹ R. v. Adams (1957) Crim. LR 365.

¹⁶² Sul tema v. GUGLIELMI M., *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. merito* 1999, 4-5, 920.

momento in cui perda la capacità di decidere qualora venga colpita da una malattia incurabile e versi in uno stato terminale e la morte possa giungere in tempi “relativamente” brevi.

Sia le leggi dei singoli Stati, sia la legge di “armonizzazione dei diritti dei malati terminali” riconoscono il diritto del paziente di rifiutare le cure, in quanto espressione del riconoscimento del principio fondamentale della tutela dell'autonomia dell'individuo e quello della dignità del paziente, quando il prolungamento della vita del malato terminale può causare soltanto dolore e sofferenza inutili senza alcun beneficio dal punto di vista medico.

3. Le possibili coordinate di una riaffermazione del principio di laicità del diritto penale in materia bioetica

Alla luce di questo rapido *excursus*, sembra necessaria, nell'ambito del discorso bioetico, una rinnovata riflessione sul principio di laicità del diritto penale¹⁶³.

Data l'estrema variabilità dei contesti in cui il conflitto si manifesta, soltanto un contemperamento degli interessi in gioco che tenga conto del diverso valore che questi di volta in volta possono assumere, anche e

¹⁶³ Con riferimento alla laicità del diritto penale nell'ambito del discorso bioetico, v., fra i tanti, LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999, 601 ss.; PASQUARIELLO, *I confini penalistici della bioetica*, 1999; ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in Mazzoni, (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, 1998; MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio della laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1383 ss.; MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, vol. I, 1994; CARACCIOLI, *Diritto penale e coscienza cristiana: compatibilità e conflitti*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, vol. I, 1994; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, 1992; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, 1991; MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 863 ss. Nella letteratura tedesca, v., per tutti, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, 318 ss.; ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, 24 ss.

soprattutto in ragione della loro reciproca interazione, consente di individuare uno specifico punto di equilibrio in corrispondenza di una altrettanto specifica situazione di conflitto. Diviene, allora, evidente la fondamentale funzione di metodo del bilanciamento.

Peraltro, la ricerca di un giusto equilibrio tra diritto e morale potrebbe paradossalmente risultare più semplice, poiché nei settori della vita sociale in cui più forti sono le istanze ideologiche e morali è proprio attraverso la scelta di non punire, forse più che attraverso quella di punire, che il diritto è in grado di esprimere efficacemente una *sittenbildende Kraft*¹⁶⁴.

In questa direzione, vi sono alcuni punti fermi (sebbene spesso del tutto ignorati nel confuso e spesso strumentale dibattito politico e nella volgarizzazione mediatica dei temi della bioetica).

3.1. Le “direttive anticipate” e il c.d. testamento biologico (*living will*)

Uno di questi punti è certamente quello concernente le c.d. “direttive anticipate”, ovvero il c.d. testamento biologico (*living will*): in concreto, la dichiarazione con cui un soggetto, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, dà disposizioni in merito alle terapie che desidera ricevere e a quelle che intende rifiutare, nel caso in cui si venga a trovare in uno stato di incoscienza¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Si veda il fondamentale saggio di KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, in Maurach FS, 1972, 327 ss. In questo senso, si può allora affermare che *rechtsfrei* non equivale a *rechtsleer*, poiché il diritto penale, anche non disciplinando, in realtà orienta.

¹⁶⁵ Sulla tematica del testamento biologico v., tra gli altri: RESCIGNO P., *La fine della vita umana*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 651 s.; LAGAZZI M., *Il dialogo ambiguo. Riflessioni sull'eutanasia del paziente terminale*, in *Rass. criminol.*, 1986, p. 196; BARNI M., *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 171.

La rilevanza delle “direttive anticipate” è già – seppure in forma attenuata – riconosciuta dalla Convenzione di Oviedo¹⁶⁶, che (nell’art. 9) introduce il dovere di “tener conto” dei “desideri” espressi dal paziente prima di un intervento medico: “*Les souhaits précédemment exprimés au sujet d’une intervention médicale par un patient qui, au moment de l’intervention, n’est pas en état d’exprimer sa volonté, seront pris en compte*”¹⁶⁷.

Il medesimo principio è affermato nel codice italiano di deontologia medica del 1998¹⁶⁸, il quale - fra le ipotizzabili diverse istanze etiche e soluzioni giuridiche¹⁶⁹ - ha adottato (art. 34, comma 2) un’opzione conforme all’art. 9 della Convenzione di Oviedo, precisando che “il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso”.

L’istituto è riconosciuto anche nella legge francese del 4 marzo 2002, e precisamente nel “nuovo” art. 1111-6 del *Code de la santé publique*, laddove ammette la possibilità di un consenso “per delega”; delega che può essere validamente conferita mediante designazione di “una

¹⁶⁶ Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa nella seduta del 19 novembre 1996, e sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997, ove si afferma solennemente il principio secondo cui “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato”.

¹⁶⁷ E nel commento ufficiale al testo della Convenzione si osserva che “*the practitioner should thus, as far as possible, be satisfied that the wishes of the patient apply to the present situation and are still valid, taking account in particular of technical progress in medicine*”.

¹⁶⁸ Il codice di deontologia medica, approvato il 2-3 ottobre 1998, a distanza di poco più di tre anni dal precedente, del 24-25 giugno 1995, contiene una rielaborazione delle regole deontologiche alla luce delle linee fondamentali della Convenzione di Oviedo, soprattutto in relazione al rapporto medico-paziente.

¹⁶⁹ Per il relativo quadro, con particolare riferimento alle esperienze straniere ed alle proposte applicative, v. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell’incapacità*, Milano 2000, 25 ss.

persona di fiducia che può essere un parente, un confidente, il medico di fiducia, che sarà consultato nel caso di incapacità da parte dell'interessato di esprimere la propria volontà e di ricevere l'informazione necessaria a tal fine"; aggiungendo quindi che, nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità a esprimere il consenso, "nessun trattamento può essere praticato senza che siano stati consultati la persona fiduciaria, o la famiglia o un confidente, salvo il caso dell'urgenza o dell'impossibilità".

L'istituto delle "direttive anticipate", il c.d. *living will*, è riconosciuto in maniera esplicita anche nelle Direttive medico-etiche dell'Accademia svizzera del 1995, che (nel paragrafo 3.4) stabilisce: "quando il medico è in presenza di una dichiarazione scritta redatta dal paziente al tempo in cui era ancora capace di discernimento, questa è determinante. Tuttavia, non saranno considerate le domande che esigano un comportamento illecito da parte del medico, o richiedenti l'interruzione delle misure di conservazione della vita quando, secondo l'esperienza generale, lo stato del paziente permette di sperare un ritorno alla comunicazione sociale e la ricomparsa della volontà di vivere".

Anche nel Regno Unito – come già detto - l'istituto delle "dichiarazioni anticipate" è regolato dalla *British Medical Association*.

In un altro paese di *common law*, gli Stati Uniti, l'istituto costituisce invece oggetto di una specifica disciplina legislativa, a livello federale e statale.

Della legge federale del 1985 "di armonizzazione dei diritti dei malati terminali" si è già detto. Resta da dire che, a livello statale, molti Stati americani prevedono i *testamenti biologici*; ne sono di esempio le "leggi sulla morte naturale" (*Natural Death Acts*) della California¹⁷⁰ e del

¹⁷⁰ West's Annotated California Codes - Health and Safety Code - Sections 4600 to 9999 - Chapter 3.9 - Natural Death Act (legge sulla morte naturale).

Texas¹⁷¹, le leggi sui *living wills* dell'Illinois¹⁷² e del Tennessee¹⁷³, la legge sul *life-sustaining* della Louisiana¹⁷⁴, e la legge sulle decisioni in materia di assistenza sanitaria (*Health Care Decisions Act*) della Virginia¹⁷⁵.

Sia le leggi dei singoli Stati, sia la legge di “armonizzazione dei diritti dei malati terminali” riconoscono il diritto del paziente di rifiutare le cure in quanto espressione del riconoscimento del principio fondamentale della tutela dell'autonomia dell'individuo e quello della dignità del paziente quando il prolungamento della vita del malato terminale può causare soltanto dolore e sofferenza inutili senza alcun beneficio dal punto di vista medico.

Come spesso è avvenuto nei tempi più recenti, il cammino seguito dal legislatore italiano sembra essere andato in tutt'altra direzione.

Come ricorda Giovanni Fiandaca¹⁷⁶, la cultura laica (non solo quella giuridica) ha definito l'attuale legge in discussione sul c.d. “biotestamento” come un pessimo esempio di normazione ideologica fortemente influenzata da una visione neo-confessionale¹⁷⁷.

¹⁷¹ Texas Annotated Code - Health and Safety Code - Part II - Titles 6 to End - Chapter 672 - Natural Death Act (legge sulla morte naturale).

¹⁷² Illinois Annotated Statutes, Chapter 110 ½. Probate 20-1 to end - 1989, Living Will Act (legge sul testamento di vita).

¹⁷³ Tennessee Code Annotated - 1991 - Supplement - Volume VI - 1984, Replacement - The Official Tennessee Code - Chapter 11 - Living Wills.

¹⁷⁴ West's Louisiana Statutes Annotated - Revised Statutes - Section 40: 1061 to 40 End - Volume 23 - 1992 - Supplementary pamphlet - Part XXIV - A - Declaration concerning life-sustaining.

¹⁷⁵ Health Care Decisions Act, Code of Virginia 1993 (legge sulle decisioni in materia di assistenza sanitaria).

¹⁷⁶ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit.

¹⁷⁷ Emblematica in questo senso la critica di RODOTA', *Testamento biologico. Chi vuole rubarci la vita*, ne *la Repubblica* 7 luglio 2011; in termini analoghi, VERONESI, *Se il vuoto legislativo si*

Il giudizio critico è certamente fondato, ove si pensi che la legge in programma si ispira al fine innegabilmente paternalistico di affidare ogni scelta definitiva alla decisione del medico, attribuendo carattere non vincolante alle dichiarazioni anticipate di fine-vita.

Con ciò, il programmato intervento legislativo si profila come una vera e propria “controriforma” rispetto ai principi della Convenzione di Oviedo, ma altresì rispetto agli orientamenti prevalenti nella giurisprudenza italiana, tutti basati sul riconoscimento del valore primario del diritto individuale all’autodeterminazione desunto per via ermeneutica-ricostruttiva dalla Costituzione.

3.2.L'eutanasia. Lo stato attuale degli orientamenti normativi e giurisprudenziali nei paesi di civil law e di common law

Il problema certamente più delicato da affrontare è quello del riconoscimento della liceità di condotte riconducibili all'eutanasia.

Come si è già ricordato, le varie figure di eutanasia hanno costituito oggetto di interventi giurisprudenziali in vari Paesi.

Richiamando sinteticamente l'esposizione fatta in precedenza, si è soliti distinguere almeno quattro figure principali di eutanasia: 1) l'eutanasia *attiva diretta*, consistente in trattamenti il cui scopo primario è quello di provocare la morte del malato terminale incurabile, per porre fine alle sue sofferenze; 2) l'eutanasia *attiva indiretta*, che consiste nel trattamento antidolorifico finalizzato ad aiutare il paziente “nel morire”; 3) l'eutanasia *passiva consensuale*, che consiste nel lasciare morire il paziente, a seguito di sua richiesta, senza intervenire con alcuna terapia; 4)

trasforma nel minore dei mali, ivi, 8 luglio 2011.

l'eutanasia *passiva non consensuale*, che consiste nel lasciare morire il paziente, senza intervenire con alcuna terapia, indipendentemente dalla volontà dello stesso paziente, che non è capace di esprimerla.

Le ipotesi di eutanasia *attiva diretta* sono considerate oggi illecite, in una valutazione comune alla quasi totalità degli ordinamenti, ed anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷⁸.

Contrastante anche con il principio del consenso è l'eutanasia *attiva non consensuale*; ma inammissibile viene ritenuta anche l'eutanasia *attiva consensuale* poiché – nonostante la posizione centrale del paziente con i suoi diritti - il bilanciamento con il principio della salvaguardia della vita, della salute e dell'integrità fisica si risolve a favore di quest'ultimo, che rappresenta un limite ben definito alla libera esplicazione della volontà del singolo.

In relazione a questa figura di eutanasia, non si registrano neppure significative differenze tra i Paesi di *civil law* e quelli di *common law*.

Invero, nel Regno Unito, costante orientamento delle Corti è la precisa condanna di ogni pratica eutanasi "attiva". Analogamente, negli Stati Uniti le persone in pieno possesso delle proprie facoltà mentali possono rifiutare il trattamento medico, anche se ciò significa morire, ma non possono chiedere al medico aiuto al suicidio perché attualmente in molti Stati americani esiste una legge che vieta il suicidio assistito¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, *Pretty contro Regno Unito*, in *Guida dir.*, 2002, n. 21, p. 97 s., che, nel richiamare il dato normativo offerto dall'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha escluso la sussistenza di un diritto alla autodeterminazione che darebbe ad ogni individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita. Dal divieto del ricorso alla forza o a qualsiasi comportamento idoneo a provocare la morte di un essere umano, discende l'inesistenza di un diritto di esigere dallo Stato che consenta o faciliti la morte.

¹⁷⁹ DWORKIN, *Il dominio della vita, aborto, eutanasia e libertà individuale*, a cura di S. Maffettone, trad. di C. Bagnoli, Milano, 1994.

A quest' orientamento fa eccezione l'Olanda, che – come si è visto - con l'approvazione della legge n. 137 del 10 aprile 2001 è stato il primo paese europeo a prevedere e disciplinare di conseguenza la possibilità che un medico pratici l'eutanasia o assista il suicidio di un malato grave che scientemente e insistentemente chieda di morire.

Per quanto riguarda l'Italia, allo stato attuale della legislazione le ipotesi di eutanasia *attiva diretta* integrano senza dubbio una responsabilità penale, dovendosi applicare l'art. 579 c.p. (nel caso di eutanasia diretta consensuale), ovvero l'art. 575 c.p., sia pure con le circostanze attenuanti del caso (nell'ipotesi di eutanasia diretta non consensuale).

Chiaramente contraria all'eutanasia *attiva diretta* (sia consensuale che non consensuale) è anche l'opzione adottata dall'attuale codice di deontologia medica, espressa nel capo V del titolo III, recante in rubrica l'espressione "assistenza ai malati inguaribili". L'art. 36, infatti, stabilisce inequivocabilmente che "il medico, anche su richiesta del malato, non deve effettuare, né favorire trattamenti diretti a provocarne la morte".

E' invece ritenuta lecita, dalla prevalente dottrina italiana, la c.d. eutanasia *attiva indiretta*, consistente nel trattamento antidolorifico finalizzato ad aiutare il paziente "nel morire". È il principio del *double effect*, per cui la somministrazione di farmaci analgesici e anestetici che abbia come effetto secondario anche quello di abbreviare la vita del paziente non può essere considerata come una vera e propria forma di eutanasia, quanto meno della forma tipica.

A questa figura di eutanasia è riservata una notevole apertura anche nel codice deontologico italiano del 1998, laddove (nell'art. 15) dispone che "i trattamenti che comportino una diminuzione della resistenza psico-fisica del malato, possono essere attuati, previo accertamento delle necessità terapeutiche, e solo al fine di procurare un concreto beneficio clinico al malato, o di alleviarne le sofferenze".

Nella prevalente dottrina italiana viene ritenuta lecita anche l'eutanasia *passiva consensuale*¹⁸⁰. In questo caso, infatti, secondo la prevalente dottrina, ci si trova di fronte ad un atto lecito “non in base a un potere del medico di lasciar morire, bensì e soltanto in base ad un diritto del soggetto di non curarsi e di lasciarsi morire”¹⁸¹.

Per chi ammette la liceità di questa fattispecie di eutanasia, è peraltro evidente che l'atto di volontà legittimante l'omissione delle cure deve essere effettivamente tale e dunque pienamente personale, reale, informato, autentico e valido. L'accento sulla personalità del consenso mira a negare la legittimità di interventi esterni di rappresentanti legali o volontari del paziente che rifiuta di essere curato.

Nella stessa direzione sono orientate le direttive dell'Accademia svizzera, che considerano generalmente ammissibili le figure di *eutanasia passiva*, compiendo tuttavia un'importante distinzione in base alla capacità di discernimento del paziente. Se il paziente è capace di intendere e volere, il medico, assolto l'obbligo di informazione nei confronti del paziente ed assicuratosi che le sue volontà siano state correttamente intese, deve sottomettersi alla volontà dello stesso. Ponendosi in un'ottica coerente con il quadro tratteggiato, alcuni Cantoni hanno autonomamente emanato disposizioni normative in tema di “direttive anticipate”. Nel caso opposto, ossia nel caso di incapacità di discernimento o di espressione, “l'attività del medico dipenderà innanzitutto dalla diagnosi e dalla prognosi”, dovendosi nelle situazioni più dubbie ricorrere alla ricostruzione della volontà presunta del paziente, o alla ricerca di “segni vitali” che possano far concludere per

¹⁸⁰ Per tutti, MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, 1990, p. 425 e, da ultimo, il poderoso saggio di CENDON, *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, in *Le nuove voci del diritto*, a cura di CASSANO, all'indirizzo Internet www.lenuovevocieldiritto.com.

¹⁸¹ MANTOVANI, *L'eutanasia*, cit., p. 426.

un'attuale volontà di vivere. In assenza di entrambe, il medico tiene conto delle dichiarazioni anteriori dei pazienti e delle indicazioni dei parenti.

Molto controversa è, invece, l'ammissibilità della c.d. eutanasia *passiva non consensuale*, che consiste nel lasciare morire il paziente, senza intervenire con alcuna terapia, indipendentemente dalla volontà dello stesso paziente, che non è capace di esprimerla.

In alcuni casi, l'ammissibilità anche di questa figura di eutanasia è stata riconosciuta dalla giurisprudenza dei Paesi di *common law*.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, nel famoso *caso Cruzan*¹⁸², i giudici si pronunciarono formalmente su un caso di eutanasia *passiva consensuale*, poiché riconobbero la legittimità dell'interruzione del trattamento di alimentazione artificiale, operata nella consapevolezza di cagionare con ciò la morte del paziente, argomentando tuttavia da un presunto diritto di quest'ultimo di rifiutare le cure, desunto da sue dichiarazioni precedenti. Si trattava, però, quanto meno in parte, di una "*fictio*", poiché i giudici americani avevano centrato la decisione sulla volontà del diretto interessato ritenendo di ravvisarne un possibile appiglio in una manifestazione di volontà remota.

Per quanto riguarda il Regno Unito, va ancora una volta citato l'altrettanto famoso *caso Bland*, discusso nel 1993, che ha indirizzato la giurisprudenza britannica verso un'apertura ai casi d'interruzione delle terapie che mantengono in vita pazienti in stato vegetativo permanente (dunque casi di eutanasia *passiva non consensuale*). Nel *caso Bland*, i *Lords* autorizzarono i medici di un paziente in stato vegetativo permanente

¹⁸² *Cruzan Director Missouri Dept. of Health*, 497 US 261, 1990, in *Foro it.*, 1991, IV, 66.

da tre anni a interromperne la ventilazione, l'idratazione e la nutrizione artificiale, lasciando così che morisse¹⁸³.

Nel sistema giuridico italiano si registra invece una ricorrente distonia fra stato del diritto positivo, opinione pubblica, prassi applicativa della classe medica e diritto giurisprudenziale; con conseguenze talvolta paradossali nelle Aule di giustizia, in cui tale distonia si è spesso tradotta in decisioni ispirate in maniera evidente da una “precomprensione” che ha dato luogo a veri e propri espedienti per ridurre al minimo le pene.

3.3. *I nodi problematici al centro di una possibile riforma*

Personalmente ritengo che nessun dubbio possa più esservi – alla luce del panorama giuridico internazionale – sull'esplicito riconoscimento legislativo della liceità dell'eutanasia *attiva indiretta*, basata sul principio del *double effect*, e dell'eutanasia *passiva consensuale*. Questa soluzione sembra infatti oggi la più coerente con un equilibrato bilanciamento dei valori che si confrontano nella materia bioetica, tenendo conto della rilevanza assunta anche nelle fonti costituzionali e sovranazionali dal principio del “consenso informato”.

Del resto, in questa direzione si muove il combinato disposto degli artt. 2 e 5 della Convenzione di Oviedo, per cui “solo” alla persona interessata è demandato di effettuare ogni scelta di vita anche concernente la qualità e la durata della stessa; nonché la solenne affermazione del diritto alla dignità umana, del quale può considerarsi una specificazione il diritto di morire con dignità.

Peraltro, anche sotto altro profilo la soluzione sembra rispondere a un giusto equilibrio fra etica e diritto; poiché – come si è ricordato

¹⁸³ Airedale NHS Trust v. Bland AC 789. Estratti dei pareri dei giudici tradotti in italiano in *Bioetica*, 1997, 305 ss.

all'inizio, nei settori della vita sociale in cui più forti sono le istanze ideologiche e morali è proprio attraverso la scelta di non punire, forse più che attraverso quella di punire, che il diritto è in grado di esprimere efficacemente una *sittenbildende Kraft*¹⁸⁴.

La soluzione proposta si tradurrebbe, sul piano penalistico, nella riforma delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 579 e 580 c.p., prevedendo la non punibilità del medico che, con il consenso del paziente, consapevolmente e volontariamente ometta di intervenire per la sua salute e la sua vita. Tale causa di non punibilità, ovviamente, dovrebbe operare in presenza di presupposti chiaramente individuati e regolati, quali, in particolare: 1) la capacità di intendere e di volere del paziente; 2) la mancanza di qualsiasi condizionamento esterno; 3) una richiesta costante e insistente del paziente.

Per quanto riguarda l'eutanasia *passiva non consensuale*, ogni valutazione è più difficile, come del resto dimostra l'orientamento prevalentemente contrario nella più gran parte degli ordinamenti.

Personalmente ritengo tuttavia che l'ordinamento non possa rimanere indefinitamente insensibile alle istanze etiche di quanti, in numero sempre maggiore, ritengono più coerente con il rispetto della dignità dell'essere umano l'ammissibilità anche di questa forma di eutanasia, intesa come riconoscimento del diritto di morire con dignità.

Anche l'eutanasia passiva "non consensuale" potrebbe quindi essere ammessa in circostanze particolarmente "gravi", purché espressamente e tassativamente previste dalla legge, e sottoposte all'esame preventivo di commissioni mediche che valutino lo stato di salute del paziente e l'assenza

¹⁸⁴ KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, cit.

di qualsiasi alternativa al mantenimento di una vita ridotta a una mera finzione, e quindi non più degna di essere vissuta.

Pur riconoscendo l'inviolabilità del diritto alla vita, anche in questo caso un equilibrato bilanciamento dei valori che si confrontano nella materia bioetica comporta la necessità di tutelare, a mio avviso, il diritto di ognuno a una morte dignitosa.

Per concludere su questo difficile tema, può essere utile ricordare il ragionamento seguito dai *Lords* nella sentenza sul *caso Bland*.

Nell'affermare la liceità dell'interruzione di un trattamento medico che non sortisce alcun effetto utile per il paziente, anche se ciò ne causerà la morte, il percorso argomentativo seguito dai giudici è semplice: fine primario e irrinunciabile della medicina è quello di preservare, o ripristinare la salute del paziente, ed esiste, quindi, un preciso obbligo del personale sanitario a fare tutto il possibile in tal senso; ma la prosecuzione di un trattamento medico che non rechi alcun beneficio al paziente, è doverosa solo se essa corrisponda al suo miglior interesse.

Se Bland - si afferma - in pieno possesso delle sue facoltà, avesse dichiarato di non volere un eventuale, inutile prolungamento artificiale della sua sopravvivenza, non vi sarebbe stato alcun bisogno di controvertere ulteriormente su quale fosse il suo "miglior interesse", essendo piena facoltà del singolo scegliere autonomamente, per sé, ciò che reputi più conveniente.

Una logica simile è stata seguita anche nel primo caso di autorizzazione all'eutanasia passiva verificatosi in Scozia, quello di Janet Johnstone, paziente in stato vegetativo permanente, nel 1996.

La Corte ha insistito sul fatto che la valutazione da compiere in questi casi è centrata sul quesito se sia nel miglior interesse del paziente il trattamento medico, e non, come affermato dagli avversari di questo indirizzo giurisprudenziale, se sia o meno nell'interesse del paziente morire.

Le conclusioni sono, in pratica, le stesse: *“it is no longer possible to suggest that the continuance of the treatment (...) to maintain in her present condition in which she is permanently insensate, is of any benefit to her. That being so, there are no longer any best interests to be served by continuing such treatment”*¹⁸⁵.

¹⁸⁵ V. la citazione della sentenza Johnstone in GAVAGHAN, *When the threads finally breaks*, sul sito della VES.

CAPITOLO VII
IL “BENE” GIURIDICO DELLA SICUREZZA

Nel già ricordato clima contemporaneo di “post-secolarizzazione”, la tendenza alla compressione dello spazio riservato all’autonomia individuale dalle teorie *liberal* si manifesta non soltanto in una rivalutazione dell’etica religiosa, ma anche in un orientamento politico generale volto a sacrificare sempre più spesso i diritti individuali a beni giuridici “di categoria” sempre più indistinti e discrezionali.

Tra questi occupa la posizione più rilevante il “bene” giuridico della sicurezza.

Come osserva Donini¹⁸⁶, la sicurezza – un tempo considerata un argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell’ordine pubblico – nel clima contemporaneo sembra rappresentare il centro delle attenzioni penalistiche dei governi e dell’opinione pubblica. Quasi ogni argomento può essere visto dall’angolo visuale della sicurezza, vale a dire della garanzia delle condizioni affinché determinati beni giuridici siano preservati da attacchi e aggressioni, prima ancora che da eventi lesivi.

Ma v’è di più. Cresce anche (e vien fatto crescere) un clima di ansia e di timore, capace di giustificare talvolta il ricorso a un uso esorbitante (e/o illusorio) della legge penale; considerata cinicamente come “un mezzo a basso costo economico (...) per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare sicuramente rischi, pericoli ed eventi lesivi. *A qualcosa pure servirà. Tanto, che cosa costa?*”¹⁸⁷.

¹⁸⁶ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.* 2008, 10, 3558.

¹⁸⁷ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit.

1. La sicurezza da oggetto del contratto sociale a diritto fondamentale. I processi degenerativi

Storicamente, il bene giuridico della sicurezza aveva una valenza politica e un'origine pattizia.

Come ricorda ancora Donini¹⁸⁸, nell'elaborazione filosofica europea ed anche in Hobbes, la sicurezza era concepita non già come un diritto fondamentale della persona, accanto a vita, libertà, salute e proprietà, ma come l'obiettivo del "contratto sociale"¹⁸⁹; un obiettivo che però non può porsi in contrasto con alcuni diritti primari degli individui.

Verso la fine del Novecento, invece, la sicurezza assume essa pure il carattere di "diritto fondamentale": diritto fondamentale e collettivo dei singoli e dovere dello Stato¹⁹⁰.

Con questo mutamento d'impostazione, si apre la strada alla possibilità di un processo degenerativo, che si è puntualmente e ampiamente verificato.

Prima subordinato ai diritti fondamentali degli individui (primi fra tutti la vita e la libertà), il c.d. "diritto alla sicurezza" si colloca quindi in una posizione gerarchicamente quanto meno pariordinata rispetto agli altri diritti dell'individuo. E di conseguenza, nella valutazione discrezionale della politica criminale, anziché trovare un limite nei diritti fondamentali

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ LOCKE J., *Two Treaties of Government*, 1689, ed. Hollis, London, 1764, II, §§ 95-96, 123-131.

¹⁹⁰ ISENSEE J., *Das Grundrecht auf Sicherheit*, de Gruyter, Berlin-New York, 1983. V. in merito i rilievi critici di BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Franco Angeli, 2001, p. 19 ss.

alla vita e alla libertà, può giustificare varie forme di compromesso, e assumere addirittura un ruolo di sovraordinazione.

Come osserva ancora Donini¹⁹¹, in questo contesto “lo Stato viene a qualificarsi ancora come uno *Stato di diritto o dei diritti*”; ma “nello stesso tempo, esso tende ad assumere i caratteri di uno *Stato di prevenzione*”.

Secondo altra dottrina¹⁹², vengono meno, nello Stato di prevenzione, alcune caratteristiche fondamentali dello Stato di diritto, con varie gravi conseguenze quali soprattutto: 1) un'intrusione sempre più ampia dello Stato nello spazio di autonomia dell'individuo (visto comunque come “un rischio potenziale che deve essere sorvegliato o controllato”); 2) l'indebolimento del principio di eguaglianza (nei confronti di alcune categorie di soggetti o gruppi considerati fonte di rischio); 3) la graduale eliminazione della *privacy* (vista come un bene che deve cedere di fronte alla necessità di garantire la sicurezza collettiva).

2. La creazione di un diritto penale diseguale

Ma la cosa più grave è che tale processo si attua non soltanto in relazione a fenomeni anche internazionali di sicuro rilievo per i diritti fondamentali, come il terrorismo, la tratta di esseri umani, la pedopornografia o il traffico internazionale di armi e droga.

Il “bene” sicurezza subisce un processo di superfetazione mediatica e politica, e così avviene che in ambiti molto più discutibili anche il legislatore italiano negli ultimi anni imbocchi la strada dei c.d. “pacchetti

¹⁹¹ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit.

¹⁹² HUSTER S.- RUDOLPH K., *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2008, p. 17-19.

sicurezza”, destinati più a esorcizzare le paure dell’opinione pubblica che ad affrontare in termini efficaci i problemi della sicurezza.

Sempre più spesso, quando accadono fatti (anche reati di criminalità “di strada”, sessuali, connessi all’immigrazione clandestina etc.) che – anche grazie all’amplificazione mediatica – suscitano emozione o disgusto nell’opinione pubblica, vengono varate misure che sembrano destinate a produrre soltanto effetti psicologici e di apparente efficienza, ma alterano progressivamente il sistema delle garanzie.

Com’è stato rilevato da Padovani, a commento dell’ultimo “pacchetto sicurezza” del 2009¹⁹³, “introdurre l’ennesimo intervento in materia di sicurezza pubblica è impresa che potrebbe essere compiuta con adeguato entusiasmo critico solo a prezzo di una drastica rimozione della memoria. Diversamente, si tratta di un testo già scritto decine di volte ogni volta che negli ultimi quattro decenni si è posto mano a questo o quel provvedimento emergenziale”¹⁹⁴.

Fatto sta che – come pure è stato osservato in relazione al precedente provvedimento in tema di sicurezza¹⁹⁵ – “emergenza, al di là dell’assonanza, sovente non fa rima con efficienza, per cui, a meno di non voler ritenere che ogni forma di risoluzione rapida dei problemi (e, quindi, anche la pena capitale inflitta da una corte marziale) sia, per ciò solo, sempre efficiente, i concetti sottesi ai due lemmi, soprattutto quando in gioco sono i diritti dei cittadini, devono essere tenuti ben distinti”.

¹⁹³ Legge 15 luglio 2009, n. 94 - Disposizioni in materia di sicurezza pubblica.

¹⁹⁴ PADOVANI, *L’ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 2009, 33, 14.

¹⁹⁵ FURFARO, *Emergenza ed efficienza in tema di prevenzione et similia nel recente “pacchetto sicurezza”*, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, 4-6, 21.

Come ancora scrive Donini¹⁹⁶, la “sicurezza” diviene così “parola d’ordine o parola magica, essa viene periodicamente evocata come un bisogno collettivo al quale campagne di stampa spesso di lungo corso (...) forniscono periodicamente i materiali più diversi”.

E’ un dato di fatto noto a tutti che terreno privilegiato di questo tipo di politica criminale (a livello internazionale, e soprattutto in Italia) è la disciplina dell’immigrazione: come ricorda ancora Donini, sul tema della sicurezza rispetto ai pericoli provenienti soprattutto dagli immigrati extracomunitari si vincono o comunque si scommettono oggi le elezioni politiche nazionali e quelle locali.

Ma il fenomeno non riguarda neppure soltanto gli immigrati. Si delinea nel nostro sistema penale una nuova “giustizia di classe”: la sicurezza come mera pubblica sicurezza dell’ordine pubblico e l’equiparazione dei poveri, dei neri e degli immigrati ai delinquenti, le eterne “classi pericolose” dalle quali occorre proteggere la “gente per bene”¹⁹⁷.

Si delinea quindi in Italia un sistema penale *diseguale*, contrassegnato dalla compresenza di due distinti codici, uno per i *briganti* e uno per i *galantuomini* (quest’ultimo destinato anche alla “criminalità del potere”, con regole molto più benevole).

3. La c.d. percezione della sicurezza

Un ulteriore processo degenerativo è stato determinato dalla facile tendenza politica a utilizzare la c.d. “percezione della sicurezza”. La “percezione della sicurezza” è divenuta uno dei temi fondamentali dell’elaborazione

¹⁹⁶ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit.

¹⁹⁷ Così ancora DONINI, che richiama FERRAJOLI L., *Principia iuris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, 2007, p. 372 s.

criminologica, sociologica e giuridica dei problemi connessi alla sicurezza urbana¹⁹⁸: “in tutti i Paesi occidentali c’è una domanda drogata di sicurezza”¹⁹⁹.

A questo proposito, ancora Donini ricorda un esempio di “pessimo uso” della categoria del bene giuridico protetto dalla legge: la riforma del Testo unico sugli stupefacenti del 2006²⁰⁰, che “si è inventata” il bene giuridico della sicurezza pubblica quale oggetto di tutela della (fattispecie di illecito amministrativo di) mera detenzione di stupefacenti per uso personale.

In effetti, l’art. 75-*bis* del D.P.R. n. 309 del 1990 modificato ha introdotto nuove misure di prevenzione, cioè sanzioni di tipo preventivo-amministrativo, ma parapenali in quanto limitative della libertà, a carico di soggetti che si siano resi responsabili della detenzione di stupefacenti per uso esclusivamente personale (di per sé sanzionato in via amministrativa, non penale), sul presupposto che abbiano determinati “precedenti” penali o amministrativi, “qualora in relazione alle modalità o alle circostanze dell’uso (...) possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica”. Come osserva Donini, “un bene giuridico di rilevanza solo amministrativa, ma con effetti personali per le sanzioni irrogabili, utilizzato in modo manifestamente evanescente per ragioni che non attengono al *fatto*, e che nasconde, rispetto a tale illecito, finalità di controllo sociale ben diverse e orientate ai tipi d’autore, anziché alle condotte tipiche”.

In questo modo, l’illusione della sicurezza viene quindi posta al servizio di una politica sempre più superficialmente emergenziale.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ Ancora FERRAJOLI L., *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 372.

²⁰⁰ Legge 21 febbraio 2006, n. 49.

In proposito Padovani²⁰¹, ricorda cosa scrisse Alessandro Baratta come prefazione al lavoro di Stefano Moccia dal titolo significativo “Perenne emergenza”, laddove stigmatizzava una prassi normativa che “invece che rivolgersi all’efficienza simbolica dei valori costituzionali” ha scelto “quella del simbolismo efficientista proprio della politica spettacolare. La legislazione penale simbolica... è, infatti, un esempio allo stato puro di quella tecnologia del potere che è stata denominata la politica come spettacolo. In essa il rapporto tra politici e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico; invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di legittimità delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo artificiale di legittimazione, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti”.

A questo processo degenerativo, che alimenta le irrazionalità del diritto penale simbolico e di quello “del rischio” e l’abuso di prevenzione mediante il diritto penale, si sono naturalmente contrapposte le voci della dottrina più illuminata, che – nella tradizionale ottica *liberal* - ha invece riproposto la necessità di una forte riduzione del diritto penale contemporaneo alla tutela di beni “personali” ancorati a fattispecie coerenti con il rispetto della legalità e della riserva di legge.

Ancora Donini richiama a tal proposito l’insegnamento della Scuola di Francoforte²⁰², e in particolare un intervento di Winfried Hassemer²⁰³, ancora quando era Vicepresidente della Corte costituzionale tedesca: “il

²⁰¹ PADOVANI, *L’ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, cit. 14.

²⁰² Wolfgang Naucke, Klaus Lüderssen, Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz, Ulfrid Neumann, Felix Herzog, P.A. Albrecht, Klaus Günther e tanti altri ancora.

²⁰³ HASSEMER W., *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 321 ss.

paradigma preventivo inserisce il diritto penale in un sistema di produzione e conservazione della sicurezza, rendendolo così uno strumento di lotta ai problemi e di dominio dei rischi. Questa funzionalizzazione sfuma i confini ed elimina le differenze tra colpevolezza e pericolosità e tra il diritto sostanziale e quello processuale. Il sistema penale acquista in termini di disponibilità per la politica interna e di forza d'azione”.

Nell'intervento di Hassemer viene segnalata la tendenza, forse addirittura irreversibile, della trasformazione del diritto penale in una “protezione contro i pericoli” (*Gefahrenabwehr*), che vede accentuati i profili e le estensioni delle misure di sicurezza, e un uso eccessivo dei reati di pericolo astratto, che l'Autore non ritiene illegittimi in sé, ma preoccupanti per il fatto di costituire ormai un dato di “normalità”, e non di eccezione. La stessa attuazione o elaborazione di forme di un diritto penale del nemico costituisce, secondo Hassemer, una deviazione illegittima, e non certo un'attuazione conseguente, del diritto penale orientato alla prevenzione (“*Die Lehre vom Feindstrafrecht ist der Bastard des präventiven Strafrechts*”).

4. Il diritto penale del “nemico”

A questo processo degenerativo si collega il riemergere del c.d. “diritto penale del nemico” nelle politiche penali contemporanee²⁰⁴.

²⁰⁴ Sull'argomento del diritto penale del nemico, che è un tema importante del capitolo “sicurezza e diritto penale”, per una panoramica del dibattito internazionale e italiano, cfr. l'antologia di traduzioni *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Giuffrè, 2007, e qui anche i rinvii contenuti nella “Prefazione” dei curatori; il n. 4/2006 di *Questione Giustizia*, che raccoglie gli Atti di un Seminario romano intitolato “*Verso un diritto penale del nemico?*” svoltosi nei giorni 24-25 marzo 2006. Cfr. altresì i n. 1/2006 e 2/2007 di *Studi sulla Questione criminale*. V. quindi, per ulteriori e più ampi richiami, DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, , 2006, p. 735 ss.; DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris e R. Orlandi, Giappichelli, 2006, p. 19 ss.; DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2,

La tematica del “diritto penale del nemico” è stata in tempi recenti approfondita da Günther Jakobs, il quale ha ancorato la sua riflessione a taluni passi di una tradizione filosofica moderna, da Hobbes e Rousseau a Kant e Fichte, che ha riconosciuto al diritto penale un ruolo di legittima risposta in termini di intervento contro nemici della cosa pubblica, che almeno a certe condizioni perderebbero il ruolo e i diritti dei cittadini²⁰⁵.

Secondo la tesi di Jakobs²⁰⁶, il primo riferimento si può trovare nel pensiero contrattualistico di Rousseau e di Fichte, in cui la rottura del patto sociale attuata con il delitto fa perdere al cittadino il suo *status*, rendendolo un nemico della società; nonché nel pensiero di Hobbes e di Kant, che giustificano la perdita dei diritti di cittadino o di persona nel caso di alto tradimento (Hobbes) o di minaccia costante alla sicurezza (Kant).

Stabilite queste premesse, appare consequenziale che il delinquente “normale” usufruisca dei diritti (dello *status*) del cittadino, potendo egli reinserirsi nel patto sociale; e che invece il delinquente che si pone fuori dell’ordine sociale perché intende minacciarlo costantemente, diventando “per principio” un avversario (*hostis*) dell’ordinamento giuridico, venga trattato soltanto come un soggetto pericoloso, da neutralizzare. In questo senso egli non è una “persona”, e perciò il diritto svolge contro di lui una guerra o una lotta, esattamente come contro un nemico. È questo, secondo *Jakobs*, il diritto penale del nemico: un diritto che guarda al futuro (per neutralizzare pericoli) e non al passato (per riaffermare la vigenza di una norma).

2007, p. 55 ss.

²⁰⁵ JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS-CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 26 ss.; JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* (HRRS), 2004, p. 88 ss.; JAKOBS, *Terroristen al Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, 839 ss.

²⁰⁶ Richiamata da DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit.

Come osserva Donini in un articolo dedicato al tema²⁰⁷, nonostante la radicalità dell'impostazione di Jakobs, si tratta di una realtà ampiamente rappresentata nel diritto penale contemporaneo. Una realtà che ormai da qualche tempo registra la compresenza, sia negli Stati democratici sia (ovviamente) in quelli autoritari, di un diritto penale della colpevolezza (in parte erede di quello che una volta era il diritto penale della retribuzione), e di un diritto penale della "lotta", della pericolosità e della neutralizzazione. In altri termini, un diritto penale come tutela di beni giuridici e come statuto di garanzie di fronte al potere dello Stato ("Magna Charta" del reo), e un altro diritto penale, che tutela, anziché i "beni", i cittadini nei confronti dei "nemici".

E questi "nemici" vengono di volta in volta "selezionati" con riferimento alle tipologie emergenti dal sistema classico delle misure di sicurezza, ovvero e altresì con riferimento ad "emergenze" (vere, o presunte, o amplificate) storicamente riferite a "tipi d'autore" (il criminale pericoloso, il terrorista, il nemico esterno o straniero, etc.). Il diritto penale del nemico si atteggia pertanto come "un diritto penale non della colpevolezza, né della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e dello *stigma*". Ne consegue che "la grande separazione ipotizzata da von Liszt, che riservava alla sola politica criminale (attuata con strumenti amministrativi, politici, extrapenali, e non solo penali) compiti di lotta e alla legge penale funzioni di garanzia, di limite invalicabile della politica criminale, ne risulta (anziché attenuata, come non potrebbe che essere comunque) persino vanificata"²⁰⁸.

²⁰⁷ DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit.

²⁰⁸ DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit.

5. *Il nemico come “non persona”. Le “non persone” nella storia degli ultimi due secoli. Il caso Guantanamo*

Storicamente, non sono mancati gli esempi di applicazione di questa ideologia.

Nella storia degli ultimi due secoli, ad esempio, “non cittadini”, e dunque non titolari dello *status* normale delle persone americane, sono stati qualificati giuridicamente i neri americani dalla *Supreme Court* degli Stati Uniti nel caso *Dred Scott v. Stanford* del 1857, in cui si è esclusa l'estensione dei diritti di cittadinanza dei bianchi ai negri di discendenza africana²⁰⁹.

Nella categoria delle “non persone” sono finiti asociali, omosessuali, falliti, zingari, che i giuristi nazisti progettavano di destinare, prima che ai campi, a un diritto penale del tutto separato da quello per la generalità, da quello “dei cittadini”, dunque²¹⁰.

L'esempio più noto e nefasto di sistema giuridico costruito sul modello delle “non persone” è quello, già ricordato *supra*, del regime nazionalsocialista, il quale però preferì utilizzare, più che lo strumento penale, quello delle misure amministrative o di polizia, che presentava il vantaggio di sfuggire ai residui poteri di controllo della giurisdizione. Caso tipico, quello dell'internamento nei *lager*, che - introdotto dal 1933 per i comunisti e gli avversari politici, e poi esteso agli ebrei e ad altri soggetti - veniva attuato in forza di un provvedimento amministrativo di

²⁰⁹ *Dred Scott v. Stanford* in 60 U.S. 393 (1857). Cfr. ancora DONINI, cit., che ricorda sul punto SCHWARTZ, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1993, p. 105 ss.

²¹⁰ Ampiamente, sul punto, MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*⁴, cit., p. 186 ss. e 212 ss. (citato da DONINI).

“Schutzhaft”²¹¹, un arresto “per la tutela della società”, senza controllo giurisdizionale e senza termine di durata, nei confronti appunto dei “nemici dello Stato” (“staatsfeindliche Betätigung”).

Nei tempi più recenti la politica criminale del “diritto del nemico” ha avuto l’applicazione più nota ed estesa negli Stati Uniti, a seguito dell’attentato dell’11 settembre 2001.

In rapida successione, il Presidente Bush dapprima proclama retroattivamente una “emergenza nazionale” in base al *National Emergencies Act* di cui alla Sez. 1631 della Costituzione americana; poi (il 26 ottobre 2001) adotta un provvedimento complesso, “Patriot Act”, una legge temporanea ed eccezionale che prevede radicali deroghe alle garanzie in tema di criminalizzazione anticipata degli atti preparatori, di intercettazioni e perquisizioni, di immigrazione.

Nel sistema giuridico americano vengono quindi introdotte nuove categorie di “nemici”: i “combattenti illegali” (*unlawful combatants*), i “nemici combattenti” (*enemy combatants*), accomunati nel trattamento, se stranieri, a quella degli immigranti illegali (*unlawful immigrants*). “Nemici” da neutralizzare a prescindere da uno specifico fatto di reato.

Radicale è lo stravolgimento del diritto processuale e del diritto di difesa, come dimostra il caso notissimo dei detenuti di Guantanamo, analizzato in un puntuale studio di Elena Sciso²¹², che ripercorre la sequenza dei provvedimenti di emergenza adottati dopo l’attentato alle due torri.

²¹¹ DROBISCH-WIELAND, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Akademie Verlag, Berlin, 1993, p. 25-36.

²¹² SCISO E., *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. dir. internaz.* 2003, 1, 111.

Con un'ordinanza del 13 novembre 2001²¹³, il Presidente degli Stati Uniti, nell'esercizio dei poteri conferitigli dalla Costituzione e dalla risoluzione del Congresso sull'autorizzazione all'uso della forza armata, adotta alcune misure per la detenzione e l'eventuale processo di individui, esclusivamente stranieri, presuntivamente coinvolti a qualunque livello (dalla partecipazione, alla complicità, all'appoggio) in attacchi terroristici o in progetti di attacchi terroristici contro gli Stati Uniti, contro cittadini statunitensi o contro l'economia e la sicurezza nazionale o la politica estera degli Stati Uniti.

Ai sensi del decreto presidenziale qualunque soggetto, che non sia cittadino statunitense e che il Presidente degli Stati Uniti dichiari per iscritto di ritenere membro dell'organizzazione terroristica *Al-Qaeda* o che abbia partecipato o preparato o contribuito a preparare un atto di terrorismo o che abbia causato o minacciato di causare un danno agli Stati Uniti o a cittadini statunitensi o che abbia offerto appoggio ai terroristi, viene sottoposto esclusivamente alla giurisdizione di commissioni militari nominate *ad hoc* dal Segretario alla difesa.

Nella trattazione degli eventuali processi e nella raccolta delle prove, tali commissioni devono applicare speciali regole di procedura stabilite in via generale dallo stesso *Presidential Order*; in considerazione della natura del terrorismo internazionale e del pericolo che ne deriva per la sicurezza degli Stati Uniti, il Presidente ritiene infatti che non siano applicabili ai procedimenti nei confronti delle persone sospettate di terrorismo gli *standards* e le regole generalmente seguiti nei processi penali davanti alle corti distrettuali statunitensi (sez. 1, lett. F, del *Presidential Order*).

²¹³ Cfr. *Federal Register* vol. 66, Number 222, *Presidential Documents*, 16 novembre 2001, pp. 57833-57836.

Tali speciali procedure vengono poi ulteriormente precisate dal Dipartimento della difesa con un decreto del 21 marzo 2002 (*Military Commission Order*)²¹⁴.

La decisione circa l'opportunità, valutata nell'interesse del Paese, che un individuo rientrante in una delle categorie di persone assoggettate al *Presidential Order* sia condotto davanti ad una commissione militare costituita *ad hoc*, spetta esclusivamente al Presidente.

Soggette a tale ordinanza militare sono innanzitutto le persone, catturate in Afghanistan durante il conflitto con i talebani o altrove, perché sospettate di far parte della rete terroristica *Al-Qaeda*, detenute nella base di Guantanamo a Cuba.

Per gli individui assoggettati a tale procedimento su indicazione del Presidente degli Stati Uniti, la giurisdizione delle commissioni militari nominate dal Segretario alla difesa è esclusiva: essi non possono rivolgersi per far valere la violazione eventuale dei loro diritti fondamentali, durante la detenzione o nel corso del processo, ad alcun altro tribunale o giurisdizione, interna o internazionale (sez. 7, lett. B, par. 2, del *Presidential Order*).

Le modalità del trasferimento di tali individui, dall'Afghanistan o da altri luoghi di cattura, nel campo di internamento e le condizioni della loro detenzione (compresa l'assenza di un presupposto accertato per la loro sottoposizione alle misure detentive e la durata delle stesse), insieme con le misure assunte dal Governo statunitense per la celebrazione degli eventuali processi a loro carico e, in generale, nei confronti di presunti terroristi, hanno sollevato vivaci polemiche presso l'opinione pubblica e generato forti perplessità in alcuni governi.

²¹⁴ Cfr. www.defenslink.mil/news.

Il Parlamento europeo, in una risoluzione adottata già il 7 febbraio 2002, conveniva sulle difficoltà di ricondurre rigorosamente alle definizioni delle Convenzioni di Ginevra gli internati di Guantanamo e, richiamando per l'appunto l'art. 5 della III Convenzione per il quale in caso di dubbio lo *status* giuridico del prigioniero va deciso da un tribunale competente, sollecitava al Consiglio di sicurezza una risoluzione che istituisse a tal fine un tribunale *ad hoc*²¹⁵.

Come ha rilevato ancora Elena Sciso²¹⁶, appare palese il conflitto con il diritto internazionale.

Tra le fonti internazionali, vengono qui in considerazione soprattutto gli accordi sul riconoscimento e la tutela dei diritti umani fondamentali, come il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, la Convenzione contro la tortura del 10 dicembre 1984 e, soprattutto, il Patto sui diritti civili e politici (che gli Stati Uniti hanno ratificato nel 1992 sia pure con alcune significative riserve).

Il Patto vincola infatti le Parti a garantire a tutti gli individui che si trovino sul loro territorio e siano sottoposti alla loro giurisdizione, senza distinzione o discriminazione di alcun genere, una serie di fondamentali diritti, sostanziali fra i quali il diritto alla vita, il diritto a non essere soggetto a tortura o a trattamenti crudeli e degradanti, la libertà di coscienza e/o di religione e di manifestazione della propria religione ma anche processuali, soprattutto in relazione a imputazioni di carattere penale.

Tali sono il diritto dell'accusato a comparire rapidamente davanti ad un tribunale competente, indipendente e imparziale, istituito da legge, che determini la fondatezza di un'accusa penale; il diritto a una procedura che

²¹⁵ G.U.C.E., 21 novembre 2002 C 284 E, p. 353.

²¹⁶ SCISO, *La condizione dei detenuti di Guantanamo*, cit.

garantisca all'accusato una posizione paritaria rispetto all'accusa; il diritto alla presunzione d'innocenza fino a prova contraria conseguita secondo legge, il diritto a essere giudicato entro un tempo ragionevole o rilasciato. Relativamente ai diritti elencati, gli Stati parti hanno altresì l'obbligo di garantire agli individui la possibilità di effettivi mezzi di ricorso in sede giudiziaria contro eventuali violazioni, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio di funzioni ufficiali (art. 2, par. 3, del Patto).

I diritti riconosciuti dal Patto delle Nazioni Unite, come del resto quelli ricompresi nel catalogo di analoghi accordi regionali quali la Convenzione europea del 4 novembre 1950 o quella interamericana del 22 novembre 1969, possono subire deroghe o restrizioni ad opera di una Parte in caso di pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale dello Stato.

Tali eventuali deroghe sono giustificate solo se strettamente necessarie, non discriminatorie (ma la discriminazione basata sull'origine nazionale è ammissibile) e non incompatibili con altri obblighi internazionali dello Stato (art. 4, par. 1, del Patto, equivalente all'art. 15, par. 1, della Convenzione europea e all'art. 27 della Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo).

Esistono peraltro taluni diritti umani oggetto di obblighi non derogabili in qualsiasi tempo e in qualsiasi circostanza quali sono il diritto alla vita, quello a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, quello alla libertà dalla schiavitù, alla libertà di religione, di credo e di opinione e alla garanzia dei principi *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* (art. 4, par. 2).

Tali principi minimi dell'equo processo, che vanno garantiti anche nell'ambito di procedure speciali quali sono quelle previste per i reati di

terrorismo, sono stati recentemente precisati, con alcune raccomandazioni, dalla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, la quale, in base al suo statuto e all'art. 150 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani come modificata nel 1967, ha il compito di vegliare sul rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo annoverati tra i fini e i principi portanti del sistema interamericano.

Tali raccomandazioni²¹⁷ prevedono che anche agli imputati di reati terroristici vadano accordate alcune garanzie minime, di carattere procedurale e sostanziale: per es., l'imposizione della pena di morte, per i reati più gravi, deve essere soggetta a procedure particolarmente rigorose e mantenuta sotto lo stretto controllo di "*fundamental judicial guarantees*"; presupposti e procedure della detenzione devono essere previsti dalla legge che dovrà fissarne altresì la durata, soggetta a un periodico meccanismo di revisione; il detenuto ha il diritto di essere prontamente informato dei motivi della detenzione e di usufruire della protezione medica, consolare, legale, compresa l'assistenza di un difensore di fiducia ove indigente; gli Stati devono astenersi dal ricorso a tribunali militari o a giurisdizioni speciali per giudizi civili e, nei procedimenti contro militari e combattenti, devono garantire gli *standards* di imparzialità e di indipendenza fissati dal diritto umanitario, ecc.

Talune recenti iniziative del Consiglio d'Europa in tema di cooperazione nella lotta al terrorismo e rispetto dei diritti umani quali la

²¹⁷ Le raccomandazioni sono state adottate dalla Commissione interamericana a conclusione di un'accurata indagine ricostruttiva delle norme internazionali, pattizie e consuetudinarie, tanto del diritto umanitario quanto relative ai diritti umani fondamentali, rilevanti nel quadro degli eventuali provvedimenti antiterrorismo adottati dagli Stati membri dell'Organizzazione. Cfr. il rapporto della Commissione e il testo delle raccomandazioni in Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/part.a.htm>.

risoluzione 1271 e la raccomandazione 1550 approvate dall'Assemblea parlamentare il 24 gennaio 2002²¹⁸ e, soprattutto, le “linee guida del Comitato dei ministri (nella composizione dei Ministri degli esteri) del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la lotta contro il terrorismo “, approvate il 15 luglio 2002²¹⁹ costituiscono in tal senso un'ulteriore prova dell'*opinio iuris* al riguardo degli Stati che sono attualmente parti del Consiglio.

In particolare, le linee guida adottate dal Comitato dei ministri vietano, anche in rapporto a reati di terrorismo, l'imposizione della pena di morte; indicano la necessità che l'eventuale detenzione sia conforme alla legge e la durata della detenzione preventiva, ove necessaria, predeterminata e mantenuta entro limiti rigorosi; raccomandano che le eventuali restrizioni dei diritti alla difesa dell'imputato di un reato di terrorismo, ove necessarie, siano strettamente proporzionate e che eventuali deroghe o limitazioni introdotte non intacchino il principio di legalità.

6. Terrorismo e democrazia. Il bilanciamento tra la sicurezza nazionale (e internazionale) e i diritti umani. La testimonianza di Aharon Barak

Dopo questo rapido *excursus*, mi sembra importante qui citare alcune affermazioni contenute in uno scritto di Aharon Barak, Presidente della Corte suprema di Israele²²⁰; di una Corte che più volte, e in circostanze certamente drammatiche, si è trovata di fronte al drammatico compito di comporre la tutela dei diritti fondamentali di ciascun uomo, anche dei

²¹⁸ Il testo è riportato in Council of Europe, Parliamentary Assembly, <http://assembly.coe>.

²¹⁹ Cfr. [www.coe.int/T/E/Communication/Terrorism/CM Guidelines 20020628](http://www.coe.int/T/E/Communication/Terrorism/CM_Guidelines_20020628).

²²⁰ BARAK A., *Democrazia, terrorismo e corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, 5, 3385.

terroristi, con l'esigenza di sicurezza della comunità e la vita degli individui.

Scrive Barak: “Noi, giudici delle moderne democrazie, siamo chiamati a svolgere un ruolo chiave nella protezione della democrazia. Dobbiamo proteggerla sia dal terrorismo, sia dai mezzi che lo Stato intende utilizzare per combattere il terrorismo. Un famoso detto afferma che quando parlano i cannoni, tacciono le Muse. Un'idea simile fu espressa da Cicerone, quando disse che “*Inter arma silent leges*” (In guerra, le leggi sono mute). Si tratta però di affermazioni contestabili. Spero che non riflettano il modo in cui oggi vanno le cose; sono convinto che non riflettono il modo in cui le cose dovrebbero andare. Ogni battaglia condotta da un paese, contro il terrorismo o contro qualsiasi altro nemico, deve svolgersi nel rispetto della legge. Sul piano internazionale le regole sono dettate dal diritto internazionale; a livello nazionale parliamo di regole di diritto nazionale” (...) “Il terrorismo causa molta tensione tra le varie componenti della democrazia. Uno dei pilastri della democrazia - il governo del popolo attraverso i suoi rappresentanti - può indurre a ricorrere a tutti i mezzi più efficaci nella lotta contro il terrorismo, anche se il loro impatto può sacrificare i diritti umani. L'altro pilastro della democrazia - i diritti umani - può privilegiare la protezione dei diritti di ogni individuo, inclusi i terroristi, anche a costo di indebolire la lotta contro il terrorismo.” (...) “Le democrazie dovrebbero condurre la lotta contro il terrorismo mantenendo il giusto equilibrio tra due valori e principi configgenti”.

Soprattutto importante, la definizione che Barak dà della democrazia: “La democrazia ha una sua moralità interiore, basata sulla dignità e sull'eguaglianza di tutti gli esseri umani. Oltre ai requisiti formali devono perciò sussistere anche dei requisiti sostanziali, che si riflettono nella supremazia di alcuni valori e principi fondati sulla dignità della persona umana, sull'eguaglianza e sulla tolleranza. Non esiste reale democrazia

senza il riconoscimento di valori e di principi quali la moralità e la giustizia. Soprattutto, la democrazia non può esistere se non vengono protetti i diritti umani del singolo, diritti che la maggioranza non può cancellare solo in forza della sua superiorità numerica”.

CAPITOLO VIII

LE TEORIE *LIBERAL* DI FRONTE AL PROBLEMA DELLA TUTELA DEI SENTIMENTI NEL DIRITTO PENALE

Come già detto, la tradizionale dottrina *liberal* anglosassone (a partire da Stuart Mill) ritiene il principio del “danno” l’unico idoneo a legittimare l’intervento penale. Ma ben presto, nell’elaborazione successiva, e particolarmente in Feinberg, al principio del “danno” si affianca anche il principio dell’offesa: definita con riferimento a sentimenti quali il disturbo, il disgusto, l’allarme, lo spavento, l’ansia, ecc. Per Feinberg, sono offese penalmente rilevanti le molestie “universalmente sgradite”, da ritenere intollerabili, sempre che siano corredate da essenziali note di serietà o gravità (intensità, durata, estensione, inevitabilità) di lesione della sensibilità altrui.

Ma qui il discorso diventa molto controvertibile.

Come osserva Fiandaca²²¹, “cosa si nasconde in realtà dietro reazioni, peraltro non da tutti avvertite, che l’uso del linguaggio corrente tende a qualificare in termini di *orrore, spavento, raccapriccio, disgusto* e simili? Si tratta indubbiamente, in primo luogo, di sentimenti e sensazioni: sono sufficienti, in quanto tali, a giustificare divieti e sanzioni?”.

Fiandaca ricorda che questo interrogativo, in realtà, è tutt’altro che nuovo; e che i precedenti prototipici (ad esempio i casi emblematici dell’incriminazione dell’osceno e dell’omosessualità) si ricollegano presentemente al sentimento del “disgusto”. L’autore rammenta in proposito la posizione di Lord Devlin il quale, nell’opporsi in Inghilterra alla proposta

²²¹FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, cit.

di depenalizzazione di alcuni reati caratterizzati da “immoralità privata”, contrastava il principio di Mill del danno ad altri facendo leva proprio sulla considerazione che invece meriterebbe di essere penalizzato tutto ciò che, secondo la maggioranza dei cittadini ragionevoli, suscita disgusto morale: pena la crisi e dissoluzione della moralità media dei cittadini²²².

Fiandaca ricorda pure che l’argomento basato sul disgusto è stato in tempi recenti riproposto, in area anglo-americana, anche da alcuni autori di orientamento progressista: i quali tendono a considerare la reazione in termini di disgusto o ripugnanza a certe pratiche o atti (dall’incesto alla clonazione umana) come un significativo indice del fatto che si tratta di comportamenti che in qualche modo contrastano con la natura e dignità umana²²³. E conclude quindi sottolineando che “l’attenzione ai sentimenti non va affatto bandita: al contrario, bisogna sforzarsi di riuscire a leggerli anche con le lenti della razionalità o della ragionevolezza”.

1. Il modo di concepire i sentimenti negli ordinamenti di civil law e in quelli di common law

Usando – come suggerisce Fiandaca – le lenti della razionalità o della ragionevolezza, che cosa può giustificare, legittimare la rilevanza dei sentimenti, delle emozioni o delle passioni nel diritto penale? In quale misura sentimenti come il pudore, la pietà, la vergogna, l’ansia, la ripugnanza, la malvagità, la crudeltà, emozioni come la collera, l’ira, la suggestione, il disgusto, ovvero passioni come l’odio, l’invidia, la gelosia, la vendetta incidono sulla responsabilità dell’autore del reato?

²²² DEVLIN P., *The Enforcement of Morals*, 1957.

²²³ Autori citati in senso critico da NUSSBAUM M.C., *Nascondere l’umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it., Roma, 2005, 99 ss.

Tutti gli ordinamenti giuridici, sia di *civil law* sia di *common law*, offrono un'ampia casistica di rilevanza dei sentimenti sotto il profilo penale; rilevanza che si manifesta a più livelli: 1) come criterio di criminalizzazione, e quindi di selezione dei "sentimenti" ritenuti meritevoli di tutela; 2) come elemento virtualmente rilevante ai fini dell'esclusione o graduazione della colpevolezza; 3) come elemento suscettibile di incidere sulla determinazione della pena da parte del giudice.

Naturalmente diversa è la fenomenologia di rilevazione e valutazione giuridica dei sentimenti e delle emozioni negli ordinamenti di *civil law*, basati su un sistema codicistico articolato in previsioni astratte, e negli ordinamenti di *common law*, basati prevalentemente su regole e precedenti di formazione dottrinale e giurisprudenziale.

2. La tutela dei sentimenti nel diritto penale italiano

Il nostro ordinamento penale offre un'ampia casistica in cui i sentimenti vengono in rilievo come criteri di criminalizzazione: nei quali cioè la *ratio* ideologica della punizione viene individuata proprio nella "riprovazione" o "ripugnanza" etica verso il fatto, ritenuto lesivo del "sentimento" meritevole di tutela.

In altri casi, i sentimenti costituiscono elementi virtualmente rilevanti ai fini dell'esclusione o graduazione della colpevolezza.

2.1. I sentimenti come criterio di criminalizzazione

Un primo esempio è offerto dalle fattispecie incriminatrici previste nel titolo IV del libro II del codice, riguardante i "delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti".

Come già ricordato²²⁴, la scelta di tutelare questi “sentimenti” da offese ritenute oltraggiose è stata comune a vari ordinamenti di *civil law*, ed è stata storicamente espressione di una forte valenza simbolica; tanto che i delitti in materia di religione sono stati definiti come veri e propri “biglietti da visita” del legislatore penale²²⁵, ovvero come una “cartina al tornasole della matrice ideologica” di ogni legislazione penale²²⁶.

Storicamente, la scelta del codice del 1930 è chiaramente ispirata alla tutela della religione come bene giuridico in sé, come “bene giuridico di civiltà”, in stretta connessione con la concezione autoritaria dello “Stato etico”²²⁷.

Secondo l’impostazione originaria del codice oggetto di tutela è dunque “la religione come tale, nella ricchezza, nella molteplicità, nella peculiarità delle sue fenomenologie storiche”. Il sentimento religioso viene in considerazione “non come somma di canoni fideistici specificamente

²²⁴ V. Capitolo 4°

²²⁵ Così testualmente ZIPF, *Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiös-weltanschaulichen Bereich*, in NJW, 1969, 1944.

²²⁶ PADOVANI, *La travagliata rinascita dei delitti in materia di religione*, in *Studium iuris*, 1998, 925.

²²⁷ Si possono citare in proposito alcuni passi della Relazione ministeriale in cui si afferma che la tutela penale riguarda “non soltanto la manifestazione esteriore della fede religiosa (culto in senso stretto), ma anche la fede religiosa per sé medesima, cioè come istituzione”; e si aggiunge che “la religione, invero, ha un contenuto che trascende il patrimonio morale individuale, per assurgere ad interesse generale; è insomma, non tanto un fenomeno attinente alla coscienza individuale, quanto un fenomeno sociale della più alta importanza, anche per il raggiungimento dei fini etici dello Stato. L’idea religiosa è una delle idee-forza, dei valori morali e sociali, che reggono il mondo”. In questo senso è orientata la dottrina prevalente, che ravvisa l’interesse tutelato nella religione dello Stato come “forza etico-sociale necessaria per la civiltà”: GABRIELI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961, 129 ss., 160 ss., 189; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VI, 5° ed., Torino, 1983, 22 e 34; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, Parte spec., I, 3° ed., Bologna, 2002, 433.

differenziati, ma... come forza morale del popolo come fonte delle virtù che tengono in piedi lo Stato”²²⁸.

Dopo il mutamento dell’assetto costituzionale dello Stato, si è proposta in dottrina una diversa concezione, per così dire “liberale”, che ravvisa il bene oggetto di tutela nel sentimento religioso individuale e comunitario, definito come “impegno di autorealizzazione personale in ordine al fattore religioso”²²⁹, ovvero addirittura come una costante antropologica della natura umana²³⁰.

La dimensione individuale del sentimento religioso ha quindi ricevuto un’esplicita affermazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ove si è affermato che “la protezione del sentimento religioso” è un “corollario del diritto costituzionale di libertà di religione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l’esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria, indipendentemente dai diversi contenuti di fede delle diverse confessioni”²³¹.

²²⁸ KAHL, *Religionsvergehen*, in *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil*, III Bd., Berlin, 1906, 85. Sul punto v. altresì ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 490 ss.

²²⁹ BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973, 1129.

²³⁰ GUZZARDI, *Per una sociologia politica della religione*, in *L’organizzazione dell’eterno. Struttura e dinamica del campo religioso*, a cura dello stesso, Milano, 1979, 11 ss. Questa operazione di adeguamento del bene tutelato alla luce dei valori costituzionali non ha peraltro mancato di suscitare critiche (cfr. FIANDACA, MUSCO, op. cit., 429, secondo i quali la “ridefinizione dell’oggetto della tutela” intaccherebbe la stessa tipicità formale delle fattispecie in materia).

²³¹ Cfr. C. Cost., 14 novembre 1997, n. 329, in *Cass. pen.*, 1998, 1575, con la quale si è dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 404, comma 1, nella parte in cui prevedeva la reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita di cui all’art. 406; commentata da FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, in *Foro it.*, 1998, I, 27 ss.; ed altresì C. Cost., 20 novembre 2000, n. 508, in *Giur. costit.*, 2000, 6, con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 402.

Nonostante le critiche di autorevole dottrina, che ritiene più coerente con il rinnovato assetto costituzionale l'opzione depenalizzatrice²³², la tutela del "sentimento religioso" è comunque sopravvissuta sia alla giurisprudenza adeguatrice della Corte costituzionale, sia alla riforma legislativa del 2006, che pure in realtà, nonostante i titoli, ha mantenuto una tutela privilegiata non già del "sentimento religioso" quanto piuttosto della "dimensione istituzionale del fenomeno religioso"²³³, del bene giuridico di civiltà - religioni (solo le confessioni religiose istituzionalizzate) o, in altri termini, il classico bene di civiltà - religione pluriconfessionalmente articolato.

Un secondo esempio di "sentimento" elevato al rango di oggetto di tutela penale è costituito dalle fattispecie incriminatrici previste nel titolo IX del libro II del codice, riguardante i "delitti contro la moralità pubblica e il buon costume"; e particolarmente nel tuttora vigente capo II, concernente le "offese al pudore e all'onore sessuale".

Il concetto di "buon costume" è sopravvissuto al mutamento dell'assetto costituzionale dello Stato²³⁴, e viene comunemente ricollegato alla tutela di un momento di riservatezza, indicato come "pudore", attinente a quei comportamenti della sfera sessuale che il comune sentire ritiene debbano essere circondati dal massimo riserbo; in altri termini, il "pudore"

²³² Cfr., tra gli altri, FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit. 184 s.; LARICCIA, *Tutela penale dell'ex Religione dello Stato e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 4319; VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, 9° ed., Milano, 1998, 237.

²³³ PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 1203.

²³⁴ Come si desume dall'art. 21 ult. comma della Cost., che lo configura quale limite di un diritto costituzionalmente garantito qual è la libertà di stampa: cfr., in tema, GIUSTINIANI, *Attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa*, in *Riv. dir. matrimoniale e dei rapporti di famiglia*, 1964, 517.

è visto come una reazione emotiva e istintiva di turbamento o repulsione alla vista di comportamenti altrui che, per stratificazioni di costumi o educazione sociale, si ritiene debbano svolgersi nel riserbo. Il richiamo al “comune sentimento del pudore” denota che la tutela penale ha per oggetto il pudore più come bene della collettività che come bene di pertinenza del singolo; e può essere letta in chiave strumentale, nella misura in cui tende a frapporre un ostacolo alla “corruzione dei costumi”, preservando l’integrità sociale.

La nozione di pudore presenta però una inevitabile dinamicità, che renderebbe necessaria l’adozione di un criterio di individuazione “storico/statistico”, ricollegato al “sentimento medio” dei consociati in un certo periodo storico. Il pudore rientrerebbe dunque tra i concetti “a limite mobile”, cioè direttamente influenzati dall’evoluzione del costume sociale²³⁵.

Per evitare di cadere in facili tentazioni assolutistiche (sottrazione della determinazione del pudore all’arbitrio soggettivo e sua cristallizzazione in una forma oggettiva valida in ogni tempo e luogo), è stato tuttavia rilevato che il c.d. “criterio deontologico” di uomo normale deve essere plasmato considerando sempre le dinamiche e le tendenze caratterizzanti il contesto storico dato²³⁶. Del resto, tale obbligo di contestualizzazione deriva dalla scelta del legislatore del 1930 di non definire in termini tassativi le tipologie di comportamenti od oggetti “osceni”, e di lasciare libero l’interprete di adattare la nozione alla dinamicità dei costumi.

²³⁵ FIANDACA, *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume*, Cedam, Padova, 1984, 57.

²³⁶ In tal senso, NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, citato da FIANDACA, *Problematica dell’osceno*, cit., 13.

E' bene rilevare che la tutela penale del "buon costume" si è comunque storicamente sempre più ristretta, soprattutto dopo la riforma dei delitti di violenza sessuale attuata dalla legge 15 febbraio 1996 n. 66²³⁷, e dopo l'approvazione della legge 3 agosto 1998 n. 269, recante "norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù"²³⁸.

Un terzo esempio di "sentimento" elevato al rango di oggetto di tutela penale è quello già preso in considerazione, nell'originario *corpus* codicistico, dall'art. 727 c.p., che sanzionava penalmente il "maltrattamento di animali".

Secondo la dottrina tradizionale, infatti, l'interesse tutelato dalla norma andava individuato nel "sentimento comune di pietà" verso gli animali²³⁹. In quest'ottica, peraltro, l'animale costituiva solo l'oggetto materiale del reato, e non il bene giuridico protetto.

²³⁷ Che si è programmaticamente ispirata all'obiettivo di considerare il reato di violenza sessuale come reato contro la persona e non contro la moralità pubblica e il buon costume.

²³⁸ La legge ha preso atto di nuovi inquietanti fenomeni, legati in parte anche alle nuove forme della c.d. "criminalità transnazionale", quali la prostituzione minorile, il c.d. turismo sessuale, la diffusione della pornografia minorile anche attraverso *internet*. Nel suo preambolo, la legge - richiamandosi ai principi della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, ed alla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 31 agosto 1996 - afferma programmaticamente che "la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia"; ed a tal fine inserisce nella sezione I del capo III del titolo XII del libro secondo del codice penale gli articoli da 600-*bis* a 600-*septies*.

²³⁹ MANZINI, *Trattato di diritto penale*, X, Torino, 1987, 1091; SABATINI, *Maltrattamento di animali*, in *Novissimo dig. it.*, X, Torino, 1964, 81. Corollario di tale principio è l'assunto secondo il quale il maltrattamento sanzionabile ai sensi dell'art. 727 è esclusivamente quello posto in essere nei confronti di animali verso cui l'uomo prova dei sentimenti di pietà: COPPI, *Maltrattamento e malgoverno di animali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 266.

Secondo più recente dottrina, invece, andava riconosciuto che gli animali possono essere anche portatori di diritti e di interessi protetti dalle norme giuridiche. Pur mantenendo quale oggetto diretto di tutela il sentimento comune di pietà verso gli animali, l'animale in sé considerato rappresentava il beneficiario riflesso di tale tutela²⁴⁰.

A quest'ultima dottrina sembra essersi ispirata la legge 20 luglio 2004 n. 189, recante “Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento di animali nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate”, che ha parzialmente abrogato l'art. 727, riformulando alcune delle fattispecie incriminatrici ivi previste e inserendole in un nuovo titolo del libro secondo del codice.

Da segnalare il nuovo *nomen iuris* del titolo in cui sono stati inseriti i reati, non più qualificati come “contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi”, bensì come “delitti contro il sentimento per gli animali”. Da tale scelta legislativa sembrerebbe emergere l'accoglimento della concezione antropocentrica, sebbene le nuove fattispecie siano chiaramente orientate a una tutela diretta degli animali come esseri senzienti.

Non sono stati, dunque, tradotti in legge i precedenti orientamenti giurisprudenziali secondo cui il previgente art. 727 apprestava una tutela diretta degli animali. L'incriminazione è pur sempre giustificata dalla sensibilità dell'uomo. L'animale è maggiormente tutelato ma solo in via riflessa e mediata a seguito del mutato sentire della collettività²⁴¹; in altri

²⁴⁰ PADOVANI, *Nuove norme contro il maltrattamento degli animali*, in *Legisl. pen.*, 1994, 605.

²⁴¹ ARDIA, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 1466.

termini, la tutela penale è rivolta al sentimento di pietà per il patimento degli animali²⁴².

2.2. Il sentimento come elemento rilevante ai fini dell'esclusione o graduazione della colpevolezza e criterio di determinazione della pena

Nel diritto penale italiano, al sentimento non è riconosciuta alcuna rilevanza ai fini di una (possibile) esclusione o graduazione della colpevolezza. In proposito, infatti, l'art. 90 c.p. sancisce il principio generale secondo cui “gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità”. La scelta legislativa appare ispirata a istanze di prevenzione sociale generale volte ad esigere da ciascun consociato “il massimo controllo emotivo”²⁴³; sicché fenomeni emozionali quali la collera, la vergogna, l'ansia ovvero passionali come l'odio, l'invidia, la gelosia, ecc. non esercitano alcuna influenza sull'imputabilità e, dunque, sulla colpevolezza²⁴⁴.

Nonostante il principio di fondo, nella prassi la questione è in realtà più complessa.

Come rileva autorevole dottrina²⁴⁵, gli “stati emotivi o passionali” possono infatti assumere una rilevanza indiretta, quando determinano una inesatta percezione della realtà da parte del soggetto agente; in tal caso –

²⁴² MAZZA, *I reati contro il sentimento per gli animali*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e ambientale*, 2004, 741.

²⁴³ ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, 1990, 43.

²⁴⁴ In tal senso, anche la giurisprudenza, secondo la quale “gli stati emotivi e passionali, che a norma dell'art. 90, non escludono né diminuiscono l'imputabilità, possono in via eccezionale influire su questa solo quando, esorbitando dalla sfera puramente psicologica, degenerino in vero e proprio squilibrio mentale” (Cass., Sez. I, 1 febbraio 1991, in *Riv. pen.*, 1991, 369; Cass., Sez. V, 15 giugno 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 422).

²⁴⁵ CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, II, Bari, 1996, 258.

pur restando influenti sull'imputabilità - essi potrebbero escludere il dolo, e dunque la responsabilità.

Sotto altro profilo, una prospettiva di attenuazione della distinzione fra "stati emotivi e passionali" e infermità mentali si è periodicamente manifestata in taluni progetti di riforma del codice, volti a collocare i primi nella categoria delle c.d. "anomalie psichiche" (le personalità psicopatiche di un tempo) confinanti con il vizio di mente²⁴⁶.

Nel nostro ordinamento penale trova invece ampia applicazione la valutazione dei sentimenti o delle emozioni quali criteri di determinazione della pena.

In tal senso è orientato infatti tutto il regime positivo delle circostanze aggravanti e attenuanti. Si possono qui ricordare i casi più evidenti.

Secondo l'art. 61 n. 1 c.p. costituisce causa di aggravamento della pena l'aver agito per "motivi abietti o futili".

Secondo autorevole dottrina, per motivo s'intende la causa psichica che ha indotto l'individuo ad agire, cioè la causa che ha determinato la volontà: esso consiste in un impulso, in un istinto, un sentimento ovvero uno di quei fatti che la psicologia raggruppa nella categoria degli affetti²⁴⁷.

²⁴⁶ INTRONA, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 3, 657, che cita in proposito il c.d. Progetto Riz (Disegno di legge n. 2038 comunicato alla Presidenza del Senato il 2 agosto 1995), da cui scompare l'attuale art. 90 c.p. e gli stati emotivi "particolarmente intensi" vengono inseriti fra le circostanze attenuanti comuni. Con l'eliminazione dell'attuale art. 90 c.p., le circostanze in cui gli stati emotivi o passionali possono sconfinare nel vizio di mente dovrebbero trovare collocazione nelle "anomalie psichiche" di cui agli artt. 83 e 84 eventualmente come "reazioni abnormi" che hanno assunto "valore di malattia".

²⁴⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte gen., Milano, 1999, 439; MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte gen., Padova, 2001, 657; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1985, 190.

La rilevanza del “sentimento” (in questo caso meritevole di riprovazione) è particolarmente evidente nell’ipotesi di “motivo abietto”. Infatti, secondo la giurisprudenza, è “motivo abietto” quello turpe e ignobile, quello che si radica in una particolare perversità o malvagità del reo, quello che si manifesta in uno sfogo del suo impulso criminale, che non può non suscitare un profondo senso di ripugnanza e di disprezzo in ogni persona di media moralità²⁴⁸.

Ma la medesima connotazione si rinviene anche nel caso del “motivo futile”. Infatti, secondo la giurisprudenza, il motivo è futile quando la spinta alla commissione del reato manca di quel minimo di consistenza che la coscienza collettiva, in relazione alla generalità delle persone e all’ambiente in cui vive il reo, richiede per operare un collegamento accettabile sul piano logico con l’azione commessa. Inoltre, il motivo è futile quando rappresenta per il reo, un’occasione di dare sfogo al suo impulso criminale, quando s’innesta su un substrato biologico di particolare reattività e malvagità²⁴⁹.

Il sentimento di crudeltà è preso in considerazione, quale motivo di aggravamento della pena, dall’art. 61 n. 4 c.p.

Secondo la giurisprudenza l’aver agito con “crudeltà” è rivelatore di malvagità e di mancanza di sentimenti umanitari²⁵⁰. Quest’aggravante va intesa come assenza, nel comportamento dell’autore dell’illecito, di ogni sentimento di pietà e di umanità propri dell’uomo civile, rivelata dal *modus agendi* consistente in un *quid pluris* rispetto all’ordinaria produzione

²⁴⁸ Cass., Sez. V, 11 maggio 2000, in *Mass. Uff.*, 2000; Cass., Sez. I, 11 febbraio 2000, in *Mass. Uff.*, 2000.

²⁴⁹ Cass., Sez. I, 11 febbraio 2000, cit.

²⁵⁰ Cass., Sez. I, 6 ottobre 1987, in *Giur. it.*, 1988, Sez. II, 424.

dell'evento, tale da giustificare la maggiore riprovevolezza sotto il profilo dell'intensità del dolo²⁵¹.

Un sentimento più recentemente preso in considerazione dal legislatore italiano ai fini della graduazione della pena è quello dell'odio *etnico, nazionale, razziale o religioso*²⁵².

Infatti, l'art. 3, comma 1 del D.L. 26 aprile 1993, n. 122 (convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993 n. 205) ha introdotto un regime di aggravamento della pena, con aumento fino alla metà, per i reati puniti con pena diversa rispetto a quella dell'ergastolo commessi “per finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità”.

Si tratta di circostanza aggravante a effetto speciale, applicabile a un numero indeterminato di fattispecie incriminatrici.

In dottrina è stato rilevato²⁵³ che la formula “finalità di odio”, appare imprecisa, dal momento che l'odio rileva come movente o non come finalità dell'azione.

La giurisprudenza, invece, ha ritenuto che, con tale locuzione, il legislatore ha “attribuito rilevanza all'odio non in quanto semplice movente dell'azione, ma appunto in quanto costituente finalità esterna della

²⁵¹ Cass., Sez. I, 16 novembre 1998, in *Riv. pen.*, 1999, 277.

²⁵² In dottrina, v. BELLINA, *Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza etnica della persona e delitto di ingiuria: il caso del “marocchino”*, nota a C., Sez. V, 5.4-20.5.2005, n. 19378, in *Cass. pen.*, 2006, 1, 60; DE FRANCESCO, *Commento al D.L. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Legislazione penale*, 1994, II, 173, 211; FORNARI, *Commento a D.L. 26.4.1993, n. 122. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, conv. in l. 25.6.1993, n. 205, con modificazioni*, in *Comm. Palazzo, Paliero*, Padova, 2003, 723; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007.

²⁵³ FORNARI, cit., 737.

medesima, posta in rapporto di equivalenza con quella della discriminazione”. Diversamente si sarebbe usata l’espressione “motivi”, indicativa non delle finalità ma delle pulsioni interne dell’agente; per queste ragioni l’interprete deve ritenere insufficiente ai fini della configurabilità dell’aggravante in questione, che l’odio etnico o razziale sia il sentimento interiore della condotta delittuosa. Il concetto di *odio* adoperato dal legislatore è indicativo di un sentimento estremo di avversione implicante il desiderio del maggior male possibile per il destinatario; tale atteggiamento interiore non può qualificare *sic et simpliciter* come odio qualsivoglia sentimento o manifestazione generica di antipatia, insofferenza o rifiuto, solo perché riconducibile a motivazioni (per quanto censurabili esse possano essere ritenute), attinenti alla razza, alla nazionalità, all’etnia o alla religione. La “finalità di discriminazione” deve essere, a sua volta, intesa nella consapevolezza che la discriminazione non è integrata da una condotta che sia o appaia contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, non solo nei diritti ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, fra soggetti appartenenti a diverse etnie o razze. La fonte principale di tale definizione è da rinvenirsi nella Convenzione di New York del 7 marzo 1966, ripresa alla lettera dall’art. 43 D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286²⁵⁴.

Quest’orientamento interpretativo è stato confermato da successiva giurisprudenza, secondo cui la finalità di odio o di discriminazione prevista come circostanza aggravante è cosa diversa dai “motivi” dell’azione criminosa, dovendo questa risultare non semplicemente il frutto di riconoscibili pulsioni interne di un certo tipo (eventualmente valutabili sotto diversi profili quali, ad es., quelli di cui all’art. 61 n. 1 c.p.), ma lo strumento

²⁵⁴ Cass. Sez. V, 17 novembre-5 dicembre 2005, n. 44295.

per il conseguimento, da parte dell'agente, di "obiettivi costituiti": 1) quanto all'*odio*, proprio dalla sua voluta e ricercata manifestazione, onde renderlo percepibile all'esterno dal destinatario dell'azione criminosa e, eventualmente, anche da terzi estranei; 2) quanto alla *discriminazione*, dall'adozione di comportamenti che non si limitino ad esprimere sentimenti di generico rifiuto o di antipatia, pur se possano ritenersi censurabili, ma abbiano "lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica"²⁵⁵.

Al contrario, costituiscono invece causa di attenuazione della pena altri sentimenti o emozioni positivamente valutabili sotto il profilo etico o sociale, nell'ambito dell'art. 62 n. 1 c.p.

Secondo la prevalente dottrina, i motivi previsti da quest'attenuante devono corrispondere oggettivamente a stimoli ed impulsi psicologici di elevato significato etico e sociale tale da attenuare la valenza dell'atto delittuoso e da riscuotere il consenso e l'approvazione del comune senso etico²⁵⁶.

Secondo la giurisprudenza, l'attenuante si realizza quando il soggetto abbia agito per raggiungere uno scopo nobile, conformemente alla morale

²⁵⁵ Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha ritenuto non adeguatamente motivata la sentenza di merito che, con riguardo a vari reati commessi in occasione di una sorta di "spedizione punitiva" organizzata in danno dei gestori e dei clienti di un locale pubblico considerato luogo di ritrovo di soggetti di orientamento politico opposto a quello degli agenti, aveva ritenuto sussistente l'aggravante in questione per avere gli stessi agenti, nel corso dell'azione criminosa, rivolto ai presenti, oltre ad epiteti ingiuriosi, anche l'espressione "amici dei negri": Cass. Sez. V, 8 giugno-22 dicembre 2006, n. 42258.

²⁵⁶ GARAVELLI, *Eutanasia e attenuante del motivo di particolare valore morale e sociale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1778; CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale e sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 1203.

del tempo e del luogo, ovvero abbia posto in essere azioni moralmente nobili, approvate dalla coscienza etica del popolo o che corrispondono alle direttive e finalità della comunità organizzata²⁵⁷.

Secondo la prevalente giurisprudenza non rientrano tuttavia in questa previsione la c.d. “causa d’onore”²⁵⁸, né il sentimento della “gelosia”, che al contrario costituisce uno stato passionale sfavorevolmente apprezzato dalla comune coscienza etica, essendo espressione di un sentimento egoistico tutt’altro che nobile ed elevato²⁵⁹.

Secondo la giurisprudenza, altrettanto irrilevante deve ritenersi il sentimento politico di ribellione contro una ritenuta ingiustizia, ovvero il sentimento di solidarietà con il proprio popolo, che siano allegati quale giustificazione di atti di terrorismo²⁶⁰.

Purché rientrante nel contesto della c.d. “provocazione” è considerato invece motivo di attenuazione della pena, ai sensi dell’art. 62 n. 2 c.p., lo

²⁵⁷ Cass., Sez. I, 14 novembre 1994, in *Mass. Uff.*, 1994; Cass., Sez. I, 24 ottobre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, Sez. II, 226.

²⁵⁸ Cass., Sez. I, 8 febbraio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, 955.

²⁵⁹ Cass., Sez. V, 4 luglio 1991, in *Riv. pen.*, 1992, 472.

²⁶⁰ Invero, la norma conferisce rilievo unicamente a valori riconosciuti dalla coscienza etica della collettività e detta un parametro socio-morale fondato sul consenso, palesemente inadatto al fenomeno del terrorismo, che la società civile ha rifiutato, e non può quindi riconoscersi l’applicabilità dell’attenuante all’autore di un attentato terroristico, anche se afferma di aver agito per solidarietà con il suo popolo, sia perché le modalità di simili attentati, caratterizzati da mancanza di ogni giustificazione razionale, da ferocia e da oggettiva incongruenza rispetto ai fini asseritamente perseguiti, li pongono in totale contrasto con la coscienza etica della generalità dei consociati, sia perché l’art. 1, d.l. 15.12.1979, n. 625, considera la finalità di terrorismo come circostanza aggravante rispetto ai reati commessi in tale contesto (Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 1679).

“stato d’ira”, definito come un impulso emotivo incontenibile, che implica una perdita dei poteri di autocontrollo²⁶¹.

Ai sensi dell’art. 62 n. 3 c.p., causa di attenuazione della pena è “l’aver agito per suggestione di una folla in tumulto”, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall’autorità, e il colpevole non è un delinquente o contravventore abituale o professionale, o delinquente per tendenza.

La “ratio” dell’attenuante è da taluni ritenuta “datata”, in quanto legata alle concezioni psicologiche proprie dell’epoca positivista²⁶²; e tuttavia permane nell’ordinamento ritenendosi tuttora un dato di comune esperienza il fatto che le folle possono esercitare un’efficacia suggestiva che allenta i freni inibitori e facilita la commissione dei reati²⁶³.

3.IL RUOLO DEI SENTIMENTI E DELLE EMOZIONI NEGLI ORDINAMENTI DI COMMON LAW. L’ANALISI DI KAHAN E NUSSBAUM

Come già detto, nella teoria *liberal* anglosassone, e particolarmente in Feinberg, al principio del “danno” si affianca anche il principio dell’offesa: definita con riferimento a sentimenti quali il disturbo, il disgusto, l’allarme, lo spavento, l’ansia, ecc. Per Feinberg, sono offese penalmente rilevanti le

²⁶¹ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1985, 254. In tal senso, anche la giurisprudenza, secondo cui, ai fini della configurabilità dell’attenuante della provocazione, è necessario che il fatto commesso dalla vittima sia oggettivamente ingiusto (anche con riferimento a norme sociali e di costume), a nulla rilevando l’erroneo convincimento del reo al riguardo: per la sussistenza dell’attenuante della provocazione è necessario che il reato sia stato indotto da un vero e proprio stato d’ira, determinato da un fatto altrui che deve essere obiettivamente ingiusto, e la reazione deve essere, in qualche modo adeguata all’offesa, al fine di lasciar desumere l’esistenza di un nesso di causalità e non di mera occasionalità tra i due fatti; non è, cioè, strettamente necessario che ci sia un rapporto di proporzionalità tra reazione e fatto ingiusto altrui (Cass., Sez. I, 4 dicembre 1997, in *Cass. pen.*, 1999, 1105).

²⁶² LE BON, *Psicologia delle folle*, Milano, 1982.

²⁶³ MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte gen., Padova, 2001, 414.

molestie "universalmente sgradite", da ritenere intollerabili, sempre che siano corredate da essenziali note di serietà o gravità (intensità, durata, estensione, inevitabilità) di lesione della sensibilità altrui. Ed è stato pure ricordato che soprattutto la tematica relativa al sentimento più opinabile (quello del disgusto) è stata in tempi recenti riproposta, in area anglo-americana, anche da alcuni autori di orientamento progressista: i quali tendono a considerare la reazione in termini di disgusto o ripugnanza a certe pratiche o atti (dall'incesto alla clonazione umana) come un significativo indice del fatto che si tratta di comportamenti che in qualche modo contrastano con la natura e dignità umana²⁶⁴.

Al tema della rilevanza dei sentimenti, ovvero delle emozioni, nel diritto penale è dedicata un'approfondita analisi da due studiosi nordamericani, Dan M. Kahan²⁶⁵ e Martha C. Nussbaum²⁶⁶, in un articolo dedicato alle due concezioni dell'emozione nel diritto penale²⁶⁷.

In quest'articolo, i due Autori si propongono di verificare, anche mediante la citazione di alcuni casi giurisprudenziali, la diversa influenza delle teorie sulle emozioni in relazione ad alcuni fondamentali temi del diritto penale: la responsabilità e la valutazione sanzionatoria della condotta dell'imputato (con particolare riferimento ai delitti di *murder* e *voluntary manslaughter*), la legittima difesa (*self-defense*), il delitto commesso in stato di necessità (*duress* o costrizione), il delitto commesso in stato di infermità mentale (*insanity*).

²⁶⁴ Autori citati in senso critico da NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit.

²⁶⁵ Assistant Professor, University of Chicago Law School.

²⁶⁶ Professor of Law and Ethics, University of Chicago.

²⁶⁷ *Two conceptions of emotion in criminal law*, in *Columbia Law Review*, March 1996, no. 2.

Kahan e Nussbaum esaminano preliminarmente, in via generale, le varie concezioni prevalenti delle “emozioni” nell’ottica del diritto penale (*criminal law*): e registrano come prevalenti due concezioni, la meccanicistica e la valutativa, le quali differiscono per il rilievo e la considerazione data all’emozione quale causa delle azioni dell’individuo. In questa parte introduttiva, gli autori si propongono quindi di descrivere entrambe le concezioni, passando in rassegna le rispettive caratteristiche, punti di forza e di debolezza, in modo che la loro secolare contrapposizione (e il conseguente stato di incertezza e di precarietà di risultati che ne sono derivati) si risolva nella superiorità di una rispetto all’altra.

Innanzitutto si chiedono se la legge debba essere più indulgente verso gli imputati che siano stati sopraffatti da impulsi passionali (quali rabbia e/o paura), ovvero se, al contrario, proprio per la debolezza dimostrata nel lasciarsi dominare, debba considerarli particolarmente pericolosi.

Altra questione è poi quella relativa al fatto se le emozioni siano suscettibili di essere considerate come ragionevoli o meno: più precisamente, se esse siano disturbi della personalità più o meno forti ma pur sempre configgenti con la ragione (nel senso che non ne fanno parte, ma vi si contrappongono), oppure se incorporino esse stesse dei giudizi, dei modi di vedere il mondo a loro volta attributivi di responsabilità in capo a chi le prova e ne è succube.

Gli autori rilevano quindi che nella giurisprudenza nordamericana è dato registrare in proposito una notevole incertezza. Invero, in alcuni casi giudiziari (ad es. caso *Elliot*²⁶⁸, caso *Beard*²⁶⁹, caso *Thacker*²⁷⁰) alle

²⁶⁸ Robert Elliot aveva ucciso il proprio fratello senza alcuna ragione apparente. La difesa aveva addotto a sua giustificazione una consulenza psichiatrica attestante disturbi mentali risalenti

emozioni viene riconosciuta una dignità giuridica tale da considerarle fattori capaci di determinare una valutazione meno grave della responsabilità, una “derubricazione” dell’imputazione da *murder* (omicidio intenzionale) a *voluntary manslaughter* (omicidio preterintenzionale); in altri casi invece (ad es. caso *Small*²⁷¹, caso *Norman*²⁷², caso *Carr*²⁷³) la responsabilità dell’imputato di omicidio viene valutata nel modo più grave, senza attribuire alcuna valenza attenuante alle emozioni che l’hanno indotto a compiere una determinata azione.

Rilevato dunque che – nella prassi giudiziaria - la legge ha trattato le emozioni in maniera differente, gli autori si pongono alcuni interrogativi. Se le emozioni sono delle forze irragionevoli che indeboliscono il controllo che una persona ha di sé, perché allora gli imputati Small e Carr non sono stati giudicati meno severamente (come Elliot)? E al contrario, se le emozioni sono pur sempre un prodotto della razionalità, perché Elliot e Thacker non sono stati puniti più severamente (come Carr)?

Gli autori quindi rilevano che questa incertezza è la logica conseguenza della disputa circa la natura e la possibilità di educare le emozioni, da secoli presente nella cultura occidentale. Disputa riassumibile

all’infanzia.

²⁶⁹ “Babe” Beard aveva ucciso un giovane, che gli stava rubando una mucca e lo aveva provocato. La difesa era basata sul fatto che l’autore del delitto aveva agito per legittima difesa.

²⁷⁰ David Thacker aveva ucciso Douglas Koehler, poiché quest’ultimo gli aveva fatto delle avances omosessuali.

²⁷¹ Frank Small aveva ucciso C.R. Jacoby a causa di una lite, ma dopo che Jacoby si era allontanato e stava passeggiando per la strada con sua moglie. A sua difesa aveva addotto di avere agito in un intenso stato di rabbia.

²⁷² Judy Norman aveva ucciso il marito, dopo che questi per molti anni aveva commesso abusi fisici e mentali in suo danno, inducendola anche alla prostituzione. L’imputata aveva invocato la legittima difesa.

²⁷³ Stephen Carr aveva ucciso una donna, Rebecca Wight, e ne aveva ferito un’altra, Claudia Brenner, adducendo a propria difesa il disgusto provocato in lui da una relazione omosessuale tra le due donne.

in due diverse concezioni delle emozioni: la concezione meccanicistica e la concezione valutativa.

La prima concezione considera le emozioni come forze che non hanno nulla a che fare con i pensieri e le opinioni, ovvero con la razionalità umana, rispetto alla quale anzi si pongono in netta antitesi (potremmo dire che v'è un rapporto di proporzionalità inversa tra le due cose); e di conseguenza tende a escludere la possibilità di formare e “modellare” la vita emozionale delle persone.

La seconda concezione, invece, ritiene che le emozioni siano direttamente riconducibili alla razionalità. Esse, infatti, incorporano credenze e modi di vedere che includono le stime o le valutazioni dell'importanza o del significato dato a oggetti o eventi, stime che possono essere valutate per la loro appropriatezza o meno; di conseguenza questa concezione presume che l'educazione morale abbia un ruolo fondamentale, dovendo elaborare dei modelli di comportamento e cercare di far sì che i singoli individui vi si conformino naturalmente. L'influenza della concezione meccanicistica è relativamente recente, ma ciò non vuol dire che quella valutativa sia scomparsa, in quanto, al contrario, è proprio questa seconda concezione che appare tuttora dominante.

Dopo aver descritto il senso delle due concezioni, gli autori passano quindi ad un'analisi più approfondita della loro portata, in modo da (ragionando in termini antagonistici) poter “conquistare sul campo” la “vittoria” dell'una sull'altra.

3.1. La concezione meccanicistica delle emozioni

Kahan e Nussbaum osservano che la concezione meccanicistica considera le emozioni come energie, impulsi che spingono una persona ad agire in una determinata maniera, senza essere manifestazione della razionalità dell'individuo stesso; esse seguono le proprie leggi “presociali”, quindi

intrinseche alla natura umana. In base a tale considerazione sarebbe dunque preferibile un approccio psicologico o fisiologico (piuttosto che etico-filosofico) alla questione.

Non si operano delle distinzioni all'interno della categoria emozioni (paura, rabbia, odio, invidia, gelosia, amore sono considerate alla stregua di appetiti fisico/corporei quali la fame e la sete), nel cui ambito è possibile individuare un denominatore comune: esse possono avere un oggetto che però viene concepito come una causa esterna, il c.d. "grilletto" dell'emozione. Le emozioni quindi non nascono all'interno dell'uomo ma vengono indotte dall'esterno, con la conseguenza che chi cede a esse non è del tutto responsabile, in quanto vittima di un "attacco" esterno.

Proprio questa considerazione (d'impatto immediato) fa sì che la concezione meccanicistica eserciti un'indubbia forza di attrazione: essa ci presenta le emozioni come delle forze indotte dall'esterno, come delle correnti oceaniche caratterizzate da una forza inarrestabile, tale da travolgerci fino ad annullarci, a farci perdere il controllo, vanificando ogni tentativo di resistenza.

Con riferimento a questa concezione, gli autori osservano però, in senso critico, che però le emozioni non possono essere spiegate senza fare riferimento all'oggetto cui sono rivolte o da cui scaturiscono, oggetto che può anche essere falso: si pensi al caso della madre che, venuta a conoscenza della morte del figlio da una fonte non del tutto affidabile, si abbandoni al dolore, salvo scoprire successivamente che l'informazione era errata. In questo caso, una volta conosciuta la verità, il dolore della donna verrà meno, sostituito da qualche altra emozione. Perché, mutando la conoscenza dei fatti cui le emozioni sono correlate, mutano le emozioni stesse.

Secondo gli autori, quindi, il punto debole della teoria meccanicistica sta proprio in questa considerazione: dal momento che si postula

l'inesistenza di una qualsiasi connessione fra emozioni e modi di pensare, come si spiega il fatto che le prime cambiano quando cambia il loro substrato cognitivo?

3.2.La concezione valutativa delle emozioni

Per superare l'*impasse* dovuta all'impossibilità di trovare una risposta al riguardo, è necessario – secondo Kahan e Nussbaum - fare leva sulla concezione valutativa.

Secondo questa concezione, le emozioni concernono elementi del mondo, oggetti (solitamente non sotto il nostro pieno controllo) di vitale importanza per il benessere della persona; esse contengono una stima o una valutazione di tali oggetti, che a sua volta può essere valutata.

Nel momento in cui una persona dovesse assecondare una determinata emozione ponendo in essere un comportamento produttivo di responsabilità, bisogna chiedersi se una reazione di tal tipo sia o meno appropriata alla situazione in cui ci si trova, utilizzando come termine di paragone il modello ideale di una persona ragionevole, con una personalità ben formata e che si confà a ciò che la collettività pensa e ritiene opportuno si debba fare in un certo contesto. Si distingue infatti tra il provare una certa emozione e l'agire assecondando l'emozione stessa; una persona particolarmente arrabbiata può comunque non ritenere corretto esprimere tale rabbia in un'azione violenta.

Non si ha un'equazione emozione/azione, c'è sempre una linea di confine, se pur labile, tra le due sfere. Compito di chi giudica è proprio quello di capire se, una volta che il confine sia stato superato, questo passare oltre costituisca una reazione necessaria e adeguata (e quindi tale da attenuare la responsabilità) alla situazione in cui ci si trovi, ovvero una nient'affatto condivisibile, né giustificabile, perdita della propria capacità di controllo.

A differenza che nella concezione meccanicistica, qui si ravvisa un nesso indissolubile tra l'impulso emozionale e la considerazione/valutazione fatta dell'oggetto cui l'emozione stessa sia diretta. La forza trascinate dell'emozione deriva dal fatto che in essa noi riconosciamo la nostra passività nei confronti degli eventi della vita che, proprio per la loro ingovernabilità, possono minare i nostri obiettivi e i nostri progetti.

Altra differenza rispetto alla concezione meccanicistica sta nel fatto che, secondo la prospettiva valutativa, è la società che decide cosa debba essere insegnato, e ovviamente questo cambia da società a società.

Le emozioni motivano il comportamento, sicché, se vogliamo influenzare il comportamento di un'altra persona, dobbiamo interessarci alla sua vita emozionale. Proprio per questo motivo l'educazione emozionale è strettamente correlata all'educazione morale, la quale, conseguentemente, è un problema pubblico, dal momento che è possibile correggere delle prospettive sbagliate di vedere il mondo evitando che emozioni inappropriate possano portare al compimento di atti ingiusti.

Tuttavia (nonostante vi sia un evidente substrato sociale, e nonostante sia fondamentale il contesto socio-culturale in cui si è cresciuti e maturati) è possibile che una parte dell'apparato emozionale di ciascun individuo abbia carattere ereditario o, ancora, sia stata nettamente condizionata dalle esperienze subite. Per questo motivo, laddove certi problemi siano endemici, e conseguentemente la rieducazione dovesse rivelarsi troppo difficile, appare inevitabile il ricorso alla repressione (*suppression*).

3.3. *L'influenza delle due teorie nel diritto penale sostanziale*

Dopo l'introduzione, dedicata all'analisi generale delle varie concezioni delle "emozioni" nell'ottica del diritto penale, gli autori passano a

considerare l'influenza delle due teorie nel diritto penale sostanziale, in relazione ad alcuni fondamentali temi: la responsabilità e la valutazione sanzionatoria della condotta dell'imputato (con particolare riferimento ai delitti di *murder* e *manslaughter*), la legittima difesa (*self-defense*), il delitto commesso in stato di necessità (*duress* o costrizione), il delitto commesso in stato di infermità mentale (*insanity*).

3.4. *Il ruolo delle emozioni nei vari casi di omicidio*

Per quanto riguarda il tema della "colpa" (*blame*), della responsabilità dell'individuo suscettibile di essere punito, gli autori rilevano l'esistenza di due diversi orientamenti (volontarismo e consequenzialismo limitato), i quali falliscono entrambi perché meccanicistici. Il primo, come si vedrà, manifesta una tendenza a punire "troppo poco"; il secondo, invece, a punire eccessivamente.

Secondo il "volontarismo", la responsabilità sorge solo nel caso in cui una persona abbia violato, volontariamente, dei doveri legalmente imposti. Qui il legame con la prospettiva meccanicistica: si ritiene che le emozioni forti diminuiscano la responsabilità dell'accusato in quanto ne minano l'autocontrollo, andandone a inficiare la volontà. Sia le dottrine cristiane sia l'ottica kantiana inducono a considerare la volontà come quella forza che debba opporsi costantemente alle forze/impulsi animali (propri della nostra stessa natura) che non possono essere educati, illuminati, chiariti.

Secondo il c.d. "consequenzialismo limitato" (*narrow consequentialism*), le emozioni forti non necessariamente dovrebbero determinare un'attenuazione della responsabilità e della sanzione, ma, al contrario, esse dovrebbero comportare una maggiore severità della punizione. Qui c'è ancora una componente meccanicistica: tale

conseguenzialismo è solo incidentalmente correlato agli ingredienti cognitivi dell'emozione, legame che invece abbiamo visto essere fondamentale per la concezione valutativa.

Per quanto riguarda il tema della responsabilità (con particolare riferimento ai delitti di *murder* e *manslaughter*), il punto nodale della discussione dei due autori sta nel capire se e quale spazio debba essere riconosciuto alle emozioni nell'ambito di un processo, se esse possano essere considerate fattori tali da attenuare la pena dell'imputato, il quale, accusato di *murder* (omicidio intenzionale), potrebbe "cavarsela" con una condanna per *voluntary manslaughter* (omicidio preterintenzionale o colposo).

A questo punto bisogna dare una definizione del delitto di *manslaughter*.

In base alla definizione tradizionale della *common law*, il delitto di *voluntary manslaughter* viene considerato come un delitto compiuto "by heat of passion", nella foga della passione, passione prodotta da una provocazione adeguata e nell'immediatezza dei fatti (senza che sia decorso il c.d. "cooling time", vale a dire il tempo di raffreddamento, il periodo necessario a placare l'*exploit* emozionale).

Quindi, una persona che uccide in uno stato di rabbia, ha una responsabilità limitata a causa dell'indebolimento delle sue capacità di scelta relativamente al comportamento che sarebbe stato più opportuno adottare; meccanicisticamente parlando, quindi, l'emozione attenua la pena perché indebolisce, sfianca la volontà del soggetto, e non perché esprime una valutazione appropriata della sua situazione. Serve però una provocazione adeguata, requisito che spetta alla legge definire.

A causa dell'innumerabile e imprevedibile varietà di casi che di volta in volta possono presentarsi, è difficile elaborare delle categorie schematiche alle quali ricondurre tutte le fattispecie in cui sussista tale

requisito; prevale la tendenza ad abbandonare le vecchie definizioni, e a considerare le giurie migliori dei giudici per decidere circa l'adeguatezza della provocazione (come se il giudice, per il fatto stesso di essere tale, avesse minore esperienza a livello emozionale). Talvolta, alcune "provocazioni" vengono valutate non adeguate e quindi non sufficienti ad attenuare la pena.

Ad ogni modo, si parla sempre e soltanto di attenuazione della pena, e non di esclusione della stessa. In termini volontaristici ciò dipende dal fatto che la passione soltanto parzialmente inficia le capacità di scelta dell'individuo. Invece la cosa è più difficilmente spiegabile in termini valutativi.

In pratica ci si chiede perché si attui e non si escluda del tutto la responsabilità. Se si tratta di una provocazione adeguata perché non si rende colui che l'ha subita del tutto immune? Ovvero, se l'uccisione è sbagliata (*wrong*), perché non punire pienamente?

In base alla spiegazione "valutativa", si condannano meno severamente gli atti che riflettono almeno alcune motivazioni emozionali appropriate rispetto agli atti che ne riflettono solo di inappropriate.

Gli autori prospettano, come esempio, il caso di una donna che uccide il marito dopo aver scoperto che questi ha abusato sessualmente della giovane figlia. Tale reazione non è del tutto inappropriata rispetto alla situazione da cui è scaturita, su cui la donna si è focalizzata intensamente dimenticando gli altri aspetti; di conseguenza, una siffatta reazione viene ritenuta ragionevole, e l'attenuazione della pena è indice proprio della complessità della situazione.

In senso contrario, gli autori citano l'esempio del caso *Carr*, in cui la condotta dell'imputato venne punita più severamente, perché la sua reazione emozionale dovuta all'odio verso le persone omosessuali non era giustificabile.

In sintesi, si ha attenuazione della pena se da una provocazione adeguata scaturisce un'emozione appropriata (perché espressione di una stima appropriata del bene minacciato dall'ingiusta provocazione subita). Però il delitto deve essere commesso nell'immediatezza dei fatti, senza che sia decorso quell'arco temporale necessario a placare l'emozione e sufficiente a far sì che la ragione riprenda il controllo.

Il perché è abbastanza intuitivo: quando un'offesa è ancora recente (*fresh*), noi tolleriamo una forte rabbia; ma questa tolleranza non sussiste dopo che sia passato molto tempo. Col passare del tempo, infatti, la considerazione dell'offesa resta (sarebbe anormale il contrario), ma la persona che l'ha subita deve adoperarsi per ripristinare la tranquillità del giudizio, anche perché poi potrebbero entrare in gioco anche altri motivi, altri moventi per il delitto compiuto a freddo.

Solo in tal caso il colpevole viene "scusato"; incidentalmente ricordiamo che mentre le *justifications* (cause di giustificazione) sono universali e oggettive (ad es. legittima difesa); le *excuses* (scusanti) riguardano invece casi in cui l'atto è sbagliato (*wrong*) ma l'autore non ne è responsabile (vale a dire sono soggettive ed individualizzate).

Gli autori rilevano ancora che - secondo la definizione di *maunslaughter* data dal codice penale (*Modal Penal Code*) - questo sussiste se il delitto viene commesso sotto l'influenza di un disturbo mentale o emozionale estremo, per cui c'è una ragionevole spiegazione o scusa rapportata all'autore e alla situazione in cui questi s'è venuto a trovare.

Mentre la formulazione della *common law* misura l'adeguatezza della provocazione rispetto al parametro della persona ragionevole (termine di paragone oggettivamente determinato), qui invece s'introduce un elemento di soggettività.

Per quanto riguarda il tema dell'omicidio premeditato (*Premeditate Murder*), gli autori osservano che esso va punito più severamente (si parla

di “*first degree murder*”); si tratta di delitto a “sangue freddo”, e, secondo la teoria valutativa, l’autore viene giudicato più severamente proprio per il fatto di non aver provato emozioni al momento della consumazione del delitto stesso.

3.5. *Il ruolo delle emozioni nei casi di legittima difesa*

Per quanto riguarda l’istituto della legittima difesa (*Self-defense*), gli autori osservano che esso costituisce una giustificazione paradigmatica cui si ricorre in quanto la morte dell’aggressore è preferibile alla distruzione degli interessi che questi minaccia. Si tratta di quelle circostanze in cui si permette ai privati cittadini di usare la forza fino a uccidere, circostanze che variano a seconda delle varie giurisdizioni, ma che implicano la necessità di proteggersi da un’imminente, ingiusta minaccia alla propria vita.

La descrizione classica della legittima difesa si basa su una concezione “meccanicistica” dell’emozione. Se la persona non ha alcuna possibilità di scelta se non la forza, allora l’uso della forza non sarà produttivo di responsabilità; se ne deduce che la legittima difesa è tale solo nei casi di stretta necessità.

In una prospettiva “valutativa”, invece, l’istituto comporta che si debba valutare non solo la paura, ma anche l’orgoglio della persona contro cui è diretta l’ingiusta aggressione. Per cui di legittima difesa dovrebbe parlarsi anche quando il soggetto potrebbe sottrarsi alla minaccia fuggendo; ma la fuga potrebbe essere indice di vergogna e vigliaccheria, per cui entra in gioco la difesa dell’onore, bene anch’esso ritenuto meritevole di tutela.

3.6. *Il ruolo delle emozioni nel delitto commesso in stato di necessità*

Per quanto riguarda la fattispecie del delitto commesso in stato di necessità (*duress* o costrizione), gli autori osservano che il caso di *duress* viene considerato a volte come esempio paradigmatico di “scusante” (es. donna

che aiuta a commettere una rapina dietro la minaccia di subire un danno per lei e/o per i suoi figli), a volte come “giustificazione” (per cui la donna sarebbe giustificabile solo se la minaccia costituisca un male di gran lunga peggiore rispetto alla sua partecipazione alla rapina).

In termini volontaristici la costrizione scusa perché la volontà dell'accusato è stata sopraffatta dalle minacce, ed è stata quindi diminuita la capacità di scegliere di conformarsi alla legge. Ma tale ragionamento – osservano gli autori - è inadeguato, in quanto la paura dev'essere anche oggettivamente ragionevole, e inevitabile è un giudizio comparativo, in quanto l'amore legittimo per la propria persona dev'essere conciliato col dovere di rispettare le altre persone.

3.7. Il ruolo delle emozioni nel delitto commesso in stato di infermità mentale

Per quanto riguarda il delitto commesso in stato di infermità mentale (*insanity*), gli autori osservano che, secondo la tendenza prevalente, l'imputato viene “scusato” nel caso in cui ci sia una lacuna, una qualche mancanza nella sua capacità di intendere e comprendere l'illegittimità dei propri atti. Secondo un'altra versione, una malattia mentale indebolisce la capacità di controllare il comportamento (evidenti qui i legami con la teoria meccanicistica: un individuo, sebbene conscio della natura criminale del suo comportamento, è incapace di resistere all'impeto emozionale).

3.8. Le conclusioni dell'analisi di Kahan e Nussbaum

Dopo avere analizzato la diversa influenza delle teorie sulle emozioni in relazione ad alcuni fondamentali temi del diritto penale, gli autori espongono le loro conclusioni; e sostengono la preferibilità della concezione “valutativa” dell'emozione, da considerare superiore rispetto a quella meccanicistica, la quale a loro avviso non è semplicemente

inadeguata, ma anche incoerente e confusa; da qui il rilievo che anche le regole legali costruite facendo leva su tale teoria siano confuse e incoerenti.

Gli autori precisano tuttavia che la fondatezza filosofica della concezione valutativa non comporta la sua superiorità assoluta nel diritto penale. Essa non è una teoria della punizione: essa richiede solo che la legge faccia una considerazione/descrizione delle qualità morali delle emozioni.

La punizione a livello penale comporta innanzitutto un giudizio di espressa condanna. Le norme sociali permettono il comportamento razionale definendo come le persone (o le comunità) che valutano determinati beni (es. il benessere di altre persone, il loro onore o la loro dignità) debbano comportarsi.

Per essere illegittima, un'azione deve fare qualcosa in più che colpire gli interessi di qualcuno. Ciò, ad esempio, differenzia la concorrenza sul mercato rispetto al furto dei beni che un mercante potrebbe subire. Anche se il risultato è uguale (una perdita a livello finanziario), solo il furto è considerato reato, perché non rispetta il valore rappresentato dagli interessi del mercante.

La punizione poi non deve imporre solo sofferenza e privazione (altrimenti il servizio militare stesso equivarrebbe a una situazione di prigionia), ma deve anche esprimere la condanna morale della società.

Quello che una comunità politica punisce, e quanto severamente, mostra a quali interessi sia riconosciuto un qualche valore.

Preferibile allora è la concezione “valutativa”. Bisogna considerare non solo le conseguenze del comportamento, ma anche le ragioni che l'hanno determinato, includendo le sue motivazioni emozionali.

Le dottrine meccanicistiche, pur potendo pervenire a risultati corretti, lanciano un messaggio sbagliato: emozioni intense indeboliscono la

razionalità, rendendo difficile, se non impossibile, per gli agenti scegliere una condotta differente, che dia esiti migliori.

La concezione valutativa arriva allo stesso risultato (considerazione giuridica delle emozioni) ma partendo da affermazioni ben più condivisibili: le emozioni possono avere dignità giuridica, non perché hanno distrutto la capacità di comportarsi razionalmente, ma perché esse esprimono una considerazione razionalmente e moralmente appropriata della situazione rispetto alla quale sono sorte.

Serve poi una regolazione ottimale del comportamento emozionale: più forte è l'impulso o il desiderio di commettere un'azione proibita dalla legge, allora tanto più severa dovrà essere la punizione, proprio per scoraggiarne la commissione; al contrario, il volontarismo afferma che più forti sono le motivazioni emozionali, tanto maggiore sarà l'attenuazione della pena (il rischio è quello di una punizione troppo blanda).

Il carattere preventivo è indispensabile e ha una funzione ben precisa: ci si astiene dal commettere reati perché si percepisce la severità delle sanzioni legali che altrimenti saranno imposte coattivamente. Il diritto penale deve inviare segnali chiari riguardo il modo in cui una persona debba comportarsi; e fa questo quando è strutturato in modo valutativo.

Invece, il meccanicismo dice cosa un individuo dovrebbe o meno fare, ma fallisce nel far capire che tipo di persona dovrebbe essere.

Senonché, dopo aver affermato la superiorità della concezione "valutativa" gli autori si preoccupano di rispondere a due obiezioni che potrebbero essere poste: se tale concezione sia illiberale e se si rischino in tal modo delle valutazioni morali ingiuste.

La prima obiezione deriva dalla considerazione che la concezione valutativa stima le valutazioni interne dell'emozione dell'individuo colpevole come ragionevoli o irragionevoli.

Si fa leva sul fatto che le persone dovrebbero essere libere di vivere la propria vita in base alla propria concezione del bene, decidendo l'importanza e il valore da riconoscere a tutta una serie di cose; il che renderebbe preferibile il più scarso assetto emozionale promosso dalla concezione meccanicistica.

Quest'ultima però non è corretta, in quanto tende a trattare con indulgenza persone invece scorrette, lanciando in tal modo un messaggio assolutamente erroneo e pericoloso (come se ci si possa mascherare dietro uno sconvolgimento emozionale per ottenere così una punizione meno severa); si offre a soggetti le cui virtù siano piuttosto discutibili un *escamotage*, una possibilità di salvezza troppo pericolosa, avallando emozioni biasimevoli (quali ad esempio il razzismo e l'omofobia).

La prospettiva "valutativa", in realtà, non vuole creare uno stato dittatoriale in cui ciò che l'uomo deve o non deve fare sia rigidamente predeterminato non lasciando spazio alcuno al libero arbitrio; ma intende semplicemente realizzare una società in cui gli esseri umani siano o debbano essere ragionevoli e razionali. Per cui l'obiezione può essere superata semplicemente evitando di attribuire a tale concezione degli intenti e degli scopi che essa non vuole perseguire.

Altra potenziale obiezione deriva dal fatto che c'è il rischio che la concezione valutativa rafforzi quella che potrebbe essere definita una "cattiva moralità" (*bad morality*).

Anche se in teoria è giusto che la legge esamini la qualità morale delle emozioni dei colpevoli, non si può aver la certezza che i giudici faranno, in pratica, degli apprezzamenti appropriati e corretti.

Che cosa eviterà che una corte o una giuria omofobiche giungano alla conclusione che il comportamento omosessuale sia una provocazione idonea a trasformare l'imputazione di *murder* in quella di *manslaughter*?

Razionalizzando, comunque - soprattutto se la decisione è affidata a più persone - è difficile che la decisione sia il frutto di un percorso così scorretto, e, generalmente, la prospettiva valutativa, al contrario, attenua il problema della “cattiva moralità”.

Assume rilievo la qualità (e non l'intensità come nella visione meccanicistica) delle motivazioni emozionali dell'individuo colpevole; bisogna capire se la reazione sia appropriata o meno alla situazione in cui ci si trovi, e se quindi sia più o meno condivisibile (ad es. le corti dovranno sancire di fatto l'inadeguatezza di provocazioni quali *avances* omosessuali o adulterio ai fini dell'attenuazione della pena nei confronti di chi, cedendo a tali provocazioni, abbia commesso un delitto).

Infine, secondo la prospettiva valutativa, non soltanto ci si deve conformare a certi *standards*, ma bisogna anche modellare la propria personalità e la qualità delle emozioni sulla base delle norme prevalenti di ragionevolezza (ad es. la reazione di Carr va giudicata inappropriata, per cui egli è trattato dalla legge come qualcuno che ha formato la sua personalità secondo canoni differenti rispetto a quelli socialmente previsti; mentre appropriata è l'azione della madre che uccide l'assassino di suo figlio, in quanto quello della maternità è senza dubbio uno dei valori maggiormente condivisi a livello sociale).

Alla fine di quest' analisi, i due autori rivolgono la loro attenzione al ruolo che la pietà dovrebbe avere nell'ambito di un processo.

A titolo esemplificativo, essi fanno riferimento al romanzo “*Native son*” di Richard Wright, che parla della vita di Bigger Thomas, afroamericano povero e analfabeta che compie due atti violenti, almeno uno dei quali (l'uccisione della sua amante, Bessie) è chiaramente un omicidio.

Nel corso del romanzo, Wright ci impedisce di provare un senso di comprensione nei confronti del protagonista, mostrando come le sue emozioni siano inappropriate, presentandoci le sue azioni come dominate

da rabbia, vergogna e paura. Egli è un *killer* pericoloso che disprezza le sue vittime. E' chiaramente colpevole di omicidio e non c'è motivo di considerare le sue emozioni come risposta ragionevole a una provocazione adeguata.

Però, nel contempo, Wright ci mostra come tali emozioni siano state favorite dalla povertà e dal razzismo, ci mostra come siano stati determinanti, nella quotidianità della sua vita, la paura della dominante comunità bianca e la rabbia per la sua condizione di disuguaglianza.

Tale situazione ostile non ha reso possibile un normale percorso di crescita (al contrario, irrimediabilmente viziato), e ciò mostra come ci siano molte ragioni per cui la gente matura delle emozioni irragionevoli.

Dunque è troppo severo affermare che un individuo è sempre responsabile per la sua personalità.

Ma, ci si chiede, una volta riconosciuto che qualcuno come Bigger Thomas non possa essere ritenuto responsabile per la sua cattiva personalità, non si torna indietro a una qualche forma di volontarismo in cui la giusta domanda sta semplicemente nel chiedersi se le forze che hanno sottomesso la persona siano sufficienti a vizziarne la capacità di scelta?

A tal proposito, gli autori citano Abramo Lincoln²⁷⁴, il quale parla di “*firmness in the right*”, e ritiene che essa debba essere conciliata con un atteggiamento di clemenza verso coloro che abbiano commesso un grave crimine.

E' possibile, dunque, rappresentare in sede processuale tutti quei fattori e tutte quelle esperienze che abbiano condizionato la vita del colpevole, e che possano indurre a provare clemenza e pietà nei suoi confronti.

²⁷⁴ LINCOLN A., *Second Inaugural Address* (Mar. 4, 1865), in *Documents of American History* 442, 442-43 (Henry S. Commoger ed., 9th ed. 1973).

Per cui ci si pone davanti ad un dilemma morale, risolvibile solo con un duplice ordine di considerazioni: da un lato, bisogna punire il colpevole riaffermando il valore della vittima; dall'altro, è anche necessario che la legge tenga in adeguata considerazione le diverse fragilità insite nella natura umana, ponendosi come compito proprio quello di evitare che ci siano situazioni tali da segnare indelebilmente (in modo negativo) la personalità di un individuo.

Quindi da un lato, fermezza nel punire, dall'altro pietà se si riconosce un margine apprezzabile di responsabilità esterna nella formazione caratteriale di un individuo.

C'è da dire che la concezione valutativa non può garantire la giustizia, per il semplice motivo che nessuna teoria può farlo. Però essa può spingere la società verso la giustizia, inducendo a sentire la voce della propria coscienza.

3.9. Il principale nodo problematico. Le emozioni primarie del disgusto e della vergogna

Nell'analisi del tema, il nodo problematico certamente più rilevante (e certamente non solo nell'esperienza dei paesi di *common law*) è quello del ruolo riconosciuto alle emozioni primarie del disgusto e della vergogna.

A questo specifico tema sempre Martha C. Nussbaum ha dedicato una riflessione del massimo interesse.

Nel suo saggio *Nascondere l'umanità*²⁷⁵, l'autrice mostra come un diritto privo di qualsiasi richiamo alle emozioni sia praticamente impensabile e, nel contempo, mette in guardia da un ricorso totalmente incondizionato alla sfera prettamente emozionale, soffermandosi soprattutto

²⁷⁵ NUSSBAUM M.C., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, cit.

sui rischi derivanti dall'assunzione di sentimenti quali il disgusto o la vergogna come criterio di legittimazione della tutela penale.

La Nussbaum compie un vero e proprio percorso multidisciplinare, illustrando, per poi confutarle, le tesi conservatrici volte a sostenere la necessità di ricorrere proprio alle emozioni suddette per definire le condotte che debbano essere penalmente sanzionate, indipendentemente dal fatto che la condotta passibile di incriminazione abbia cagionato un danno o una molestia a persone diverse dal soggetto che l'abbia posto in essere. Attraverso la disamina e la critica delle varie posizioni rinvenibili a favore di un incondizionato utilizzo della sfera emozionale in sede incriminatrice (Lord Devlin, Leon Kass, William Miller e Dan M. Kahan), l'autrice, attingendo peraltro ad Aristotele, Freud, alla poesia di Whitman²⁷⁶ e alle ricerche di Winnicot²⁷⁷, arriva a sostenere una personalissima tesi, che costituisce un tassello di estrema importanza nell'ambito di un mosaico particolarmente complesso, qual è quello concernente i rapporti tra il diritto e le emozioni.

Ella sostiene che è impossibile utilizzare il disgusto come criterio-guida legislativo, sul duplice rilievo che esso non coincide del tutto con l'individuazione di un reale pericolo e che risulta fatalmente legato a forme irrazionali di pensiero magico e superstizioso. Esso, invero, incorpora la tendenza a rifuggire la contaminazione che si associa al desiderio umano di non animalità e immortalità, per cui è frequentemente collegato a forme varie e infide della pratica sociale, in cui il disagio che le persone avvertono

²⁷⁶ WHITMAN W., *Leaves of Grass*, Norton Critical Edition, ed. Scolley Bradley and Harold W. Blodgett, W.W. Norton, New York (trad. it. *Foglie d'erba e prose*, trad. it. Di E. Gioachino, Einaudi, Torino, 1950).

²⁷⁷ WINNICOT D. W., *The Maturation Processes and the Facilitating Environment: Studies in the Theory of Emotional Development*, International Universities Press, Inc, Madison (trad. it. *Sviluppo affettivo e ambiente: studi sulla teoria dello sviluppo affettivo*, Armando, Roma, 1997).

per il fatto di avere un corpo animale viene proiettato all'esterno su persone e gruppi sociali vulnerabili che, agli occhi dei membri dominanti della comunità, rappresentano quella parte di se stessi con la quale non desiderano confrontarsi.

Pur affermando la non utilizzabilità del disgusto come criterio-guida per il legislatore, la Nussbaum gli riserva, comunque, uno spazio di applicazione normativa ogni qualvolta esista una reale lesione fisica inferta ad una parte non consenziente (es. leggi sulla turbativa).

Allo stesso modo procede nei confronti di un altro sentimento, a suo parere, parimenti inutilizzabile in chiave incriminatrice, ovvero la vergogna, per la cui definizione si rifà alla leggenda delle origini dell'amore raccontata da Aristofane nel *Simposio* di Platone, dove il drammaturgo greco la ritrae come un'emozione dolorosa fondata sul riconoscimento della nostra non onnipotenza e della nostra mancanza di controllo sul mondo sulla base di un ricordo o di una intuizione residua di una onnipotenza e di una completezza originarie. L'autrice ritiene, invero, che proprio la consapevolezza di tale impotenza induca a inseguire l'invulnerabilità e a cercare di recuperare una parvenza di controllo, puramente illusorie, tramite la creazione di sottogruppi stigmatizzati che giungono a esemplificare delle minacce nei confronti del saldo controllo detenuto dal gruppo dominante. Sarebbe, eventualmente, possibile un recupero in chiave normativa della c.d. "vergogna costruttiva", ovvero quella sorta di vergogna capace di promuovere un ravvedimento nella misura in cui è il risultato di un critico esame di coscienza, derivante dalla matura accettazione della propria stessa imperfezione morale e dal conseguente riconoscimento della possibilità di migliorarsi, anche grazie alle intuizioni altrui.

Dall'analisi della posizione della Nussbaum si desume quanto sia profonda la connessione con il liberalismo politico, nella misura in cui i pericoli presentati dal disgusto e dalla vergogna (la sottomissione di singoli

individui o altri gruppi) si pongono in netta antitesi rispetto ai valori liberali tipici, quali la dignità umana e le relazioni sociali fondate sulla reciprocità e il mutuo rispetto.

Per garantire la prevalenza degli ideali fondamentali di una società liberale, diventa, allora, di primaria importanza lottare contro le forze del narcisismo e della misantropia spesso implicate in queste emozioni. Così l'autrice auspica il ritorno alla visione aristoteliana dell'essere umano come creatura insieme bisognosa e capace, le cui capacità e dignità sono strettamente legate alla sua natura animale e richiedono, dunque, un sostegno ingente da parte del contesto materiale che lo circonda.

Proprio questo è il suo messaggio principale (fondamentale nella questione relativa al ruolo della sfera emozionale nell'ambito del diritto penale): ogni società deve cercare di riconoscere l'umanità, piuttosto che rifuggirla e nasconderla chiamando in soccorso il disgusto e la vergogna, e da qui l'opportunità/necessità di ricorrere ad altre emozioni sia in sede incriminatrice che in sede di determinazione della pena di volta in volta attribuibile.

Il riferimento è a sentimenti quali l'*indignazione* (essa contiene un ragionamento pubblicamente condivisibile senza trattare il criminale come un reietto al di fuori della nostra comunità morale, bensì inserendolo decisamente in essa ed evitando qualsiasi tendenza a dipingerlo come un mostro, come qualcuno che nessuno di noi potrebbe mai e poi mai essere), la *rabbia* (ricalca le orme del danno subito e costituisce, pertanto, un criterio affidabile per il legislatore in sede incriminatrice), la *paura* e l'*afflizione* (che, se giustamente indirizzate, rappresenteranno delle emozioni appropriate per i cittadini che comprendano come la vita umana sia minacciata da pericoli gravi e sia sempre possibile perdere i propri cari e le persone cui siamo maggiormente legati) e, infine, la *compassione* (essa implica il pensiero che un'altra persona abbia sofferto forti privazioni ed

una grave perdita, nell'ottica di aiutare le persone che abbiano subito tali traumi).

Com'è agevole constatare, Martha Nussbaum ha apportato un contributo di notevole importanza nella definizione dei rapporti tra la sfera emozionale e quella normativa, precisando, peraltro, il contenuto e i rischi insiti in alcuni sentimenti al fine di evitare che, storicamente, possano tornare a verificarsi fenomeni particolarmente gravi quali la misoginia o l'antisemitismo.

Secondo l'autrice, alla base di questioni e discussioni sociali quali il matrimonio *gay*, la pornografia e la ricerca sulle cellule staminali si situano le emozioni primarie di disgusto e vergogna, le quali invece non dovrebbero giocare alcun ruolo in materia. La sua posizione si pone in netto contrasto con quanti²⁷⁸ ritengono invece che disgusto e vergogna debbano essere rispettivamente fonte di condanna ed effetto da essa derivante nei confronti del destinatario.

Da qui l'aperta condanna nei confronti delle sanzioni volte a indurre la vergogna del trasgressore, e le tesi a esse contrarie sono molteplici.

Chi le ritiene inadeguate perché offendono la natura umana; chi perché implicano una sorta di giustizia di piazza per cui sono intrinsecamente inaffidabili e incontrollabili²⁷⁹; chi sostiene che finiscano con l'avere un effetto assolutamente nocivo, causando un sempre maggiore allontanamento delle persone ad esse esposte, distruggendo le difese fin

²⁷⁸ Lord Devlin, Leon Kass, Dan Kahan.

²⁷⁹ James Whitman.

troppo facili del loro io o determinando un senso d'alienazione dalla società e dalle sue norme che può portare a violenze maggiori²⁸⁰.

Per quanto concerne, invece, il disgusto, particolarmente influente sulla Nussbaum è il filosofo utilitarista John Stuart Mill che, nel “*Saggio sulla libertà*” stigmatizza la tirannia del normale sull'inconsueto, le conseguenze assolutamente negative che le norme sociali dominanti comportano, tramite la legge, sulla vita di coloro che non si conformano alla maggioranza.

L'autrice ritiene che il contenuto di pensiero del disgusto sia tipicamente irragionevole, in quanto porta con sé idee magiche di contaminazione, impossibili aspirazioni di purezza, immortalità e non animalità, idee e aspirazioni irriducibili alla nostra natura.

Il senso di disgusto è stato storicamente usato per escludere ed emarginare gruppi e persone che hanno avuto la disavventura di incarnare le paure e l'avversione del gruppo dominante nei confronti della propria animalità e mortalità. Secondo la Nussbaum, dunque, tale emozione non dovrebbe mai assurgere a fondamento primario nel rendere criminale una certa azione, né dovrebbe svolgere il ruolo di circostanza aggravante o attenuante nel diritto penale.

L'autrice auspica quindi l'approdo a una società che riconosca la propria umanità, la propria vulnerabilità e naturale imperfezione. Ma una situazione tale non è di per niente facile realizzazione, perché l'incompletezza, la finitezza spaventano, ed è preferibile e sicuramente più comodo cedere alle confortanti lusinghe di finzioni grandiose.

Se non possiamo realizzare pienamente una tale società possiamo però guardarvi come a un paradigma, ponendoci una sorta di meta ideale

²⁸⁰ James Gilligan.

verso cui muoversi costantemente, con la consapevolezza di non poterla mai raggiungere appieno ed insieme la tendenza a migliorarsi sempre.

Proprio questo è il giusto modo di procedere in una società liberale e progressista, in una società dunque basata sul riconoscimento della pari dignità di ogni individuo e della vulnerabilità intrinseca alla nostra umanità.

Da questo punto di vista pienamente apprezzabile è la definizione aristotelica del cittadino come “animale politico”; nell’essere umano coesistono infatti capacità e bisogno.

Per poterci affermare, dunque, abbiamo bisogno di un sostegno ingente da parte del contesto materiale che ci circonda. Tale riconoscimento è concettualmente utile perché soltanto così, non rinnegando cioè la nostra parte più debole, impariamo a non considerare il bisogno che ci lega alle cose materiali come un fatto imbarazzante e umiliante.

E uno dei compiti principali della politica è proprio quello di apprestare un sostegno al bisogno umano, cercando di creare un contesto affidabile in cui ognuno possa realizzarsi e garantendo l’instaurarsi di relazioni di interdipendenza invece che rapporti di dominio.

La grandezza di una società si poggia proprio sulla capacità di riconoscere l’imperfezione, l’animalità e la mortalità in ogni essere umano che ne faccia parte, vale a dire riconoscere l’umanità (e non nasconderla chiamando in soccorso il disgusto e la vergogna).

CAPITOLO IX
LA LEGITTIMAZIONE DEL DIRITTO PENALE
IN UNA SOCIETÀ MULTIETNICA E MULTICULTURALE

1. *I limiti della Rechtsgutstheorie nella società multietnica e multicultural*

A seguito di questa rapida ricognizione, non sembrano tuttavia superate tutte le perplessità sull'insufficienza della teoria del "bene giuridico" (ancorché aggiornata) a rispondere ai fondamentali interrogativi posti dalla tematica della criminalizzazione (*idest*, della legittimazione del diritto penale).

Ma il maggior limite della teoria deriva forse dal fatto che oggi la società tende sempre più a divenire multietnica e multicultural. Ed è chiaro che – a differenza di una società omogenea, in cui i valori di riferimento sono comuni a tutti - una società multicultural fa fatica a essere inquadrata attraverso l'obiettivo della *Rechtsgutstheorie*²⁸¹.

Come osserva Donini²⁸², "il vero problema, a tale riguardo, non è più costituito, oggi, dal fatto che si introducano norme avvertite come moralmente ingiuste dalla quasi totalità della popolazione, ma dall'estrema diversificazione delle morali, dal pluralismo etico, dal multiculturalismo. Poiché in una società estremamente pluralistica e disciplinata in modo laico non è consentito che una visione del mondo privata, anche se maggioritaria, diventi legge, anche le etiche di chiese, partiti e gruppi sociali dominanti restano morali non pubbliche".

²⁸¹ CADOPPI, *Presentazione. Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, cit.

²⁸² DONINI, *Danno e offesa*, cit., nota 35.

Come rileva a sua volta Francesco Belvisi²⁸³, nella società multiculturale si intrecciano infatti una pluralità di concezioni politiche, etiche o religiose, di linguaggi e tradizioni, che inevitabilmente si riflettono nella concezione dei diritti e della giustizia; poiché gli individui di questa società pluralista non condividono principi, regole e valori comuni a partire dal disaccordo sulla percezione della realtà che li circonda.

In tale più complesso contesto, i fondamenti di legittimazione della repressione penale, e il ruolo attribuito ai sentimenti e alle emozioni, dovranno tener conto del fatto che individui, gruppi e minoranze che compongono una società multiculturale (donne, malati, omosessuali, minoranze etniche e linguistiche, gruppi di immigrati) aspirano a far riconoscere la propria specificità e diversità sul piano culturale, giuridico e politico²⁸⁴, nel quadro dei diritti fondamentali garantiti dalle moderne costituzioni democratiche.

²⁸³ BELVISI F., *Diritti e giustizia in una società multiculturale*, cit. Per un approfondimento delle tematiche che seguono v. ancora BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Clueb, Bologna 2000, cap. V: *Società multiculturale, pluralismo giuridico e diritti: verso un nuovo paradigma giudiziale*; RESCIGNO P., *Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di B. Perrone, Giuffrè, Milano 1992.

²⁸⁴ Su questi temi v. TAYLOR Ch., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano 1993; GIANNI M., *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *Diritto e politica ecclesiastica*, 1/2000, pp. 3-34. Per quanto riguarda il riconoscimento di diritti differenziati ai malati, v. ENGELHARDT H.T. Jr., *Vecchiaia, eutanasia e diversità morale: la creazione di opzioni morali nell'assistenza sanitaria*, in *Bioetica*, 1/1995. In proposito, in letteratura si fa insistente l'esigenza che nella società pluralista non si tratti tanto di diritti uguali, ma di diritti "differenziati" a seconda dei soggetti e dei gruppi interessati. V., ad esempio, KYMLICKA W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford U. P., Oxford 1989, pp. 136-150; BOHMAN J., *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1996, pp. 76 e 83-84; GIANNI M., *Cittadinanza differenziata e integrazione multiculturale*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 27/1997, pp. 495-518; RÉAUME D., *Moral and Legal Responses to the Multi-Cultural, Multi-Ethnic State*, in *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, hrsg. v. M.M. Karlsson, et al., Duncker & Humblot, Berlin 1993; TULLY J., *The Agonic Freedom of Citizen*, in *Economy and Society*, 2/1999, pp. 161-82, pp. 172-176.

Com'è stato osservato da un autorevole studioso nordamericano²⁸⁵, “le differenze tra culture e sistemi politici dipendono primariamente dai differenti modi di percepire e valutare la realtà (...) le particolari caratteristiche mostrate dal diritto in Occidente, nel Medio Oriente, in Africa, nell'Asia che ha subito l'influenza indiana e in Cina possono essere apprezzate al meglio se i modi di pensare e i sistemi di valori generali di ciascun ambito vengono studiati in relazione ai loro meriti locali”.

In proposito, può essere utile citare qui un esempio volutamente provocatorio. L'esempio è riportato da Rodolfo Vázquez²⁸⁶, e riguarda un fatto avvenuto nel Messico meridionale: “In una comunità indigena di Oaxaca, un uomo ammazzò un amico durante un alterco, entrambi in stato di ubriachezza. Dopo giorni di discussione il consiglio degli anziani della comunità, come autorità tradizionale, decise che il colpevole, essendo celibe, si sposasse con la vedova della vittima e ne mantenesse i figli”.

Vázquez osserva che “in questo modo si risolse il problema del mantenimento della famiglia della vittima, il colpevole si assunse le proprie responsabilità, si evitarono conflitti tra le famiglie (del colpevole e della vittima) e si mantenne l'equilibrio sociale della comunità”²⁸⁷; e tuttavia aggiunge in senso critico che la soluzione prudenziale presa dagli anziani della comunità è contraria ai diritti dell'uomo²⁸⁸.

²⁸⁵ A.B. BOZEMAN, *The Future of Law in a Multicultural World*, Princeton U. P., Princeton, N. J., 1971, p. IX.

²⁸⁶ VÁZQUEZ R., *Diritti delle minoranze e tolleranza*, in *Ragion Pratica*, 10/1998, pp. 197-209, pp. 197-198. Riportato da BELVISI, *Diritti e giustizia in una società multiculturale*, cit.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 198.

²⁸⁸ VÁZQUEZ R., *Diritti delle minoranze*, cit., p. 208: “Le culture che organizzano la loro forma di vita a partire da una ripetuta violazione dei diritti individuali non hanno lo stesso valore di quelle nelle quali l'organizzazione politica e la vita culturale non permettono violazioni o abusi di autorità del genere... dinanzi alla violazione dei diritti umani fondamentali non sono ammissibili

È chiaro che questa concezione della giustizia contrasta radicalmente con la nostra concezione comune della giustizia penale come giustizia retributiva; ma è pur vero che la critica non tiene conto del fatto che i “diritti dell’uomo” costituiscono dei valori estranei a quella cultura indigena, che - semplicemente - non li conosce²⁸⁹.

2. La crisi della concezione tradizionale del diritto nella nuova “società globale”

Dopo questo esempio volutamente provocatorio, va quindi ripreso il discorso sulla società multiculturale, e sui profondi mutamenti cui va incontro la stessa concezione tradizionale del diritto.

Come ricorda ancora Belvisi²⁹⁰, nella tradizione giuridica europea, e particolarmente in quella romano-germanica, a partire da Montesquieu²⁹¹ e Savigny²⁹², il diritto è stato visto come un prodotto della cultura; e – secondo le teorie istituzionaliste di Ehrlich, Hauriou e Romano, elaborate nel periodo di affermazione del positivismo giuridico statalistico – ne consegue che ogni gruppo sociale produce al suo interno il diritto che ne regola la vita: proprio questa situazione è stata definita dal giurista italiano come “pluralità degli ordinamenti giuridici”.

né rassegnazione né indifferenza né tolleranza, bensì un atteggiamento di franca intolleranza: ciò che presuppone l’assunzione di differenze qualitative fra le culture”.

²⁸⁹ Così BELVISI F., *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell’Italia di oggi*, cit.

²⁹⁰ BELVISI F., *Diritti e giustizia in una società multiculturale*, cit.

²⁹¹ *Lo spirito delle leggi*, 1748.

²⁹² *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza del diritto*, 1814.

Nella moderna società “globale” (la “*Weltgesellschaft*”, o società del mondo²⁹³), il “pluralismo giuridico” comporta invece che non solo la vita di ogni società, ma anche quella di ogni individuo deve confrontarsi con differenti insiemi normativi, spesso in conflitto tra loro, in una situazione definita come “interlegalità”²⁹⁴.

Per ritornare al tema specifico che qui interessa, in questo tipo di società è di essenziale importanza il riconoscimento della diversità, nel quadro dei diritti fondamentali garantiti dalle moderne costituzioni democratiche, dei c.d. “diritti di gruppo”, che riguardano per lo più la tutela delle proprie radici e tradizioni culturali e religiose, nonché il riconoscimento di particolari forme di autogoverno²⁹⁵.

Ma è pure importante – ai fini dell’elaborazione di un’efficace politica di prevenzione penale – la questione della “legittimazione” del processo e delle sentenze.

Nella società multietnica e multiculturale questa legittimazione non è affatto scontata.

Come osserva Klaus Günther²⁹⁶, nella società globale è venuto meno il modello, caro alla tradizionale cultura giuridica europea, del soggetto generalizzato (universale) dell’azione (il cittadino rousseauiano-kantiano);

²⁹³ Per tale definizione v. LUHMANN N., DE GIORGI R., *Teoria della società*, Angeli, Milano 1992, cap. 1.

²⁹⁴ Per questa definizione v. DE SOUSA SANTOS B., *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 3/1987, pp. 279-302. p. 298, e *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociol. dir.*, 3/1990, pp. 5-34, pp. 28-29.

²⁹⁵ Sul tema v. VITALE E. (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino 2000.

²⁹⁶ GÜNTHER K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt 1988, ripreso in *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in M. Herberger, et al., *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Steiner, Stuttgart 1992, pp. 36-76 (citato da BELVISI).

ed è venuta meno anche l'esistenza di un paradigma conoscitivo predominante²⁹⁷.

In questa situazione, emerge quindi l'essenziale importanza di un "discorso di giustificazione dell'applicazione della norma al caso concreto"²⁹⁸; e ne consegue che, nei procedimenti decisionali, "devono avere un eguale accesso tutti gli interessi che - sulla base della loro interpretazione della situazione - siano in grado di richiamarsi a motivi validi", cioè a interpretazioni coerenti di norme valide²⁹⁹. Questo è dovuto all'esigenza di pervenire a una "interpretazione della situazione comunemente condivisa"³⁰⁰.

In questo tipo di società, la mancanza di un paradigma conoscitivo predominante si riflette anche sulla c.d. "cultura giuridica interna", definita da Lawrence Friedman come "l'insieme dei valori, delle ideologie, dei principi propri di avvocati, di giudici e di altri che lavorano all'interno del cerchio magico del sistema giuridico"³⁰¹; quella cultura che appunto dovrebbe guidare i giuristi nella comprensione del diritto, e in particolare i giudici nell'attività di reperimento e applicazione delle norme nel caso concreto.

Si spiega così il fenomeno sempre più diffuso nella giurisdizione (e spesso superficialmente frainteso) delle continue oscillazioni giurisprudenziali, basate su divergenti interpretazioni del diritto.

²⁹⁷ GÜNTHER K., *Universalistische Normbegründung*, cit., pp. 38 e 63-68.

²⁹⁸ GÜNTHER K., *Der Sinn für Angemessenheit*, cit.

²⁹⁹ GÜNTHER K., *Universalistische Normbegründung*, cit., p. 65.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 63: v. anche pp. 38 e 57-58; ma prima ancora v. HABERMAS J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt 1981, vol. 1, pp. 128 e 148-150.

³⁰¹ FRIEDMAN L.M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978 (edizione originale *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975), p. 326.

Mentre si sgretola il mito della certezza del diritto, emerge nella sua fondamentale importanza la questione della sentenza “adeguata”, basata sulla capacità delle parti di comprendere e definire la situazione, ovvero i fatti origine della causa (la fattispecie)³⁰².

Pluralismo e laicità, multiculturalismo e tolleranza sono questioni assolutamente centrali anche nella Convenzione europea, di recente approvata dagli Stati membri.

Come ha osservato Vito Mormando³⁰³, “anche sul versante della politica criminale, la Convenzione ben s’intona con le idee che già appartengono al deposito della migliore scienza penalistica europea, la quale si è già fatta carico di preservare, in questa *tesissima alba* del nuovo millennio, un risvolto della globalizzazione, che merita la massima attenzione, nonostante l’oblio nel quale rischia di cadere sul proscenio delle politiche statali: si allude alla sfida del diritto penale multiculturale”³⁰⁴.

Un diritto basato essenzialmente sulla tolleranza, sulla capacità di “riconoscere e accettare l’estraneo nella sua alterità”³⁰⁵. Mormando riporta quindi le parole di Otfried Höffe: “l’idea della tolleranza, nel nostro contesto culturale, ha preso avvio dalla libertà religiosa ed è a questa legata, dapprima anche in altre culture. Tuttavia nel nostro mondo progredito e secolarizzato la tolleranza da tempo non si presenta più come problema

³⁰² GÜNTHER K., *Universalistische Normbegründung*, cit., pp. 36, 49-50 e 53-58.

³⁰³ MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 02, 651.

³⁰⁴ HOFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht ? Ein philosophischer Versuch*, trad. it., Torino, 2001, pagg. 15-17. Per tutti, in questa direzione: ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pagg. 8-9.

³⁰⁵ DERIDDA, *Force de loi*, in *Deconstruction and the Possibility of Justice*, trad. ted., 1992, pag. 55. La citazione è tratta da HOFFE, *op. cit.*, pagg. 8-9.

specifico della convivenza tra le diverse confessioni e religioni. Ciò che ora è necessario è non meno - e più che spesso prioritariamente - la tolleranza verso convinzioni sociali, politiche e culturali differenti”.

In questa direzione – prosegue Höffe - occorre la capacità di fondare la convivenza civile “sulla dignità e libertà di ogni persona umana. La tolleranza non consiste solamente in quella condiscendenza nei confronti delle peculiarità e delle debolezze dei nostri simili, che a questi si chiede e si è liberamente disposti a concedere. Giacché senza il riconoscimento reciproco non è possibile una convivenza tra persone responsabili basata su eguali diritti, la tolleranza è condizione essenziale per una convivenza umana nella giustizia e nella libertà e, proprio in quanto condizione di giustizia, è anche un diritto che non può essere rifiutato a nessuno”³⁰⁶.

Come scriveva Carlo Fiore già in uno studio del lontano 1972³⁰⁷: “la tolleranza più che un fondamento è un limite del diritto penale; più che un fattore di legittimazione del suo intervento è un criterio di verifica critica orientato alla sua esclusione”.

³⁰⁶ HOFFE, *op. loc. cit.*

³⁰⁷ FIORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972.

CAPITOLO X

CONCLUSIONI.

LE COORDINATE POSSIBILI PER LA COSTRUZIONE DI UN MODERNO DIRITTO PENALE LAICO

Come si è anticipato nell'introduzione, oggetto di questa tesi è un tentativo di approfondimento dello studio relativo alle teorie della criminalizzazione di matrice anglo-americana, anche in considerazione dei risvolti inevitabilmente positivi che tale analisi può esplicitare nei confronti dell'attuale dibattito europeo-continentale sull'effettiva portata e i limiti delle dottrine del *bene giuridico*.

Come si è visto, ripercorrendo l'evoluzione storica della dottrina del *bene giuridico*, questa emerge nella terza decade dell'Ottocento, nel clima politico-culturale della restaurazione romantica che fa seguito all'età dei lumi³⁰⁸; e, nelle sue prime manifestazioni, giustifica la legittimazione della tutela penale della religione e della moralità sessuale dominante. Quanto all'origine storica, dunque, la valenza iniziale della concezione del reato come lesione di un bene risulta assai meno univocamente liberale di quanto comunemente si ritenga³⁰⁹. E la teoria è andata sempre più formalizzandosi, diventando così disponibile a recepire estensivamente come legittimo oggetto di tutela tutto ciò che, agli occhi dello stesso legislatore, sembrasse meritevole di protezione penale sotto il profilo di un prevalente interesse collettivo valutato con ampia discrezionalità politica.

In seguito, però, la *Rechtsgutstheorie* ha storicamente assunto un volto *liberal*, nell'ambito di una revisione critica compiuta dalla scienza

³⁰⁸FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit.

³⁰⁹AMELUNG, *Rechtsgueterschutz*, cit.; VORMBAUM, *Elementi autoritari nella storia penale, particolarmente nella storia penale tedesca*, cit. (in particolare, 111 ss.).

penalistica tra gli anni '50 e '60 del Novecento; revisione culturalmente ispirata a principi di liberalizzazione, secolarizzazione ed emancipazione dei modelli di vita individuali dai tradizionali condizionamenti dettati dalla religione e dalla morale socialmente dominante. In questo clima storico-culturale la *Rechtsgutstheorie* viene ripensata come rinnovato criterio di analisi del rapporto tra legislazione penale e morale positiva, col riproporsi dell'interrogativo se la semplice infrazione di regole morali ereditate dalla tradizione possa legittimamente continuare a essere qualificata anche illecito penale³¹⁰.

Nettamente *liberal*, ancor più nell'origine storica che nella successiva evoluzione, è invece la teoria anglosassone dei *limiti morali* del potere punitivo.

Come ha osservato Donini³¹¹, recensendo uno scritto di Alberto Cadoppi³¹², “secondo le premesse *liberal*, particolarmente sviluppate nella tradizione giuridica di lingua inglese, da J.S. Mill a H.L.A. Hart, a Feinberg, il diritto penale, oltre che strumento per la tutela di beni, è garanzia per i destinatari della legge, garanzia della conoscibilità dei precetti e della prevedibilità delle decisioni, garanzia, infine, della libertà di poter fare tutto ciò che non è contrario alle leggi, dovendo esso ritagliare, dalla sfera preponderante del lecito, solo alcune condotte fra quelle che producano un danno agli altri (non a se stessi o alla morale in sé)”.

³¹⁰ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, cit.

³¹¹ DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, cit.

³¹² CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit.

Un'impostazione diversa da quella della *Rechtsgutstheorie*, di matrice europea, poiché nella cultura di *common law* il concetto di *harm* (corrispondente al principio di offensività) è innegabilmente più generico e viene impiegato in un'accezione più individualistica, come danno o lesione di interessi di singoli, e anche se non manca la tutela di interessi collettivi, come quelli dello Stato, sembra che gli interessi superindividuali siano spesso concepiti soprattutto come sommatoria di beni individuali³¹³.

Ma la diversità si attenua se si considera che anche nella dottrina anglosassone a quella di *harm* si affianca la nozione di *offense*, e specialmente di *criminal offense*; una nozione più generica, che è stata peraltro valorizzata, nelle materie eticamente sensibili, in una peculiare accezione equivalente a quella di “molestia”, o di “disturbo” alle persone.

Come pure si è visto, quindi, una rilettura integrata della teoria europeo-continentale del *bene giuridico* e di quella anglosassone dei *limiti morali* al potere punitivo pone subito in evidenza le rispettive analogie *liberal*, legate a un processo culturale di *secolarizzazione* in senso sociologico e, dal punto di vista costituzional-penalistico, di tendenziale separazione tra legge penale e morale.

In questo senso, nettamente antipaternalistico è il nucleo essenziale delle teorie liberali, sia basate sul concetto di dannosità sociale come danno ad altri, sia sul concetto di *bene giuridico*, nella versione c.d. liberale proposta, innanzitutto in Germania, fra gli anni '50 e '60 del Novecento.

L'una e l'altra teoria hanno manifestato però (sia pure in misura diversa) una parziale inadeguatezza a governare razionalmente la complessità dei sistemi giuridici contemporanei. Troppo selettive nell'individuazione del penalmente sanzionabile appaiono la teoria

³¹³ DONINI, *Danno e offesa*, cit.

anglosassone (soprattutto nell'originaria versione milliana) ed anche la *Rechtsgutstheorie*, nella sua versione *liberal*; inadeguate quindi alla complessità contemporanea, non sembrando i concetti di *harm* e di *offense*, al pari di quello di *bene giuridico*, sufficienti come criteri di legittimazione, “incapaci, da soli, di giustificare i reati, e semmai solo di escluderne alcuni”³¹⁴.

Poco selettive entrambe invece (e quindi disponibili a un'eccessiva discrezionalità politica dei legislatori) nella loro versione “allargata”: una versione in cui la *Rechtsgutstheorie* rischia non solo di perdere la sua funzione critica, ma può divenire “autoreferenziale”, espressione di una scelta del potere costituito, da nient'altro spesso giustificata se non dalla coercizione autoritaria o (più sottilmente) da un'efficace propaganda. E del pari la teoria anglosassone rischia (affiancando al concetto di *harm* quello sempre più generico e dilatabile di *offense*) di non riuscire nell'intento di precisare quali siano gli interessi la cui violazione possa giustificare in concreto l'intervento penale, demandando pur sempre al legislatore, tramite una serie di valutazioni morali (le c.d. *massime di mediazione*), la determinazione del penalmente sanzionabile.

In ogni caso – ad avviso di chi scrive - nonostante i difetti e i limiti connaturati alla nozione di danno, è certo che lo studio del liberalismo penale anglo-americano e dei suoi principi limitatori del potere penale può avere un'importanza fondamentale per il sistema europeo-continentale. E ciò in considerazione del fatto che i concetti di danno e molestia sono più nettamente definiti e, potenzialmente, maggiormente idonei a porre dei limiti più o meno vincolanti alla discrezionalità politico-criminale del

³¹⁴ DONINI, op. ult. cit.

legislatore, pur nella consapevolezza della perdurante necessità di continuarne a postulare degli inevitabili margini di autonomia.

Infatti, nella teoria *liberal* anglosassone, e particolarmente in Feinberg, al principio del “danno” si affianca bensì il principio dell’offesa, definita con riferimento a sentimenti quali il disturbo, il disgusto, l’allarme, lo spavento, l’ansia, ecc. Tuttavia Feinberg usa un criterio rigoroso, considerando offese penalmente rilevanti soltanto le molestie “universalmente sgradite”, da ritenere intollerabili, sempre che siano corredate da essenziali note di serietà o gravità (intensità, durata, estensione, inevitabilità) di lesione della sensibilità altrui.

Della stessa opinione sembra essere Fiandaca, il quale, in un recente scritto dedicato ai “temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva”³¹⁵, afferma che le strategie di legittimazione teorica del diritto penale di matrice anglo-americana, incentrate sul principio del danno – nel solco del liberalismo di John Stuart Mill e, in anni più vicini, di Joel Feinberg -, sono sotto certi aspetti preferibili, rispetto alla teoria europeo-continentale del bene giuridico “per una ragione che sintetizzerei così: tali strategie, a mio avviso, riescono meglio a portare alla luce le molteplici e complesse opzioni politico-valutative che stanno alla base delle scelte di penalizzazione. E, del resto, lo stesso principio-cardine del danno ad altri poggia su di un concetto – per dirla in termini di filosofia del linguaggio - *spesso*: caratterizzato cioè da uno strettissimo, inestricabile intreccio tra giudizi di fatto di tipo empirico-scientifico e giudizi di valore in chiave etico-politica”.

³¹⁵ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit.

Si pone, comunque, pur prendendo le mosse dalle teorie di legittimazione anglo-americane, la necessità di una ricostruzione più complessa, di una rilettura delle due teorie integrata dal richiamo alle moderne Costituzioni, per individuare alcuni parametri di fondo che convergano insieme nel dare al reato anche un volto positivo di matrice costituzionalistica, e capace di fare resistenza a spinte incriminatrici (anche internazionali) di matrice illiberale.

In questa prospettiva, appare innanzitutto essenziale il riferimento al nucleo fondamentale delle cosiddette “Carte dei diritti” cioè delle fonti pattizie sovranazionali e delle moderne Costituzioni successive alla tragedia della *shoah*: nucleo costituito dai cosiddetti “diritti dell’uomo”, nel senso prefigurato da Immanuel Kant. Nucleo di riferimento che si colloca al centro del “neo-costituzionalismo” contemporaneo, in cui i principi e i parametri costituzionali di giudizio possono essere considerati esemplificazione del più pertinente modello di “morale critica” applicabile oggi negli ordinamenti giuridici. Secondo questa visione, i principi e i diritti fondamentali consacrati nelle Costituzioni hanno appunto un’origine morale e mantengono una dimensione morale, quali limiti morali giuridicamente “positivizzati” a difesa dell’individuo nei confronti della coercizione statale (*in primis*, criteri di idoneità, necessità e proporzionalità dell’intervento penale)³¹⁶.

Vi è, poi, un altrettanto necessario riferimento alle nuove sfide poste dalla moderna società multietnica e multiculturale; una società che – a differenza di una società omogenea, in cui i valori di riferimento sono comuni a tutti - fa fatica a essere inquadrata attraverso l’obiettivo della

³¹⁶ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*

*Rechtsgutstheorie*³¹⁷; ma anche attraverso i parametri della cultura *liberal* anglosassone, dato che – come si è visto – nella società multiculturale si intrecciano una pluralità di concezioni politiche, etiche o religiose, di linguaggi e tradizioni, che inevitabilmente si riflettono nella concezione dei diritti e della giustizia; poiché gli individui di questa società pluralista non condividono principi, regole e valori comuni a partire dal disaccordo sulla percezione della realtà che li circonda³¹⁸.

Infatti, nella moderna società “globale” (la “*Weltgesellschaft*”, o società del mondo³¹⁹), il “pluralismo giuridico” comporta che non solo la vita di ogni società, ma anche quella di ogni individuo deve confrontarsi con differenti insiemi normativi, spesso in conflitto tra loro, in una situazione definita come “interlegalità”³²⁰; e diventa essenziale il riconoscimento della diversità, nel quadro dei diritti fondamentali garantiti dalle moderne costituzioni democratiche, dei c.d. “diritti di gruppo”, che riguardano per lo più la tutela delle proprie radici e tradizioni culturali e religiose, nonché il riconoscimento di particolari forme di autogoverno³²¹.

Alla luce di queste premesse, va affrontato il discorso dei possibili parametri di ricostruzione (o costruzione?) di un moderno diritto penale laico, che tenga conto della necessità di un bilanciamento fra fedi, culture e tradizioni diverse.

³¹⁷ CADOPPI, *Presentazione. Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, cit.

³¹⁸ BELVISI F., *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell'Italia di oggi*, cit.

³¹⁹ Per tale definizione v. LUHMANN N., DE GIORGI R., *Teoria della società*, cit.

³²⁰ Per questa definizione v. DE SOUSA SANTOS B., *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, cit.; e *Stato e diritto nella transizione post-modern*, cit.

³²¹ Sul tema v. VITALE E. (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, cit.

Data l'estrema variabilità dei contesti in cui le diversità si manifestano, soltanto un contemperamento degli interessi in gioco che tenga conto del diverso valore che questi di volta in volta possono assumere, anche e soprattutto in ragione della loro reciproca interazione, può consentire di individuare necessari punti di equilibrio.

Peraltro, la ricerca di un giusto equilibrio tra diritto e morale potrebbe paradossalmente risultare più semplice, poiché nei settori della vita sociale in cui più forti sono le istanze ideologiche e morali è proprio attraverso la scelta di non punire, forse più che attraverso quella di punire, che il diritto è in grado di esprimere efficacemente una *sittenbildende Kraft*³²².

In questa direzione, resa ogni giorno più necessaria dalla dilatazione di “beni giuridici” sempre più generici e discrezionali (dalla “sicurezza” all’etica fondata su dogmatismi religiosi), si orientano da qualche tempo le voci della dottrina più illuminata, a partire dalla Scuola di Francoforte, che – nella tradizionale ottica *liberal* – ripropongono la necessità di una forte riduzione del diritto penale contemporaneo alla tutela di beni “personali” ancorati a fattispecie coerenti con il rispetto della legalità e della riserva di legge; senza trascurare la posizione della Nussbaum, che appare profondamente connessa al liberalismo politico, nella misura in cui i pericoli presentati dal disgusto e dalla vergogna (la sottomissione di singoli individui o altri gruppi) si pongono in netta antitesi rispetto ai valori liberali tipici, quali la dignità umana e le relazioni sociali fondate sulla reciprocità e il mutuo rispetto; e l’insegnamento di Höffe, che ritiene necessaria la capacità di fondare la convivenza civile sulla dignità e libertà di ogni

³²² KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, cit.

persona umana, sulla tolleranza intesa come riconoscimento reciproco, come un diritto che non può essere rifiutato a nessuno³²³.

Nella direzione della ricostruzione di un diritto penale laico si pone la prevalente dottrina penalistica italiana.

Innanzitutto, un diritto penale laico che – come scrive Emilio Dolcini³²⁴ - sia “retto da regole proprie, non imposte dall’esterno, per fini, valori o interessi ad esso estranei (...) in particolare, un diritto penale che si astenga da qualsiasi premessa religiosa o metafisica (...); un diritto penale che - secondo una felice formula presente nel “*nuovo manifesto di bioetica laica*”³²⁵ - riconosca a tutti “*la libertà di comportarsi secondo le proprie convinzioni profonde non dannose a terzi*” e preveda quindi “il danno a terzi... come condizione imprescindibile per l’intervento penale”.

Un diritto penale quindi di ispirazione milliana e neo-illuministica, nel senso delineato da Claus Roxin, uno dei più grandi penalisti europei del nostro tempo: “Compito del diritto penale non è la promozione della morale, della religione o di una determinata ideologia o visione del mondo, ma in via esclusiva la salvaguardia della sicurezza individuale e della pace sociale... Il postulato che il diritto penale debba occuparsi soltanto di condotte socialmente dannose, e non di condotte moralmente riprovevoli, dovrà pertanto informare di sé, come già oggi accade, il diritto penale del futuro”³²⁶.

³²³ HOFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht ?*, cit.

³²⁴ DOLCINI, *Laicità, “sana laicità” e diritto penale. La chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, cit.

³²⁵ Il testo del “*Nuovo manifesto di bioetica laica*”, presentato il 25 novembre 2007, è riportato in www.italialaica.it.

³²⁶ ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, cit.

Un diritto penale laico fondato sulla separazione tra morale e diritto, ma anche responsabilmente consapevole delle sfide poste dalla nuova società multietnica e multiculturale.

Come osserva in proposito Domenico Pulitano³²⁷, un diritto della laicità intesa come *pluralismo*, non solo di fedi religiose, ma anche di *culture e tradizioni*; come *convivenza di uguali libertà*, aperta a un *pluralismo di culture*, religiose e non. Una laicità tanto più importante in un mondo come quello contemporaneo, che – sebbene “secolarizzato, liberale, democratico è premuto e combattuto da fondamentalismi religiosi nel cui nome sono stati realizzati i mostruosi fatti di terrorismo che hanno segnato l’inizio del XXI secolo”.

Un diritto penale laico caratterizzato dunque da una ripristinata “autonomia del diritto dalla morale” intesa non già come opposizione, ma come “distinzione di principio, *possibilità logica di instaurare una relazione tra diritto e morale*”.³²⁸

Al termine di questo percorso, che comporta la “ripulsa dello Stato etico e del legalismo etico”, si pone costruttivamente il riconoscimento della possibilità e rilevanza di “una *morale critica*, cioè di principi e criteri di valutazione che consentano di sottoporre a critica le istituzioni, le morali positive, gli ordinamenti giuridici”³²⁹.

³²⁷ PULITANO', *Laicità e diritto penale*, cit.

³²⁸ BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966. Cfr. anche HART H., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 107 s.; SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, cit. Entrambi citati da PULITANO', op. ult. cit.

³²⁹ HART H., *Diritto, morale e libertà*, traduz. italiana Acireale, 1968. Citato da PULITANO', op. ult. cit.

Ai principi di laicità, pluralismo e multiculturalità fa riferimento – in una prospettiva più ampia, legata al concetto di moderna democrazia e morale critica – Giovanni Fiandaca nel già citato scritto dedicato ai “temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva”³³⁰.

Secondo Fiandaca, nella riflessione contemporanea – caratterizzata da “certe tendenze in senso (ri-)eticizzante che tornano ad emergere nell’orizzonte di marcato populismo punitivo che caratterizza la politica criminale, non solo italiana, degli anni più recenti” - al concetto di “minimo etico” va sostituito quello di “morale critica”.

Citata in proposito la celebre tesi di Georg Jellinek, secondo cui il diritto penale rispecchierebbe il “minimo etico” di un determinato popolo, in un dato momento storico³³¹ (un minimo etico coincidente con la morale positiva maggioritaria), Fiandaca propone invece la ben diversa nozione di *morale critica*, “quale concetto trascendente il piano sociologico-quantitativo e, anzi, orientato alla ricerca di valori minimi comuni tra soggetti portatori di differenti concezioni morali di partenza (secondo un tipo di approccio dialogico – per intendersi – simile all’idea di un “consenso per intersezione” teorizzata da Rawls come metodo tipico della democrazia pluralista...”.

Dunque “una concezione della laicità in senso giuridico-costituzionale, che può essere definita *procedurale* o *metodologica*, e che è sostanzialmente vicina al concetto di *laicità debole* proposto dal filosofo Giovanni Fornero: in quest’ accezione, è definibile laico quell’ordinamento

³³⁰ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit.

³³¹ JELLINECK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908; in proposito, si vedano anche i recenti richiami di DOLCINI, *Laicità*, cit., 1020. Nell’area culturale anglosassone, come emblematico sostenitore della funzionalizzazione della legge penale alla salvaguardia delle concezioni morali dominanti (c.d. moralismo giuridico) cfr. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, cit.

giuridico che tende ad assumere un atteggiamento di equidistanza rispetto non solo alle religioni, ma anche alle diverse concezioni morali particolari”. Una laicità, tuttavia, cui resta “sottesa una dimensione assiologico-sostanziale che richiama proprio valori tipici della liberaldemocrazia: a cominciare dal valore della libertà individuale, e dal principio di pari rispetto di tutti gli individui, quali che siano – appunto - le loro rispettive concezioni religiose o morali di partenza”³³². Una laicità che rivela “una qualche parentela, una certa aria di famiglia con le teorie della legittimazione del diritto penale facenti capo, rispettivamente, sia alle dottrine liberali (o in chiave costituzionale) del bene giuridico, sia alla dottrina anglo-americana del danno ad altri lungo la linea storico-evolutiva che va da Stuart Mill a Feinberg”.

In questa direzione, si tratta di impegnarsi nella “costruzione di (per dir così) di un nuovo *minimo etico* condiviso: in una prospettiva beninteso che, in particolare oggi, non potrebbe rimanere circoscritta a una sola cultura o a un solo paese, ma dovrebbe estendersi a un orizzonte transnazionale e transculturale”³³³.

Questo nuovo “minimo etico” rimanda quindi all’orizzonte della Nussbaum, che ha rivisitato i temi classici del liberalismo penale anglosassone nella ricerca di una fondazione diversa, che ha individuato nel riconoscimento kantiano della dignità e inviolabilità della persona ³³⁴.

³³² RAWLS, *Un riesame dell’idea di ragione pubblica*, in ID., *Il diritto dei popoli*, trad. it., a cura di S. Maffettone, Torino, 2001, 175 ss.; FORNERO, *Due significati irrinunciabili della laicità*, in AA.VV., *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D’ORAZIO, Milano, 2009, 70 ss.; BORSELLINO, *Le ragioni della laicità “procedurale” non fraintesa*, ivi, 80 ss.

³³³ FIANDACA, *I temi eticamente sensibili*, cit.

³³⁴ NUSSBAUM M., *Nascondere l’umanità*, cit., in particolare l’ultimo capitolo (significativamente intitolato “Un liberalismo progressista senza finzioni?”).

Come si è visto, attraverso la disamina e la critica delle varie posizioni rinvenibili a favore di un incondizionato utilizzo della sfera emozionale in sede incriminatrice (Lord Devlin, Leon Kass, William Miller e Dan M. Kahan), l'autrice, attingendo peraltro ad Aristotele, Freud, alla poesia di Whitman³³⁵ e alle ricerche di Winnicot³³⁶, arriva a sostenere una personalissima tesi, che costituisce un tassello di estrema importanza nell'ambito di un mosaico particolarmente complesso, qual è quello concernente i rapporti tra il diritto e le emozioni.

Per garantire la prevalenza degli ideali fondamentali di una società liberale, l'autrice auspica il ritorno alla visione aristoteliana dell'essere umano come creatura insieme bisognosa e capace, le cui capacità e dignità sono strettamente legate alla sua natura animale e richiedono, dunque, un sostegno ingente da parte del contesto materiale che lo circonda.

Proprio questo è il suo messaggio principale (fondamentale nella questione relativa al ruolo della sfera emozionale nell'ambito del diritto penale): ogni società deve cercare di riconoscere l'umanità, piuttosto che rifuggirla e nasconderla chiamando in soccorso il disgusto e la vergogna.

Importante anche il riferimento della Nussbaum al filosofo utilitarista John Stuart Mill che, nel "*Saggio sulla libertà*", stigmatizza la tirannia del normale sull'inconsueto, le conseguenze assolutamente negative che le norme sociali dominanti comportano, tramite la legge, sulla vita di coloro che non si conformano alla maggioranza.

335WHITMAN W., *Leaves of Grass*, (trad. it. *Foglie d'erba e prose*), cit.

336WINNICOT D. W., *The Maturation Processes and the Facilitating Environment: Studies in the Theory of Emotional Development* (trad. it. *Sviluppo affettivo e ambiente: studi sulla teoria dello sviluppo affettivo*), cit.

Proprio questo è il giusto modo di procedere in una società liberale e progressista, in una società dunque basata sul riconoscimento della pari dignità di ogni individuo e della vulnerabilità intrinseca alla nostra umanità.

Una visione che richiama alla mente gli *ἀγραπτα νόμιμα* dell'Antigone di Sofocle, una tragedia di grande suggestione per filosofi³³⁷ e giuristi, perché – narrando la ribellione di Antigone, che viola l'editto di Creonte, tiranno della città di Tebe - propone l'eterno conflitto tra autorità e potere, il problema della legittimità del diritto positivo.

Secondo Georg Hegel, che la considera “una delle opere d'arte più eccelse e per ogni riguardo più perfette di tutti i tempi”, l'*Antigone* è una tragedia esemplare dove “la legge pubblica dello Stato è in aperto conflitto con l'intimo amore familiare e il dovere verso il fratello”. E osserva: “Polinice, combattendo contro la propria città natale, era caduto di fronte alle porte di Tebe; Creonte, il sovrano, minaccia di morte, con una legge pubblicamente bandita, chiunque dia l'onore della sepoltura a quel nemico della città. Ma di quest'ordine che riguarda solo il bene pubblico dello Stato, Antigone non si cura, e come sorella adempie al sacro dovere della sepoltura, per la pietà del suo amore per il fratello. Ella invoca in tal caso la legge degli dèi; ma gli dèi che onora sono gli dèi inferi dell'Ade, quelli interni del sentimento, dell'amore del sangue, non gli dèi della luce, della libera e autocoscienza vita statale e popolare”³³⁸.

³³⁷La lettura di Antigone fu un momento decisivo del legame istituitosi tra Hölderlin, Hegel e Schelling a partire dalla loro esperienza comune a Tubinga.

³³⁸ HEGEL G.W.F., *Estetica*, tomo II, a cura di N. Merker, trad. it. di N. Merker e N. Vaccaro, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 1589.

Antigone ispira il suo agire alle leggi divine, i cosiddetti *ἀγραπτα νόμιμα*³³⁹, mentre Creonte si affida al *νόμος*³⁴⁰. Antigone sostiene che un decreto umano (appunto, il *νόμος*) non può non rispettare una legge divina (gli *ἀγραπτα νόμιμα*). Al contrario, il divieto di Creonte è l'espressione di una volontà tirannica, basata sul principio del *νόμος δεσπότης*, ovvero della legge sovrana; egli infatti osa porre tali leggi al di sopra dell'umano e del divino.

Colpisce, per la sua suggestione, il dialogo tra Creonte e Antigone:

CREONTE

*Tu, che pieghi a terra la testa, dimmi:
sei stata tu, o neghi di aver fatto queste cose?*

ANTIGONE

L'ho fatto io, non nego nulla.

CREONTE (al guardiano)

Tu puoi andartene dove vuoi; l'accusa era grave, ma sei libero. (Ad Antigone) E tu dimmi, senza tante parole, sapevi che ho proclamato di non farlo?

ANTIGONE

Lo sapevo – come no? Era tutto chiaro.

CREONTE

E hai osato violare questa legge?

ANTIGONE

Sì – per me non è stato Zeus a proclamare questo divieto né Dike, la giustizia che sta con gli dèi d'oltretomba.

³³⁹ *Corpus* di leggi consuetudinario, ritenuto di origine divina, prerogativa del *genos*.

³⁴⁰ *Corpus* delle leggi della *polis*.

*Queste leggi non le hanno istituite loro fra gli uomini;
e non ammettevo che i tuoi proclami, mortali come te,
avessero tanto potere da vincere i decreti
non scritti e inviolabili degli dèi.
La loro forza non vive da ieri né da oggi,
ma esiste sempre – e non si sa quando sia apparsa.
Non ho voluto che davanti agli dèi mi fosse imputata
la colpa di violarli per timore di un uomo tracotante.
Sapevo di essere mortale – chi non lo è? –
anche senza il tuo proclama. E se morirò
prima del tempo, io lo considero un guadagno.
Per uno che vive in mezzo a molti mali, come me,
non credi che sia un guadagno la morte?
Se questo è il destino che mi tocca,
non è un dolore per me – ma avrei sofferto
a lasciare senza sepoltura il figlio di mia madre:
quel cadavere sarebbe stato il mio tormento, non questa sorte.*

Nell'*Estetica*, Hegel definisce l'opera di Sofocle come paradigmatica della collisione tragica tra due unilateralità: "Antigone vive sotto il potere statale di Creonte; ella stessa è figlia di re e promessa di Emone, così dovrebbe ubbidienza al comando del principe. Ma anche Creonte che è dal canto suo padre e sposo, dovrebbe rispettare la santità del sangue, e non comandare ciò che è contrario a questa pietà. Così in entrambi è immanente ciò contro cui si ergono rispettivamente, ed essi vengono presi e infranti da ciò che appartiene alla cerchia stessa della loro esistenza. Antigone subisce la morte prima di avere gioito della danza nuziale, ma anche Creonte viene

punito nel figlio e nella moglie, che si danno la morte, il primo per quella di Antigone, l'altra per quella di Emone»³⁴¹.

Hegel, nel porre in evidenza il dissidio sussistente tra legge della famiglia e legge dello Stato, ritiene entrambe legittimate a sussistere in quanto espressione di aggregazioni sociali consolidate. Hegel dà però un valore maggiore alla legge dello Stato, in quanto più evoluta rispetto alla più antica e quindi meno sviluppata istituzione familiare. L'opzione è chiara, laddove il filosofo sottolinea che gli dei onorati da Antigone “sono gli dèi inferi dell'Ade, quelli interni del sentimento, dell'amore del sangue, non gli dèi della luce, della libera e autocosciente vita statale e popolare”³⁴².

Il testo di Sofocle suggerisce però anche un'interpretazione diversa.

Gli dei invocati da Antigone sono *Zeus* e *Dike*, nella cui guida la protagonista trova forza e motivo di non soggiacere al tiranno. E' vero che *Dike* è nominata come una delle divinità che dimorano nel regno dei morti. Ma – come scrive Viktor Ehrenberg³⁴³ – “in tal modo Antigone abbraccia il cosmo in tutta la sua estensione: il cosmo cui essa appartiene, alle cui leggi obbedisce, e che spazia dall'Olimpo all'Ade. In tutto l'universo, dunque, non esiste alcun luogo in cui le leggi non scritte non abbiano vigore”.

Nella disputa tra Antigone e Creonte - comunque si voglia interpretare il dramma - è ravvisabile dunque un senso profondo: quello della necessità di una “legge universale” in cui possano conciliarsi le norme divine e umane; oggi diremmo i diritti insopprimibili legati alla dignità, ai sentimenti e alle radici culturali dell'individuo e le esigenze dello Stato.

³⁴¹ HEGEL, *Estetica*, cit., tomo II, p. 1613.

³⁴² HEGEL G.W.F., *Estetica*, cit. p. 1589.

³⁴³ EHRENBERG V., *Sofocle e Pericle*, Brescia 1959, p. 51.

Non può non tornare in mente la perdurante attualità del pensiero di Immanuel Kant e della sua definizione criticistica del diritto: un diritto in cui ciascuno possa coesistere con gli altri, secondo una legge “universale”. Una concezione in cui lo Stato (qualsiasi Stato o organismo sovranazionale) sappia astenersi dalle risalenti (e ricorrenti) tentazioni di ergersi a tutore della salvezza dell’anima, o della realizzazione delle virtù, o del “bene” dei cittadini imposto *ex cathedra*; e sappia invece garantire ai propri cittadini la condizione giuridica di perseguire, come meglio credono, i loro progetti di vita secondo le proprie fedi, culture e tradizioni.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale, Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008.
- AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law*, Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo, Milano, 2010.
- ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006.
- AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgueterschutz*, in Hefendel/Von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003.
- AMELUNG, *Rechtsgueterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/M, 1972.
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte gen., Milano, 1999.
- AQUINO e TALLARITA, *L'eutanasia in Europa: i casi della Svizzera e del Regno Unito*, in *Dir. famiglia* 2002, 2-3.
- ARDIA, *La nuova legge sul maltrattamento degli animali: sanzioni e ammende per i combattimenti clandestini e per chi abbandona*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 1466.
- BARAK A., *Democrazia, terrorismo e corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, 5, 3385.
- BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Franco Angeli, 2001.

- BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966.
- BARNI M., *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992.
- BASILE, *sub artt. 403-405*, in *Comm. Dolcini, Marinucci*, Milano, 2006.
- BELLINA, *Sostantivazione dell'aggettivo che riflette la provenienza etnica della persona e delitto di ingiuria: il caso del "marocchino"*, nota a Cass., Sez. V, 5 aprile-20 maggio 2005, n. 19378, in *Cass. pen.*, 2006, 1, 60.
- BELLINI, *Nuova problematica della libertà religiosa individuale nella società pluralistica*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973.
- BELVISI F., *Diritti e giustizia in una società multiculturale. Le sfide al diritto nell'Italia di oggi*, in *Dir. eccl.* 2002, 2.
- BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Clueb, Bologna 2000, cap. V: *Società multiculturale, pluralismo giuridico e diritti: verso un nuovo paradigma giudiziale*.
- BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006.
- BOBBIO N., *Diritto*, in *NN.D.I.*, V, Torino, 1960.
- BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990 e 1992.
- BOGNETTI, *La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito*, in *Corr. giur.*, 2001.
- BOHMAN J., *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, Cambridge, Mass., 1996.
- BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005.
- BORSELLINO, *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*, in AA.VV., *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D'ORAZIO, Milano, 2009.

- BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teoretico*, Roma-Bari, 2002.
- BOZEMAN A.B., *The Future of Law in a Multicultural World*, Princeton U. P., Princeton, N. J., 1971.
- CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999.
- CADOPPI, *Presentazione. Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, in “*Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law*”, Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo, Milano, 2010.
- CANESTRARI, *Commento alla legge 19 febbraio 2004 n. 40*, in *Diritto penale e processo*, 2004.
- CARACCIOLI, *Diritto penale e coscienza cristiana: compatibilità e conflitti*, in *Scritti in memoria di R. Dell’Andro*, vol. I, 1994.
- CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale e sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 1203.
- CASSANO, *È lecito il diritto all’eutanasia?*, in *Famiglia* 2002, 1.
- CASSANO, *Un concetto giuridicamente complesso*, in *Il diritto di morire bene* (a cura di SEMPLICI S.), Il Mulino, 2002.
- CASUSCELLI, “*L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale*” in *materia di religione*, in www.olir.it.
- CATULLO, *Tutela penale dei diritti della personalità*, in *Nuovi diritti della persona e risarcimento del danno* (a cura di Cassano), Utet, 2002.
- CENDON, *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*, in *Le nuove voci del diritto*, a cura di CASSANO, all’indirizzo Internet www.lenuovevocideldiritto.com.
- COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, 2000.
- CONTENTO, *Corso di diritto penale*, II, Bari, 1996.

- COPPI, *Maltrattamento e malgoverno di animali*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975.
- D'AGOSTINO, *Eutanasia, diritto e teologia*, in *Iustitia*, 1977.
- DAHLM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1938.
- DE FRANCESCO, *Commento al D.L. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Legislazione penale*, 1994, II.
- DE SOUSA SANTOS B., *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, 3/1987.
- DE SOUSA SANTOS B., *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in *Sociol. dir.*, 3/1990.
- DERIDDA, *Force de loi*, in *Deconstruction and the Possibility of Justice*, trad. ted., 1992.
- DEVLIN P., *The Enforcement of Morals*, 1957.
- DICIOTTI, *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1986.
- DIROTTA, *I mostri, gli incurabili e il diritto alla vita*, in *Arch. pen.*, 1963.
- DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008.
- DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale. La chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 03.
- DONINI M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 02.
- DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg*; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 04.

- DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 04.
- DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris e R. Orlandi, Giappichelli, 2006.
- DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2, 2007.
- DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006.
- DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.* 2002, 03.
- DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.* 2008, 10.
- DOUCET, *Religion et Bioéthique. Réflexions sur l’histoire de leur relation*, *Religiologique*, 13 (Printemps 1996) *Questions d’éthique en sciences des religions*.
- DROBISCH-WIELAND, *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Akademie Verlag, Berlin, 1993.
- DWORKIN, *Il dominio della vita, aborto, eutanasia e libertà individuale*, a cura di S. Maffettone, trad. di C. Bagnoli, Milano, 1994.
- DWORKIN, *Paternalism in Morality and the Law*, in *Philosophy of Law*, Belmont, 1971-1975.
- EDER K., *Europäische Saekularisierung - ein Sonderweg in die postsaekulare Gesellschaft*, in *Berliner Journal fuer Soziologie*, 3, 2002.
- EHRENBERG V., *Sofocle e Pericle*, Brescia 1959.

- ENGELHARDT H.T. Jr., *Vecchiaia, eutanasia e diversità morale: la creazione di opzioni morali nell'assistenza sanitaria*, in *Bioetica*, 1/1995.
- ENGELHARDT jr., *Manuale di bioetica*, trad. it. a cura di RINI, Milano 1999.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Laterza, 2007.
- FERRARI, *Laicità dello Stato e pluralismo delle religioni*, in *Società e diritto*, 2006.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010.
- FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, in *Foro it.*, 1998, I.
- FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'Post-Secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 2-3.
- FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva* (Relazione svolta al Convegno su "Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali"; Ascoli Piceno, 5-6-7 marzo 2010).
- FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, I, Milano, 1991.
- FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991.
- FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Cedam, Padova, 1984.
- 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*”, Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo, Milano, 2010.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2010.
- FIANDACA-MUSCO, *Persona (Delitti contro)*, in *Dig. dis. pen.*, 1993, Utet, vol. IX.
- IORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972.
- IORE, *Il principio di offensività*, in *Indice pen.*, 1994.
- FLAMIGNI, *Introduzione. Il biologo parla al giurista*, in Dolcini, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008.
- FORNARI, *Commento a D.L. 26.4.1993, n. 122. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, conv. in l. 25.6.1993, n. 205, con modificazioni*, in *Comm. Palazzo, Paliero*, Padova, 2003.
- FORNERO, *Due significati irrinunciabili della laicità*, in AA.VV., *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D’ORAZIO, Milano, 2009.
- FOX, SWAZEY, *Medical Morality is not Bioethics - Medical Ethics in China and the United States, Perspectives in Biology and Medicine*, 27, Spring 1984.
- FRANCOLINI G., *Il dibattito anglo-americano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice* in FIANDACA-FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale, Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008.
- FRIEDMAN L.M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1978 (edizione originale *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975).
- FURFARO, *Emergenza ed efficienza in tema di prevenzione et similia nel recente “pacchetto sicurezza”*, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, 4-6.

- GABRIELI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961.
- GALLO M., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, 03.
- GARAVELLI, *Eutanasia e attenuante del motivo di particolare valore morale e sociale*, in *Cass. pen.*, 1991.
- GAVAGHAN, *When the threads finally breaks*, sul sito della VES.
- GIANNI M., *Cittadinanza differenziata e integrazione multiculturale*, in *Rivista italiana di Scienza politica*, 27/1997.
- GIANNI M., *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *Diritto e politica ecclesiastica*, 1/2000.
- GIUSTINIANI, *Attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa*, in *Riv. dir. matrimoniale e dei rapporti di famiglia*, 1964.
- GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Milano, 1924.
- GUGLIELMI M., *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. merito* 1999, 4-5.
- GUGLIELMI, *Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato*, in *Giur. merito* 1999, 4-5.
- GÜNTHER K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt 1988.
- GUZZARDI, *Per una sociologia politica della religione*, in *L'organizzazione dell'eterno. Struttura e dinamica del campo religioso*, a cura dello stesso, Milano, 1979.
- HABERMAS J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt 1981.
- HART H., *Diritto, morale e libertà*, traduz. italiana Acireale, 1968.
- HART H., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964.
- HASSEMER W., *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006.

- HEGEL G.W.F., *Estetica*, tomo II, a cura di N. Merker, trad. it. di N. Merker e N. Vaccaro, Feltrinelli, Milano, 1978.
- HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht ? Ein philosophischer Versuch*, trad. it., Torino, 2001.
- HUSTER S.- RUDOLPH K., *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2008.
- IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate. Le disposizioni in previsione dell'incapacità*, Milano 2000.
- INTRONA, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 3.
- ISENSEE J., *Das Grundrecht auf Sicherheit*, de Gruyter, Berlin-New York, 1983.
- JACCARD-THÉVOZ, *Manifesto per una morte dolce*, Torino, 1993.
- JAEGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgueterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.
- JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, 2004.
- JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS-CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, *Terroristen al Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005.
- JELLINECK, *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908.
- KAHAN, NUSSBAUM, *Two conceptions of emotion in criminal law*, in *Columbia Law Review*, March 1996, no. 2.
- KAHL, *Religionsvergehen*, in *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil*, III Bd., Berlin, 1906.

- KANT I., *Per la pace perpetua* (apparso nel 1795 per l'editore Nicolovius di Königsberg); ed. it. Editori Riuniti, Roma, 1992, pagg. xviii-xx.
- KANT I., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1956.
- KATZ, *Informed consent in the therapeutic relationship: legal and ethical aspects*, in Reich, editor, *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1978, II.
- KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, in Maurach FS, 1972.
- KYMLICKA W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford U. P., Oxford 1989.
- LAGAZZI M., *Il dialogo ambiguo. Riflessioni sull'eutanasia del paziente terminale*, in *Rass. criminol.*, 1986.
- LARICCIA, *Tutela penale dell'ex Religione dello Stato e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1988, I.
- LE BON, *Psicologia delle folle*, Milano, 1982.
- LICCI G., Voce "Procreazione assistita", in "Leggi penali complementari commentate", a cura di A. Gaito e M. Ronco, Utet, 2009.
- LINCOLN A., *Second Inaugural Address* (Mar. 4, 1865), in *Documents of American History* 442, 442-43 (Henry S. Commoger ed., 9th ed. 1973).
- LOCKE J., *Two Treaties of Government*, 1689, ed. Hollis, London, 1764, II.
- LOSAPPIO, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, in *Ind. pen.*, 1999.
- LOSAPPIO, *Procreazione assistita*, in *Comm. Palazzo, Paliero*, II, Padova, 2007.

- LUHMANN N., DE GIORGI R., *Teoria della società*, Angeli, Milano 1992.
- MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio della laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.
- MANNA, *La tutela penale della vita in fieri, tra funzione promozionale e protezione di beni giuridici*, in *Legislazione penale*, 2005.
- MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007.
- MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, vol. IV, Milano, 1977.
- MANTOVANI, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, vol. I, 1994.
- MANTOVANI, voce *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, 1990.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1985.
- MARINUCCI, DOLCINI, *Presentazione a Mormando, I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in Marinucci, Dolcini, *Trattato di diritto penale. Parte spec.*, Padova, 2005, V.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 1995.
- MAZZA, *I reati contro il sentimento per gli animali*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e ambientale*, 2004.
- MAZZOLA, *Diritto penale e libertà religiosa dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2005.
- MOCCIA, *Bioetica o biodiritto? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990.
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, 1992.
- MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in Marinucci, Dolcini, *Trattato di diritto penale*, parte spec., V, Padova, 2005.

- MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 02.
- MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976.
- NUSSBAUM M.C., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it., Roma, 2005.
- NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971.
- PADOVANI T., *La travagliata rinascita dei delitti in materia di religione*, in *St. jur.*, 1998.
- PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto*, 2009, 33.
- PADOVANI, *Nuove norme contro il maltrattamento degli animali*, in *Legisl. pen.*, 1994.
- PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto*, 2006, 14.
- PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. Pen.*, 1996.
- PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Atti del Convegno di Saint Vincent, 6-8 maggio 1994, Milano, 1996.
- PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, 1991.
- PASCUAL F., *Platone, maestro di bioetica?*, in *Medicina e Morale*, 2000.
- PASQUARIELLO, *I confini penalistici della bioetica*, 1999.
- PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, 1996.
- PECES, MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto pubbl.*, V, Torino, 1990.

- PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2006.
- PIEMONTESE, *Offese alla religione e pluralismo religioso*, in De Francesco, Piemontese, Venafro (a cura di), *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino, 2007.
- PORZIO, voce *Eutanasia*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967.
- POTTER V.R., *Bioethics: Bridge to the future*, 1971 (ed. it. *Bioetica. Ponte verso il futuro*, Messina, 2000).
- PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANO', *Laicità e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006.
- RAWLS, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in ID., *Il diritto dei popoli*, trad. it., a cura di S. Maffettone, Torino, 2001.
- RÉAUME D., *Moral and Legal Responses to the Multi-Cultural, Multi-Ethnic State*, in *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, hrsg. v. M.M. Karlsson, et al., Duncker & Humblot, Berlin 1993.
- REICH, *The Word "Bioethics": the Struggle over its Earliest Meanings*, in *Kennedy Institute of Ethics journal*, 1995, 5.
- RESCIGNO P., *La fine della vita umana*, in *Rass. dir. civ.*, 1982.
- RESCIGNO P., *Pluralità di culture e unicità di ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, a cura di B. Perrone, Giuffrè, Milano 1992.
- RODOTÀ, *Il paradosso dell'eguaglianza davanti alla morte*, in *Il diritto di morire bene* (a cura di SEMPLICI S.), Il Mulino, 2002.
- ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 03.

- ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007.
- ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981.
- ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II, Milano, 1990.
- RONCO, *Il principio di legalità*, in *Comm. Ronco*, I, *La legge penale*, Bologna, 2006.
- ROOT WOLPE, *The Triumph of Autonomy in American Bioethics: A Sociological View*, Center for Bioethics and Department of Sociology; to appear in: *Bioethics and Society: Sociological Investigation of the Enterprise of Bioethics*.
- ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000.
- ROXIN, *Sul rapporto tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982.
- SABATINI, *Maltrattamento di animali*, in *Novissimo dig. it.*, X, Torino, 1964.
- SCHAFFSTEIN, *Der Streit um das Rechtsgutverletzungsdogma*, in *DStR*, 1937.
- SCISO E., *La condizione dei detenuti di Guantanamo fra diritto umanitario e garanzie dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. dir. internaz.* 2003, 1.
- SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983.
- STUART MILL J., *On liberty* (trad. it. *Saggio sulla libertà*), Il Saggiatore, Milano, 1997.
- TAYLOR Ch., *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano 1993.

- TULLY J., *The Agonic Freedom of Citizen*, in *Economy and Society*, 2/1999.
- V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlin, 1905 (trad. it., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962).
- V. LISZT, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im bindingschen Handbuche*, in *ZStW*, Bd. 6, 1886.
- V. LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, in *ZStW*, Bd. 8, 1888.
- VANDER MASS, *Eutanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands, 1990-1995*, in *N. Engl. J. Med.*, 335, 1996.
- VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982.
- VÁZQUEZ R., *Diritti delle minoranze e tolleranza*, in *Ragion Pratica*, 10/1998.
- VENTRELLA MANCINI, *L'eutanasia tra diritto alla vita e diritto di libertà di autodeterminazione in Italia e Spagna*, in *Dir. famiglia*, 1996, 1592.
- VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 1.
- VISCONTI C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005.
- VISENTIN, *Una scelta difficile: diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Dir. famiglia*, 1998.
- VITALE E. (a cura di), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Rosenberg & Sellier, Torino 2000.
- VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, 9° ed., Milano, 1998.
- VORMBAUM, *Elementi autoritari nella storia penale, particolarmente nella storia penale tedesca*, in *ius 17.unibo.it*, n.1/2010.

- WHITMAN W., *Leaves of Grass*, Norton Critical Edition, ed. Scolley Bradley and Harold W. Blodgett, W.W. Norton, New York (trad. it. *Foglie d'erba e prose*, trad. it. Di E. Gioachino, Einaudi, Torino, 1950).
- WINNICOT D. W., *The Maturation Processes and the Facilitating Environment: Studies in the Theory of Emotional Development*, International Universities Press, Inc, Madison (trad. it. *Sviluppo affettivo e ambiente: studi sulla teoria dello sviluppo affettivo*, Armando, Roma, 1997).
- WOHLERS, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2008.
- ZAGREBELSKY, *Stato e Chiesa. Cittadini e cattolici*, in *Rivista di diritto pubblico*, 2007.
- ZAMBRANO, *La fecondazione assistita: profili giuridici di un fenomeno (in)naturale*, in Casonato, Frosini (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006.
- ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in Mazzoni, (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, 1998.
- ZIPF, *Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiös-weltanschaulichen Bereich*, in NJW, 1969, 1944.