

Spena Alessandro

**ESISTE IL PATERNALISMO
PENALE? UN CONTRIBUTO AL
DIBATTITO SUI PRINCIPI DI
CRIMINALIZZAZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ESISTE IL PATERNALISMO PENALE?
UN CONTRIBUTO AL DIBATTITO SUI PRINCIPI
DI CRIMINALIZZAZIONE (*)

Abstract

Da tempo si discute se il paternalismo penale costituisca un principio di criminalizzazione compatibile con gli assunti di fondo del pensiero liberale. Nell'articolo si sostiene che, in realtà, esso non costituisce un autonomo principio di criminalizzazione. Dopo aver distinto tra p. tutorio e p. dispotico, vi si mostra, innanzitutto, come il primo sia manifestazione del principio del danno. Anche il secondo, si sostiene, costituisce un finto avversario per il liberalismo: le incriminazioni che ne costituirebbero espressione o hanno un fondamento moralistico (e andrebbero perciò 'combattute' come forme di moralismo giuridico) oppure sviluppano, anche esse, la stessa logica del principio del danno. In realtà, è proprio quest'ultimo a costituire, ai fini di una giusta criminalizzazione, un fondamento assai più incerto di quanto non credano gli antipaternalisti. Vi si propone poi una critica del concetto di 'p. indiretto', e della visione — inadeguata — che esso presuppone dell'istituto del consenso dell'offeso. Se ne trae la conclusione che la gran parte dei problemi ricondotti al 'p. penale' andrebbero più propriamente affrontati come parte della più generale discussione sul cosiddetto 'diritto a sbagliare'.

*Does Criminal Paternalism Really Exist?
A Contribution to the Debate on the Principles of Criminalization*

Abstract

A discussion on whether the so-called criminal paternalism is compatible with the fundamental assumptions of liberalism has been going on for a long time. The aim of this article is to show that criminal paternalism is actually not an autonomous principle of criminalization. Upon making a distinction between tutelary and despotic paternalism, this paper shows that the former is a manifestation of the principle of harm, while the latter is only apparently opposed to liberalism. Indeed,

(*) Testo della relazione presentata all'incontro di studi "Un dibattito sul paternalismo giuridico", Università di Palermo, 16 aprile 2014. Ringrazio tutti i partecipanti all'incontro (e in particolare Bruno Celano, Giorgio Maniaci e Vittorio Villa) per le loro proficue osservazioni.

the criminal norms that usually seen as tokens of it are instead expressions of either legal moralism (and should be dealt with as such) or (as is the case with tutelary paternalism) of the principle of harm. In the latter cases, the problem is that the principle of harm itself offers a far less stable ground for criminalization than anti-paternalists seem to believe. The article also provides a critical account of the anti-paternalists' view on consent. The conclusion is that what the debate on criminal paternalism actually calls for is a thorough discussion on whether individuals have a "right to make mistakes" (even when such "mistakes" consist in self-harm).

SOMMARIO: 1. Il paternalismo come autonomo principio di criminalizzazione. — 2. (*Segue*) 'Paternalismo' contro 'moralismo'. — 3. 'Paternalismo dispotico' contro 'paternalismo tutorio'. — 4. Paternalismo tutorio e liberalismo dell'autonomia. — 5. Tracce di paternalismo tutorio nel(la Costituzione e nel) codice penale italiano. Paternalismo tutorio e principio del danno. — 6. I rischi del paternalismo tutorio. — 7. L'antipaternalismo alle prese col principio del danno. — 8. Ancora su paternalismo e antipaternalismo nel diritto penale italiano. Paternalismo e condotta di terzi. — 9. (*Segue*) Paternalismo diretto e giustificazione della pena. — 10. Il *cosiddetto* paternalismo indiretto e i limiti al consenso: A) consenso invalido. — 11. (*Segue*) B) Diritti indisponibili. — 12. Paternalismo indiretto e valore trasformativo del consenso. — 13. Paternalismo esimente? — 14. Conclusione: cos'è *veramente* (l'anti)paternalismo?

1. *Il paternalismo come autonomo principio di criminalizzazione.* — Quattro sono, nella visione corrente tra i filosofi del diritto penale (1), i possibili principi di criminalizzazione, vale a dire i criteri, i tipi di argomento, dai quali, in astratto, potrebbe farsi discendere la giustificazione fondamentale di una scelta incriminatrice: principio del danno (inteso come danno ad altri: *harm to others*) (2), principio della molestia o del

(1) Particolarmente, per vero, tra quelli di area anglo-americana, e soprattutto a partire dalla pubblicazione, tra il 1984 e il 1988, dell'opera capitale in quattro volumi su *The Moral Limits of the Criminal Law* da parte di Joel Feinberg. Per una recente ripresa, in seno alla dottrina italiana, di questa quadripartizione, sulla scia del pensiero di Feinberg, v. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (CUR.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2008, 92 s.; D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, 520.

(2) « It is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) ». J. FEINBERG, *Harm to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1984. Questa, di Feinberg, è una (probabilmente la più famosa) versione *positiva* del principio del danno, la quale cioè assume il danno come una (ma non necessariamente la sola) *buona ragione per criminalizzare* una condotta. La versione classica del principio, quella di John Stuart Mill, oltre a non riguardare il solo diritto penale, ha invece valenza meramente *negativa*, di *limite alla coercizione pubblica*: « the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. [...] the only purpose for which power can be rightfully exercised over any

turbamento (*offense to others*) (3), moralismo (*harmless wrongdoing*) (4), e paternalismo (*harm to self*) (5). Tolto il primo, che costituisce uno dei baluardi classici del pensiero liberale, degli altri tre si discute in maniera assai vivace se, e a quali condizioni, siano compatibili con gli assunti portanti del liberalismo, e in particolare col rispetto che, in quest'ottica, è da tributarsi alle libertà e all'autonomia delle persone.

Molto discussa è, in particolare, la compatibilità del paternalismo con lo spirito e i postulati del pensiero liberale (6). Generalizzando si può dire che tutti coloro che si proclamano antipaternalisti si appellano tendenzialmente al valore — liberale — dell'autonomia, ed assumono che invece il paternalismo vi si opponga irrimediabilmente (7). D'altra parte, però, non mancano autori che, senza ritenere di cadere per ciò solo in contraddizione, pur proclamandosi liberali, ammettono la legittimità di certe forme di paternalismo (8).

Ma cos'è il paternalismo? Se apriamo un qualsiasi contributo sul tema, di norma troveremo definizioni di questo genere: « il paternalismo giuridico sostiene che lo Stato abbia il potere di limitare la libertà dell'individuo, tramite la coazione, ad esempio la sanzione penale, per tutelare (ciò che si pretende sia) il bene dell'individuo medesimo, per impedire che egli cagioni

members of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others ». J.S. Mill, *On Liberty*, London: Longman, 4th ed., 1869, 223.

(3) « It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it is probably necessary to prevent serious offense to persons other than the actor ». J. Feinberg, *Offense to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

(4) « It can be morally legitimate to prohibit conduct on the ground that it is inherently immoral, even though it causes neither harm nor offense to the actor or to others ». J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

(5) *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

(6) Tra i tanti: J.S. MILL, *On Liberty*, London, Longman, 4th ed., 1869; J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1(1971), 106-124 (anche in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1983, 3-18); ID., *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986; G. DWORKIN, *Paternalism*, in *The Monist*, 56 (1972), 64-84 (anche in R. SARTORIUS (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1983, 19-34); J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, Manchester University Press, 1983; G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012.

(7) La più forte espressione di questo punto di vista probabilmente si ritrova ancora oggi in I. KANT, *Sopra il detto comune: "Questo può essere vero in teoria, ma non vale per la pratica"* (1793), in ID., *Scritti di filosofia politica*, a cura di D. Faucci, Firenze, La Nuova Italia, 1967, 47: « un governo paternalistico (*imperium paternale*) in cui i sudditi, come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente, per aspettare che il capo dello Stato giudichi in qual modo essi devono essere felici, e ad attendere solo dalla sua bontà che egli lo voglia, è il peggior dispotismo che si possa immaginare (reggimento che toglie ogni libertà ai sudditi, i quali non hanno quindi alcun diritto) ».

(8) V. *infra*, § 4.

un danno a sé stesso, anche se non cagiona danni a terzi » (9). Oppure, con più specifico riguardo al ‘paternalismo penale’: « È paternalista, nella definizione corrente, la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso » (10).

Il paternalismo penale sarebbe allora un approccio politico, e politico-criminale in particolare, col quale (dietro minaccia di pena) si impone all’individuo di (non) agire in un certo modo per proteggerlo da se stesso, da atti di autolesionismo, dalla produzione di (certi tipi di) danno che egli possa provocare alla sua stessa persona. Due ne sono, pertanto, le caratteristiche distintive, che lo rendono irriducibile a ogni altro principio di criminalizzazione:

a) in positivo, il paternalismo è caratterizzato dall’essere intenzionalmente preordinato a fare il *bene* dello stesso individuo al quale il divieto si rivolge, impedendo che questi si cagioni, o rischi di cagionarsi, un danno (*‘lo faccio per il tuo bene!’*);

b) in negativo, esso prescinde del tutto da considerazioni di ulteriore dannosità, o molestia (*offense*), o immoralità, del fatto, e in generale dalla applicabilità, nel caso concreto, di un qualche ulteriore criterio di criminalizzazione: una pratica è paternalistica solo se proibisce e punisce a prescindere dal danno, o dalla molestia, che la condotta proibita, e per la quale si punisce, può arrecare ad altri, o dal mero fatto della sua immoralità (*‘lo faccio solo per il tuo bene’*).

Il che non significa che la condotta, che si vuole paternalisticamente proibire e punire non possa essere dannosa o molesta anche per altri, oltre che per il suo autore, o che non possa essere immorale. Questi ulteriori profili sono però del tutto irrilevanti da un punto di vista strettamente paternalistico: una pratica che venisse giustificata (anche) con riferimento ad essi non potrebbe (più) dirsi (solo) paternalistica (11). Per non fare che alcuni casi facili tratti dal codice penale italiano, non si potrebbero (e nessuno, in effetti, ha mai proposto di) qualificare come forme di paternalismo norme come quelle che incriminano l’autocalunnia (art. 369 CP), o l’incendio di cosa propria (art. 423, secondo comma, CP), o il fraudolento danneggiamento di beni propri o della propria persona (art. 642 CP): è pacifico infatti che norme di questo genere, pur incriminando condotte di autolesionismo, sono finalizzate a prevenire, non tanto il danno a se stessi

(9) G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, XI e *passim*.

(10) D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, 490.

(11) Sul punto, J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 16, 21 ss.

su cui direttamente ruota la condotta incriminata, quanto piuttosto delle offese — a terzi soggetti (individuali, istituzionali, o collettivi) — che da questa derivano o possono derivare.

Una pratica è dunque paternalistica solo nella misura in cui *non protegge altri* che (e non mira ad altro che a proteggere) l'autore della condotta (anche solo potenzialmente) auto-lesionistica, e dunque ha per *scopo specifico* quello di frenare l'individuo dal cagionare danno a se stesso (12). Questi due aspetti — positivo e negativo — sono necessariamente connessi nell'idea corrente di 'paternalismo': mancandone uno, il concetto perde di consistenza, di autonoma rilevanza, per trasformarsi in altre categorie o principi politico-criminali. Il paternalismo (anche penale) è in definitiva concepito come una pratica essenzialmente altruistica, solidaristica, necessariamente mossa da benevolenza (13): il suo unico obiettivo è quello di proteggere gli interessi del consociato, di fare il suo bene, pur limitandone la libertà, e senza preoccuparsi delle ulteriori ricadute benefiche che ci si possa attendere dal divieto.

2. (Segue) '*Paternalismo*' contro '*moralismo*'. — Particolarmente delicata è la distinzione del paternalismo rispetto al moralismo giuridico, principio col quale talora si tende invece a confonderlo, come se il paternalismo non fosse che una forma specifica di moralismo giuridico (14).

Paternalismo e moralismo, in realtà, sviluppano logiche diverse (15): il primo, come si è visto, è funzione della (auto-)dannosità della condotta, il secondo della sua immoralità — e non c'è dubbio che una condotta possa

(12) Molto chiaramente, ad es., M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in A. CADOPPI (cur.), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2010, 144-5: paternalismo significa predisporre sanzioni penali « al fine di ottenere dai soggetti un comportamento che assicuri loro un bene o scongiuri un male: male o bene che riguardi *esclusivamente e personalmente loro, e non altri*[...] interferire con la [...] autonomia [degli individui], piegandoli ad una condotta per un loro vantaggio che, essendo appunto *soltanto loro*, essi dovrebbero poter liberamente accettare o rifiutare » (corsivi aggiunti).

(13) Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico?*, in *Doxa* 5(1988), 167.

(14) Una forma particolare di questa tesi è quella che Feinberg chiama '*Moralistic legal paternalism*' « (where paternalism and moralism overlap *via* the dubious notion of "moral harm") It is always a good reason in support of a proposed prohibition that it is necessary to prevent *moral harm* (as opposed to physical, psychological, or economic harm) to the actor himself. (Moral harm is "harm to one's character," "becoming a worse person," as opposed to harm to one's body, psyche, or purse.) » J. FEINBERG, ad es. in *Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1988. Per una discussione sul punto, v. G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, in *Law and Philosophy*, 24(2005), 305-19.

(15) Cfr. anche H.L.A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford (Cal.): Stanford University Press, 1963, 30-4. In senso critico, però, J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester: Manchester University Press, 1983, 14-6.

essere (auto-)dannosa senza essere immorale, o immorale senza essere (auto-)dannosa. Nella logica del paternalismo, la (auto-)dannosità di una condotta è sempre una buona ragione per vietarla, a prescindere dalla sua immoralità, mentre invece nella logica del moralismo giuridico è proprio la immoralità della condotta a costituire una buona ragione per criminalizzarla, anche quando questa non arrechi danno ad alcuno (incluso il suo stesso autore).

Mentre, insomma, la logica del paternalismo è — come ancora vedremo — interna al principio del danno, quella del moralismo le è invece estranea. Il paternalismo è mosso dall'idea che all'individuo possa essere coercitivamente impedito di procurarsi un danno, ma non richiede affatto che questo danno abbia anche una qualche particolare connotazione di immoralità: il paternalista non è vincolato a credere che l'individuo abbia un dovere morale di non causarsi danno; è perfettamente concepibile che egli si giustifichi col soggetto che intende 'paternalizzare' dicendogli: 'sebbene tu non abbia alcun dovere morale di non causarti questo danno che intendi causarti, io ho invece il dovere morale, o il compito politico, di impedirtelo (o, comunque, impedirtelo mi è moralmente o politicamente lecito); sebbene, dunque, non sarebbe immorale per te compiere la condotta autolesionistica che — paternalistamente — ti impedisco di compiere, sarebbe invece immorale per me non impedirti di compierla'. Ad es., un paternalista potrebbe senz'altro assumere che le persone non abbiano alcun dovere morale di non uccidersi, e credersi, nondimeno, moralmente legittimato od obbligato ad impedire loro di farlo.

Naturalmente, paternalismo e moralismo possono sovrapporsi in un caso di specie: quando si assuma che la condotta che si pretende di impedire sia, oltre che dannosa per il soggetto che vorrebbe tenerla, anche immorale. Ma in casi di questo genere ci troveremmo, semplicemente, di fronte al convergere di due atteggiamenti diversi — paternalismo e moralismo, appunto — non al loro confondersi (16).

(16) Ciò permette di vedere come, in realtà, non siano affatto paternalistici due tipi di approccio solitamente considerati tali, ed anzi considerati (almeno uno di essi) come istanze particolarmente significative di paternalismo. Mi riferisco al paternalismo perfezionista e a quello teologico. Il primo (su cui v., ad es., G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, 114 ss.) si identifica con quegli argomenti che fanno discendere il divieto di infliggersi un certo danno dall'idea che ciò contrasti con un qualche ideale di *human flourishing*, o perfezionamento morale. Il secondo (per indicazioni, v. ancora G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, 122 ss.) si identifica invece con quegli argomenti che ricavano il divieto di infliggersi un certo danno dall'assunto che questo sia in contrasto con un qualche precetto divino. L'uno e l'altro approccio possono praticamente convergere, laddove si assuma, ad es., che il perseguire una condizione di perfezionamento morale sia un precetto divino. Nessuno dei due, comunque, rappresenta una vera e propria istanza di paternalismo, secondo le definizioni dalle quali siamo partiti: il loro fuoco, infatti, non è tanto — *direttamente* — sul bene del soggetto che si procura danno,

3. ‘*Paternalismo dispotico*’ contro ‘*paternalismo tutorio*’. — Le definizioni, sintetiche, dalle quali siamo partiti (*supra*, § 1) trascurano (o quantomeno tengono per implicite) una variabile di importanza cruciale per una compiuta ricostruzione del fenomeno paternalistico: quella, cioè, della ‘volontarietà’ dell’azione autolesionistica, della capacità del soggetto ‘paternalizzato’ di compiere responsabilmente l’azione autolesionistica che — paternalisticamente — gli si vorrebbe impedire.

Dare il giusto risalto a questa variabile ci permette di distinguere due tipi fondamentali di paternalismo, che qui di seguito — volendo usare una terminologia evocativa — chiamerò, rispettivamente, ‘dispotico’ e ‘tutorio’ (17).

In sostanza, si tratta di questo. Il *paternalismo dispotico* mira esclusivamente ad evitare che una persona, per quanto adulta e competente, procuri danno a sé, e pretende dunque di imporle il (una certa concezione del) suo stesso bene, senza tenere in alcun conto il suo volere. Il *paternalismo tutorio* mira invece ad evitare che una persona si procuri un danno mentre versa in condizioni di *incompetenza basica* (18), che lo rendono incapace di compiere scelte pienamente libere consapevoli e responsabili.

Evidentemente, sono qui all’opera logiche e principi profondamente diversi. Il paternalismo dispotico è un atteggiamento imperniato sull’idea che lo stato, o la società, nell’esclusivo interesse di una persona, possano legittimamente vietarle di compiere atti di autolesionismo, anche quando si possa pacificamente convenire che la scelta di compierli sia volontaria. Lo chiamo ‘dispotico’ appunto per indicare che esso denota un atteggiamento che mira dispoticamente a fare il bene dell’individuo *anche contro il volere* — pieno, consapevole, responsabile — di questi. L’unico principio (etico-politico) a suo fondamento è il bene dell’individuo, così come interpretato

quanto sul fatto che il procurarselo lede necessariamente dei precetti morali (di fonte laica o religiosa): l’immoralità della condotta — non, direttamente, il suo essere auto-lesionistica — costituisce il fondamento di quegli argomenti; l’auto-lesionismo rileva, non di per sé, ma perché è (assunto come) immorale. La *ratio* di incriminazioni che si basassero su questo tipo di argomenti sarebbe dunque moralistica, non (o non esclusivamente) paternalistica, essendo costituita — non già (o non tanto) dal bene del soggetto, dalla premura verso di lui, dall’idea che occorra prendersene cura, ma — dall’imporsi ineluttabile dei precetti morali, e dal (preteso) bisogno di garantirne l’*enforcement* anche mediante norme giuridiche.

(17) Anche se in letteratura sono decisamente più diffuse le denominazioni, rispettive, di ‘*hard paternalism*’ e ‘*soft paternalism*’. V. ad es.: J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 12 ss.; G. DWORKIN, *Paternalism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (ultimo accesso: 12 febbraio 2014); R.J. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11(2005), 265 ss.

(18) Per un elenco abbastanza dettagliato delle possibili situazioni di incompetenza basica, v. E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico?*, in *Doxa* 5(1988), 165-6, che menziona: ignoranza di elementi rilevanti della situazione; forza di volontà grandemente compromessa; facoltà mentali temporaneamente o permanentemente ridotte; costrizione, dovuta a ipnosi o a minaccia; irrazionalità.

dall'autorità o dalla società, e senza che la libertà di scelta, o l'autonomia dell'individuo stesso, ne siano considerate un momento fondante o decisivo (19). Il paternalismo dispotico ruota tutto sulla categoria del 'danno a se stessi', ed è invece radicalmente antagonistico rispetto al principio di autonomia della persona: vi è sostanzialmente indifferente che il soggetto 'paternalizzato' sia o meno capace, responsabile delle proprie scelte, consapevole di ciò che fa, e che dunque voglia o meno tenere la condotta autolesionistica. Volontà e responsabilità — e dunque l'autonomia — del soggetto sono variabili irrilevanti per questo tipo di paternalismo. Per dirla con Feinberg, il paternalismo dispotico non è mediato dalla massima *volenti non fit iniuria* (20).

Tutt'altro discorso vale invece per il *paternalismo tutorio*, nella cui ottica, a ben vedere, è la categoria del 'danno a sé' a non avere alcuna peculiare rilevanza: il principio fondamentale che orienta l'atteggiamento paternalistico è, qui, proprio quello di autonomia, trattandosi solo di impedire che l'individuo — in circostanze nelle quali non versa in condizioni di piena responsabilità — compia atti la cui importanza richiede invece che siano compiuti in maniera pienamente responsabile. Nella logica di questo principio, è tutto sommato secondario che gli atti in questione siano autolesionistici, poiché lo stesso approccio si applica in realtà anche rispetto al compimento di atti che ledono esclusivamente interessi altrui. L'atteggiamento di paternalismo tutorio è animato, più che altro, dallo stesso bisogno (solidaristico) di una *integrazione di responsabilità*, a beneficio di soggetti che ne siano carenti, che vediamo all'opera nel ben noto istituto della 'posizione di garanzia'; e questo bisogno mantiene essenzialmente inalterate le proprie caratteristiche, sia che si tratti — paternalisticamente — di *proteggere* direttamente l'individuo irresponsabile da atti di autolesionismo, sia che si tratti invece di *controllarlo*, quale fonte di pericoli a carico di terzi.

4. *Paternalismo tutorio e liberalismo dell'autonomia.* — Paternalismo dispotico e paternalismo tutorio sono così diversi, basati su principi così lontani, che si fatica a ricondurli compiutamente entro la medesima categoria. Forse di entrambi si può dire che implicano una azione per il bene dell'individuo: in entrambi i casi abbiamo un legislatore che frappone un impedimento alla condotta dell'individuo dicendogli: '*lo faccio per il tuo bene*'; in entrambi i casi abbiamo dunque una normazione (che si pretende) animata da 'altruismo', 'benevolenza', 'solidarismo'. Ma l'uno e l'altro, nondimeno, si ispirano a nozioni radicalmente diverse di quello stesso bene

(19) Cfr. R.J. ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11(2005), 269 ss.

(20) J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 11.

con cui si ritiene di giovare il soggetto ‘paternalizzato’: una nozione che, mentre per il secondo è tutta imperniata sull’autonomia dell’individuo, per il primo, invece, ne prescinde totalmente, ed anzi vi si contrappone.

Certo è che molti autori di ispirazione liberale sono pronti a sottoscrivere la posizione che qui chiamo di paternalismo tutorio e in pari tempo, però, sono assai riluttanti a chiamarla ‘paternalismo’ in senso proprio (21).

Che il principio del paternalismo tutorio sia perfettamente a suo agio (non solo all’interno di un pensiero di stampo solidaristico, come potrebbe essere uno di derivazione cattolica o uno di derivazione socialista, ma anche) all’interno di un pensiero liberale basterebbe, forse, a mostrarlo la circostanza che un gran numero di pensatori (a diverso titolo) liberali — da Locke a Kant e a Mill, da Hart a (Gerald) Dworkin e a Feinberg — sono pronti a sottoscriverlo (22). La ragione è semplice: il paternalismo tutorio costituisce un’implicazione dell’idea stessa di libertà, quantomeno dell’idea di libertà come autonomia, (23) come capacità di agire in accordo con la *propria* concezione del bene (che non sia, a sua volta, frutto di menzogne, manipolazioni, lavaggi del cervello, ecc.) (24). Se, e nei limiti in cui, il liberalismo si fonda sul valore dell’*autonomia* individuale, esso deve necessariamente presupporre una qualche razionalità, competenza, consapevolezza, nel soggetto; senza simili presupposti l’autonomia non avrebbe alcun valore, o peggio, non avrebbe alcun senso: l’autonomia è il valore della scelta consapevole, non della scelta *tout-court*; è il valore derivante

(21) V. ad es. J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 15-6 (« I shall reluctantly continue[...] to use the standard terminology of “hard and soft paternalism,” while muttering, from time to time, in *sotto voce*, that soft paternalism is really no kind of paternalism at all »); nonché, sulla scia di questi, S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. CADOPPI (cur.), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2010, 170. Un disagio analogo è espresso anche da Domenico PULITANO (*Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, 518, 521), il quale, pure, si dichiara disposto a fare alla logica paternalistica concessioni maggiori rispetto a quelle fatte da Feinberg.

(22) Cfr. anche J. HOSPERS, *Libertarianism and Legal Paternalism*, in *The Journal of Libertarian Studies*, 3(1980), 256.

(23) Per una riconsiderazione critica del punto, v. però le (sempre lucide) osservazioni di D.N. HUSAK, *Paternalism and Autonomy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 10(1981), 27-46.

(24) Sulle diverse concezioni della libertà (come autonomia o come non-interferenza) è ancora oggi fondamentale l’opera di Isaiah BERLIN: non solo i *Due concetti di libertà* (1958), in Id., *Libertà* (2002), a cura di H. Hardy, trad. it. di G. Rigamonti e M. Santambrogio, Milano, Feltrinelli, 2010, ma anche, ad es., *Da speranza e paura liberati* (1964), ivi, oppure *La libertà e i suoi traditori* (2002), trad. it. di G. Ferrara degli Uberti, Milano, Adelphi, 2005. Per un utile, e più aggiornato, quadro di sintesi sul tema, v. inoltre M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, il Mulino, 1999.

Sulle diverse interpretazioni di cui è, a sua volta, suscettibile lo stesso concetto di autonomia, v. J. FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

dal fatto che il soggetto, tramite la ragione, è in grado di dare regole a se stesso (*αὐτός νέμω*) (25).

Ed inverso, la libertà non è certo il solo valore fondante del pensiero liberale; ad essa si affianca, tra l'altro, il valore della ragione, la razionalità, che — si assume — distingue l'uomo dal resto degli esseri viventi (26): la libertà-autonomia è un valore *perché* l'uomo è un essere razionale, munito di ragione e capace di scegliere consapevolmente il corso delle proprie azioni (27). La 'libertà liberale' è essenzialmente libertà responsabile, consapevole: e quindi libertà *umana*, che nessun liberale si sognerebbe di riconoscere, ad es., come propria degli animali (28).

Se questo è vero, il principio del paternalismo tutorio si giustifica agevolmente in ottica liberale, esattamente come si giustifica l'esercizio del potere genitoriale in funzione tutoria, o anche, più in generale, l'istituto civilistico della tutela (artt. 357 ss. e 424 CC). Il ragionamento — magistralmente sviluppato da John Locke nel *Secondo trattato sul governo* — è,

(25) I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. it. a cura di V. Mathieu, Milano, Rusconi, 1994.

Alcuni autori, che pure si dichiarano 'liberali', sostengono una concezione dell'autonomia di stampo *perfezionistico*, per la quale essa non è semplicemente la capacità di scegliere posseduta da parte di individui in condizioni di competenza basica (cosiddetta *procedural conception of autonomy*), ma implica pure che gli scopi che si sceglie di perseguire siano in se stessi dotati di valore, meritevoli di essere perseguiti: J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 369-429; R.A. DUFF, *Answering for Crime*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007, 132 (« autonomy, understood procedurally as the unconstrained exercise of the will by a rationally competent agent, [...] is not [...] plausible [...] as the core value of a liberal polity: if autonomy is to be of such value, we must rather understand it in more perfectionist terms of a capacity to choose between and to pursue valuable ends »), 215.

Non ho qui spazio per diffondermi sul tema. Mi limito a chiarire che, in quel che segue, farò essenzialmente affidamento su una concezione procedurale dell'autonomia, la quale, se non altro, con riguardo al caso specifico del paternalismo, mi sembra meno esposta al rischio di una deriva in senso dispotico dello stesso paternalismo tutorio (v. *infra*, § 6).

(26) Ancora I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. it. a cura di V. Mathieu, Milano, Rusconi, 1994, per una classica, quanto vigorosa, dimostrazione di questa *eccezionalità* dell'essere umano.

(27) Se invece si parte dall'assunto opposto — che l'uomo è un essere ben poco razionale e che la gran parte delle azioni che compie rispettano ben poco gli standard di razionalità astratta di cui siamo soliti fargli credito — l'autonomia finisce per perdere gran parte del suo valore, e così anche il paternalismo dispotico inizia a guadagnare plausibilità (o forse, sarebbe più corretto dire che il paternalismo tutorio estende a dismisura il proprio ambito di applicazione): in tal senso, S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

(28) Un liberale può anche ammettere che gli animali abbiano diritti, e che tra questi ci sia ad es. il diritto di non soffrire, e poiché se chiusi in gabbia gli animali soffrono, un liberale può anche ammettere che gli animali abbiano diritto di non essere chiusi in gabbia: ma questo diritto sarebbe comunque sviluppo del diritto di non soffrire, non di un (inconcepibile, per un liberale) diritto di libertà 'animale'.

più o meno, questo: il potere dei genitori sui figli trova fondamento nel fatto che quando veniamo al mondo non abbiamo ancora, per la natura delle cose, il pieno governo della nostra ragione; e se non c'è pieno governo della propria ragione, non c'è neanche *vera* libertà (che, appunto, non è libertà di fare tutto quello che ci pare e piace, ma piuttosto libertà di agire secondo ragione). I genitori hanno dunque il dovere di prendersi cura dei figli, *ma solo fintantoché* questi non abbiano raggiunto l'età della ragione e non abbiano con ciò conseguito la vera libertà di agire. Il genitore è allora chiamato ad operare come un tutore del figlio, fin quando questi continua a versare in una condizione di minorità, ossia « finché non è capace di intendere, [...] fino a che non abbia raggiunto uno stato di libertà e il suo intelletto non sia in condizione di assumere il governo della sua volontà » (29).

Il ragionamento paternalista, nella versione tutoria, segue grosso modo le stesse movenze: lo stato ha, non solo il diritto, ma finanche il dovere di prendersi cura dei consociati che, versando in una qualche condizione di minorità, non siano in grado di prendersi cura di se stessi (*solidarismo tutorio*); un dovere che si estende — ecco il profilo propriamente paternalistico del ragionamento — sino a proteggere il cittadino incapace, inconsapevole, irresponsabile, anche *contro* i danni che questi possa infliggere alla *sua stessa persona*.

5. *Tracce di paternalismo tutorio nel(la Costituzione e nel) codice penale italiano. Paternalismo tutorio e principio del danno.* — Questo ragionamento è compatibile, non solo con il pensiero liberale in generale, ma anche, in particolare, col tessuto di valori incarnato nella Costituzione italiana, la quale, come noto, ha proprio l'affermazione delle libertà fondamentali della persona, e dunque del valore dell'autonomia, oltre che il solidarismo di stampo cattolico e socialista, tra le proprie matrici culturali fondamentali.

Tracce (più o meno consistenti, esplicite, o dirette) di paternalismo tutorio si possono trovare, ad es., in norme costituzionali come quelle di cui agli artt. 30 (tutela dei figli minori, dentro e fuori della famiglia), 34 (istruzione inferiore obbligatoria), 36 (irrinunciabilità del riposo settimanale e delle ferie annuali), 37 (limite minimo di età per il lavoro salariato

(29) J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo* (1690), trad. it. di A. Gialluca, Milano, BUR, 1998, Cap. VI. È un ragionamento che oggi troviamo accolto, ad es., nella giurisprudenza italiana sulla sottrazione di minore consenziente (art. 575 CP) come anche nella Carta europea dei diritti fondamentali (2000/C 364/01), all'art. 24.1.

e tutela del lavoro femminile e minorile), 38 (assistenza sociale) (30), come anche — almeno indirettamente — nelle norme costituzionali a tutela delle libertà della persona, e, più in generale, nel riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2), e nella garanzia della eguaglianza formale e sostanziale (art. 3) (31).

5.1. Se poi, scendendo dal piano costituzionale, si guarda più direttamente al diritto penale, ci si accorge di come l'ispirazione del paternalismo tutorio soffi in una delle direttrici politico-criminali portanti tra quelle che — anche a causa delle spinte criminalizzatrici che provengono da una 'società che si percepisce come costituita essenzialmente da soggetti passivi' (32) — maggiormente caratterizzano (soprattutto) la nostra legislazione penale più recente (33), ossia la tutela del soggetto debole, il bisogno di predisporre apposite reti di protezione a beneficio di chi versi in condizioni di speciale debolezza o bisogno.

a) Sotto questo profilo, si possono innanzitutto menzionare tutte quelle norme penali che mirano (in via esclusiva o unitamente ad altri scopi) a proteggere il minore, l'incapace o chi comunque si trovi in situazioni di incompetenza basica, dal compimento di scelte autolesionistiche (o che possono risultare tali se compiute senza la dovuta consapevolezza): ricordo, a mo' di esempi (34), la sottrazione di minore consenziente (art. 573 CP), incapace o infraquattordicenne (art. 574, primo comma, CP) (35), le forme aggravate di omicidio del consenziente (art. 579, terzo comma, CP) o di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580, secondo comma, CP), la riduzione in schiavitù attuata approfittando 'di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità' (art. 600 CP), la prostituzione minorile (art.

(30) Queste qui elencate, peraltro, sono norme che si prestano anche ad interpretazioni non paternalistiche: ciò non toglie, però, che nei principi da esse ricavabili vi sia spazio per scorgere anche, a certe condizioni, una ispirazione tutoria.

(31) Un accenno in tal senso anche in L. CORNACCHIA, *Placing care: spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia* 2011, 273-4.

(32) J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale* (1999), ed. it. a cura di V. Militello, trad. it. di R. Remia e A. Spena, Milano, Giuffrè, 2004, 18-31.

(33) V. ad es. A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in questa *Rivista*, 2010, 44 ss., per una carrellata su istituti e incriminazioni (molte delle quali di recente conio) caratterizzati « dalla necessità di tutelare meglio la persona più debole ».

(34) Per una esemplificazione di « norme a sospetta base paternalistica », solo in parte coincidente con quella qui di seguito proposta, v. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2008, 101-3. Cfr. anche S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bologna University Press, 2008, 128 ss.

(35) Per maggiori approfondimenti, rinvio chi volesse ad A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, Cap. V, Sez. Terza.

600-*bis* CP), la pornografia minorile (art. 600-*ter* CP), il turismo sessuale (art. 600-*quinqüies* CP), nonché le relative circostanze aggravanti di cui al 600-*sexies*; e ancora: l'impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600-*octies* CP), la violenza sessuale commessa 'abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica' della vittima o traendola in inganno con sostituzione di persona (art. 609-*bis*, comma secondo, CP), la violenza sessuale aggravata di cui ai nn. 1 e 5 dell'art. 609-*ter*, primo comma, CP, gli atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* CP), la corruzione di minorenni (art. 609-*quinqüies* CP), l'adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* CP), nonché la regola della irrilevanza scusante della ignoranza della persona offesa, tanto (art. 602-*quater* CP) per i delitti contro l'incolumità personale (Sez. I del Capo III del Titolo XII) quanto per i delitti di violenza sessuale (art. 609-*sexies* CP).

E, in questa stessa ottica, tracce di paternalismo tutorio si possono anche rinvenire in alcuni reati contro il patrimonio, quali, ad es., la truffa (art. 640 CP), la circonvenzione di incapaci (art. 643 CP) o l'usura (art. 644 CP). Tutte norme che, in una certa misura (quale più, quale meno), mirano a tutelare la vittima dalla sua ingenuità o credulità, o dalla sua incapacità, o dalla debolezza nella quale la abbia ridotta il suo stato di bisogno.

b) Ma una ispirazione (almeno parzialmente) paternalistica sembrano anche avere tutte quelle norme penali che incriminano il fatto di non prendersi cura, nella maniera dovuta, di un soggetto minore o incapace o comunque bisognoso di particolari attenzioni: penso, ad es., a reati quali quelli di cui all'art. 570 CP (violazione degli obblighi di assistenza familiare, malversazione dei beni del familiare, omessa prestazione dei mezzi di sussistenza) (36). almeno se commessi nei confronti di minori o incapaci, o all'abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 CP), o all'omissione di soccorso (art. 593 CP), o alla contravvenzione (ora illecito amministrativo) della inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minori (art. 731 CP) o quella (ora abrogata) dell'omesso avviamento dei minori al lavoro (art. 732 CP). Qui — a differenza che nel gruppo precedente — non è direttamente lo stato 'a prendersi cura', tramite la norma penale, del minore o dell'incapace, impedendo che terzi approfittino delle loro condizioni di minorità per far loro subire o compiere condotte lesive dei loro stessi interessi: la strategia paternalistica, semmai, è qui attuata indirettamente, imponendo a terzi il dovere — occasionale o strutturale — di prendersi cura del soggetto debole, e sanzionando penalmente la relativa violazione.

(36) Su cui sia consentito rinviare ancora ad A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, Cap. V, Sez. Prima.

Naturalmente, l'ispirazione fondamentale qui all'opera è quella solidaristica, che però può assumere anche i tratti più specifici del paternalismo nella misura in cui, in tutte queste incriminazioni, il fatto penalmente sanzionato (di non prendersi cura del soggetto debole) non è in alcun modo reso lecito dall'eventuale consenso di questi, e ciò, appunto, in base all'assunto che si tratterebbe di consenso invalido in quanto proveniente da soggetto che versa in condizioni di incompetenza basica.

c) E una logica in gran parte analoga sembra stare anche a fondamento dei reati di abuso dei mezzi di correzione (art. 571 CP) e maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 CP) (37): ipotesi, queste, per lo più caratterizzate dal fatto che l'autore, non solo non tutela gli interessi di un soggetto cui invece dovrebbe prestare una particolare attenzione, ma, tutt'al contrario, infierisce su di esso, approfittando della sua condizione di debolezza. E che vi sia, anche qui, un sottofondo di paternalismo tutorio è in fin dei conti dimostrato anche dal fatto che si tratta di reati perseguibili d'ufficio, a significare che lo stato si rende conto che in questi casi, dietro l'apparente quiescenza della persona offesa che non sporga querela, possa in realtà risultare decisiva una sua menomata autonomia derivante da una qualche forma di soggezione, o di deferenza, nei confronti del 'tiranno domestico'.

5.2. Questa rapida carrellata svela un'ulteriore ragione per la quale l'idea di paternalismo tutorio è, nella sua ispirazione, compatibile con un approccio liberale al diritto penale. Come è evidente, infatti, siamo qui in presenza di reati la cui incriminazione si spiega agevolmente anche nell'orbita del principio del danno, atteso che essi ruotano sulla realizzazione di condotte rispetto alle quali, in effetti, è facile ed intuitivo argomentare che causino (o siano, comunque, più o meno prossime a causare) un danno a terzi, e in particolare a un soggetto il cui consenso, anche quando formalmente presente, è da considerarsi sostanzialmente inesistente.

Da ciò possiamo in definitiva trarre argomento per sostenere che in realtà il paternalismo tutorio non costituisce affatto un autonomo principio di criminalizzazione, opposto al principio del danno a terzi, ma ne costituisce piuttosto una particolare forma di manifestazione.

In molte delle ipotesi considerate — in particolare, quelle *sub b)* e *c)* — manca persino un vero e proprio 'danno a se stessi', nel senso che si tratta di fattispecie le quali non richiedono alcuna condotta da parte della vittima, né presuppongono un suo consenso: tutta la struttura del fatto è imperniata su un danno arrecato alla vittima da un'azione o da una omissione del reo. L'aspetto paternalistico assume qui la forma dell'obbligo

(37) Su cui sia consentito rinviare un'ultima volta ad A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, Cap. V, Sez. Seconda.

di garanzia, dell'obbligo di cura della vittima, posto dall'ordinamento in capo al reo, in considerazione della condizione di debolezza (minore età, incapacità temporanea o permanente) del garantito, e si traduce nella irrilevanza esimente (*ex art. 50 CP*) dell'eventuale consenso di questi alla violazione di quell'obbligo.

È poi vero, in effetti, che in altre ipotesi — la gran parte di quelle *sub a*) — l'incriminazione prevede che la vittima 'collabori' alla realizzazione della fattispecie, tenendo una condotta autolesionistica; condotta che può consistere nel fare attivamente qualcosa, da cui deriverà il proprio danno, o semplicemente nel consentire alla condotta dannosa del terzo. Anche in questi casi, però, la struttura del fatto ruota sul paradigma del danno a terzi, poiché, ancora una volta, il consenso (38), che sorregge la 'collaborazione' della vittima, è invalido (e dunque, ai fini dell'art. 50 CP, inesistente) per essere viziato dall'incompetenza basilica di chi lo presta.

6. *I rischi del paternalismo tutorio.* — Il paternalismo tutorio è dunque perfettamente funzionale a quello stesso principio di autonomia e responsabilità, che è invece solitamente invocato dagli antipaternalisti quale loro ispirazione fondamentale. Questo non significa che esso non presenti rischi. Ne presenta, e sono rischi connessi col fatto che di fronte a concetti come quelli di 'capacità', 'consapevolezza', 'maturità', 'responsabilità' si va assai facilmente soggetti a tentazioni *sostanzialistiche*: alla tentazione, cioè, di riempirli di contenuti di valore, e di usarli come vascelli per traghettare concezioni particolari del bene, della vita buona (39). Alla tentazione, ad es., di tacciare di 'immaturità', o di 'irrazionalità', chiunque — perfettamente capace di intendere il significato delle proprie azioni e di agire in maniera congruente con tale consapevolezza — sia nondimeno incline a privilegiare valori e a perseguire obiettivi che si ritengono aberranti, immorali, degradanti.

Sono rischi, come ha mostrato Isaiah Berlin nel suo celeberrimo saggio sui *Due concetti di libertà* (40), intrinseci all'idea — 'positiva' — di libertà come autonomia, come governo di se stessi: o, quantomeno, sono rischi che hanno trovato piena realizzazione negli sviluppi storici di quell'idea. Berlin, come noto, ricostruisce questi sviluppi alla luce del motivo portante della

(38) Che è più un'acquiescenza (una forma di mansuetudine, o talora di rassegnazione) che un consenso vero e proprio. Per questa distinzione, v. H.M. HURD, *Was the Frog Prince Sexually Molested?: A Review of Peter Westen's The Logic of Consent*, in *Michigan Law Review*, 103(2005), 1336.

(39) È, questo, un rischio che, in una prospettiva liberale, si corre soprattutto se si privilegia una accezione perfezionistica, anziché meramente procedurale, dell'autonomia: v. *supra*, nota 25.

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

separazione dei ‘due io’ all’interno della stessa persona: un io apparente, superficiale, più esposto alle passioni e alla natura, dunque eteronomo, e un io intimo, razionale, capace di attingere il vero bene grazie ad un uso corretto della ragione, il *vero* io, l’io ideale ed autonomo, corrispondente alla *vera* e *più elevata* natura — *la parte migliore* — dell’individuo: per questa via, di astrazione in astrazione, di finzione in finzione, si giunge a « concepire l’io reale come qualcosa di più grande dell’individuo (nel senso corrente in cui si intende il termine), come il “tutto” sociale di cui il singolo è un elemento o un aspetto — una tribù, una razza, una chiesa, uno stato, la grande società dei vivi, dei morti e dei non ancora nati. Questa entità viene poi identificata col “vero” io, che imponendo la sua volontà unica e collettiva, “organica”, ai propri “membri” recalcitranti, consegue la sua, e quindi la loro, “più alta” libertà. [...] ciò che dà a questo linguaggio quel tanto di plausibilità che possiede è la nostra ammissione che è possibile, e a volte giustificato, coartare le persone in nome di qualche obiettivo (la giustizia o la salute pubblica, diciamo) che esse stesse perseguirebbero se fossero più illuminate, ma che di fatto non perseguono per cecità, ignoranza o corruzione. E questo mi rende facile pensare me stesso come uno che costringe gli altri per il loro bene, per il loro interesse, non per il mio; infatti — questa è la mia tesi — io so di che cosa hanno veramente bisogno meglio di quanto lo sappiano essi stessi. [...] Posso sostenere che in realtà desiderano ciò a cui, ottenebrati come sono, a livello cosciente oppongono resistenza, perché dentro di loro esiste un’entità occulta — la loro volontà razionale latente, il loro “vero” proposito — e questa entità, benché negata da tutte le loro convinzioni e azioni e parole manifestate, è il loro io “reale”, di cui il misero io empirico esistente nello spazio e nel tempo forse sa poco e niente; e questa realtà interiore è l’unico io le cui aspirazioni meritino di essere prese in considerazione. Una volta che ho assunto questa posizione, sono in grado di ignorare i desideri reali di persone e società e di tiranneggiare, opprimere, torturare in nome e per conto del loro io “reale”, nella certezza che tutto ciò che rappresenta la vera finalità dell’uomo (la felicità, l’adempimento del dovere, la saggezza, una società giusta, la realizzazione di sé) deve essere la stessa identica cosa della sua libertà — della libera scelta del suo io “vero”, benché sovente inespresso e sommerso » (41).

Di fatto, quando l’atteggiamento paternalistico si presenta in questi termini, esso cessa di essere ‘paternalismo tutorio’, per trasformarsi in ‘paternalismo dispotico’ (42): il che accade tutte le volte in cui lo stato non si limiti a richiedere che chi dispone di un proprio interesse o diritto versi

(41) I. BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), in Id., *Libertà* (2002), a cura di H. Hardy, trad. it. di G. Rigamonti e M. Santambrogio, Milano, Feltrinelli, 2010, 182-3.

(42) Cfr. D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, 511-2.

in una condizione di sufficiente capacità e consapevolezza, ma si spinge sino a pretendere di imporgli una certa gerarchia di valori, di inculcargli un certo modo di bilanciare fra gli interessi in gioco — gerarchia e bilanciamento che invece l'individuo *consapevolmente* rifiuta. Penso, qui, ad argomenti come quelli 'della razionalità sostanziale' (43) o 'del rimpianto' (44), nei quali è evidente che il proclamato rispetto per l'autonomia della persona è solo un paravento, uno strumento teso ad imporle una certa concezione del bene: nei quali, cioè, attraverso una « mostruosa creazione di una persona fittizia, [si] identifica ciò che X sceglierebbe se fosse ciò che di fatto non è, o perlomeno non è ancora, con ciò che effettivamente X desidera e sceglie » (45).

7. *L'antipaternalismo alle prese col principio del danno.* — Se il paternalismo tutorio è, almeno in linea di principio, perfettamente difendibile anche da una prospettiva liberale — al punto che, anzi, forse ne costituisce finanche una implicazione — ciò vuol dire che, quando da quella stessa prospettiva ci si proclama antipaternalisti, è il paternalismo dispotico che in realtà si ha in mente: è questo, per gli antipaternalisti, il *vero* paternalismo. Il che, in effetti, emerge già dalle definizioni che gli antipaternalisti forniscono del paternalismo in generale. Definizioni che: a) ruotano sulla categoria del 'danno a se stessi'; b) concepiscono l'intervento paternalista come 'limitazione' (anziché come 'realizzazione') di libertà; c) non attribuiscono alcun rilievo esplicito alla eventuale mancanza di volontarietà, consapevolezza, responsabilità, in capo al soggetto 'paternalizzato'.

Sennonché, vien fatto di chiedersi se effettivamente esista un tale paternalismo dispotico, o quantomeno se abbia senso concepirlo come un

(43) Ossia, l'argomento per cui, ad es., « [n]essuno sano di mente vorrebbe suicidarsi o correre un rischio elevato di morire o di cagionare un danno grave alla propria salute compiendo certe azioni, ad esempio duelli, acrobazie pericolose in un circo, guidare una motocicletta senza indossare il casco, o svolgendo attività come sport estremi o pratiche sadomaso ». Dal che si fa derivare che chi volesse compiere queste attività deve essere necessariamente affetto da una qualche forma di incompetenza basica. Cfr., in senso critico, G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, 53 ss.

Molto interessante l'analisi critica dell'uso di questi argomenti nella giurisprudenza statunitense effettuata da V. BERGELSON, *The Right to be Hurt: Testing the Boundaries of Consent*, in *George Washington Law Review*, 75(2007), § I.D.1.

(44) Cfr., ancora, G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, 100: « In base all'argomento del rimpianto, [...] non dovremmo consentire agli esseri umani, data la loro natura, di prendere certe decisioni gravi e (entro certi limiti) irreversibili come consumare eroina o guidare una motocicletta senza indossare il casco, onde evitare che si pentano per tutta la vita di una scelta che, *EX POST*, loro stessi considererebbero, o potrebbero considerare, sbagliata ».

(45) I. BERLIN, *Due concetti di libertà* (1958), in *Id.*, *Libertà* (2002), a cura di H. Hardy, trad. it. di G. Rigamonti e M. Santambrogio, Milano, Feltrinelli, 2010, 184.

autonomo principio di criminalizzazione. O se piuttosto l'antipaternalismo non sia una sorta di lotta contro i mulini a vento: e ciò, non perché non affronti casi reali e realmente problematici, ma perché li affronta, forse, sulla base di una interpretazione fuorviante, che non coglie le vere ragioni della loro complessità.

7.1. Le sorti della battaglia antipaternalista contro il paternalismo penale (46) (quale autonomo principio di criminalizzazione) dipendono in gran parte dalla possibilità di distinguere tra condotte *self-regarding* e condotte *other-regarding*: tra condotte che riguardano *esclusivamente* chi le tenga (e che dunque, secondo l'assunto antipaternalista, non potrebbero legittimamente assoggettarsi a coercizione pubblica) e condotte che invece riguardano anche altri soggetti e rispetto alle quali la società avrebbe dunque titolo a metter becco (47).

Tracciare una linea di confine — univoca, netta, invalicabile — tra condotte dell'uno e condotte dell'altro tipo è tuttavia compito assai arduo, imbello direi (48). Se non altro perché, a ben vedere, si tratta di un confine esso stesso compromesso, già in origine, dall'adesione al paternalismo o all'antipaternalismo: una presa di posizione a riguardo è tra i criteri (tra le opzioni morali di fondo) da cui dipende, a sua volta, la distinzione tra condotte *self-regarding* e condotte *other-regarding*.

Che, ad es., si ritenga il suicidio una condotta meramente *self-regarding* o anche *other-regarding* — riguardante, cioè, solo il suicida o anche la società — è questione che dipende, al fondo, anche dal fatto che la posizione morale, assiologica, dalla quale ci si pone a giudicare, contempra, fra i propri principi, il paternalismo o l'antipaternalismo. L'antipaternalista assumerà che il suicidio sia, come tale, condotta meramente *self-regarding*; perché, ad es., questione intimamente personale, che rientra nello spazio di sovranità esclusiva dell'individuo. Il paternalista ribatterà invece che il suicidio di una persona non può non riguardare anche la società in generale, ad es. perché l'aspirante suicida (come chiunque in società) è, non già un individuo isolato, ma un nostro *fellow citizen*, un nostro compagno, un nostro *con*-sociato, delle cui sorti, della cui fortuna, dob-

(46) D'ora in poi, dove non altrimenti precisato, con questa espressione mi riferirò esclusivamente al paternalismo penale *dispotico*.

(47) Salva, naturalmente, la necessità che a tal fine ricorrano anche altri estremi dai quali pure dipende la legittimità di un intervento coercitivo (es., necessità, proporzione, ecc.).

(48) Cfr. anche J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, Manchester University Press, 1983, 32 ss.

biamo dunque (in quanto comunità) farci carico, senza potercene lavare pilatescamente le mani (49).

L'argomento paternalista del *'no man is an island'* non sfugge ad es. a John Stuart Mill (50), il quale ribatte che non basta, perché una condotta possa dirsi *other-regarding*, il mero dato di fatto che terzi siano interessati ad essa, o ne siano addolorati o infastiditi: che Caio sia disgustato dal fatto che Tizio si metta le mani nel naso non è di per sé sufficiente a rendere quest'ultima una condotta che riguarda entrambi.

Il criterio dal quale, sulla scia di Mill, l'antipaternalista fa generalmente dipendere la distinzione tra *self-regardingness* e *other-regardingness* di una condotta è piuttosto quello del danno: *self-regarding* è ciò di cui, non causando danno ad altri, non si deve rendere conto a nessuno (anche quando causi danno a chi lo compie); mentre invece ciò che causa danno ad altri è, per definizione, *other-regarding* (51).

Il ricorso al (principio del) danno non fa, però, che complicare le cose. Se infatti lo si vuole usare come criterio per distinguere ciò che riguarda solo se stessi (e che solo il paternalista potrebbe voler punire) da ciò che invece riguarda anche la società nel suo complesso (e che dunque anche un liberale, non paternalista, potrebbe voler punire), il concetto di danno non va impiegato in una accezione meramente 'empirico-descrittiva' (es.: è danno tutto ciò che causa sofferenza fisica o psicologica agli altri), la quale ripiomberebbe il ragionamento nello stesso stallo da cui lo si vorrebbe trarre. Del danno rileva, semmai, un *concetto moralizzato*, che ruoti sulla violazione di un *diritto* altrui (52) o, il che è lo stesso, di un *obbligo* verso altri o verso la società. Per dirla con Mill: « I fully admit that the mischief which a person does to himself may seriously affect, both through their sympathies and their interests, those nearly connected with him, and in a

(49) Per una analisi critica di argomenti di questo genere (*arguments from interconnectedness*), v. ancora J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, Manchester University Press, 1983, 39 ss.

(50) *On Liberty*, London, Longman, 4th ed., 1869, 280 ss.

(51) Come noto, talora nel discorso liberale si è disposti ad ammettere che non solo il principio del danno, ma anche quello del turbamento (*offense*) sia capace di rendere legittima una incriminazione: chi sia di questo avviso sarà indotto a considerare *other-regarding*, non solo ciò che causa danno ad altri, ma anche ciò che ad altri causa una *offense*. (Ad es.: J. FEINBERG, *Offense to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1985.) Quel che dirò, nel testo, circa il concetto di danno vale — vorrei dire, a maggior ragione (poiché in tal caso la dimensione moralizzata, normativa, è probabilmente ancor più evidente che nei casi di danno) — anche per il concetto di turbamento, o *offense*.

(52) Cfr., ad es., J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester, Manchester University Press, 1983, 16 (« the harm principle is not concerned with harm merely in the sense of damage. It is concerned with harm as an injury, a wrong »); nonché, volendo, A. SPENA, *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2010 (anche per una lettura critica del concetto feinberghiano di danno).

minor degree, society at large. » Tuttavia, è solo quando, « by conduct of this sort, a person is led to violate a distinct and assignable obligation to any other person or persons, *that* the case is taken out of the self-regarding class, and becomes amenable to moral disapprobation, in the proper sense of the term. » (53). In questo senso, *e solo in questo senso*, si può dunque dire che « the case is taken out of the province of liberty, and placed in that of morality or law » (e la condotta è perciò qualificabile come *other-regarding*) nei soli casi in cui « there is a definite damage, or a definite risk of damage, either to an individual or to the public. » (54).

Nel discorso liberale, è proprio la natura moralizzata del concetto di danno a farne criterio idoneo a tracciare il confine tra ambito — non coercibile socialmente — di estensione della libertà individuale e ambito di estensione della competenza sociale a coercire l'individuo: la società può legittimamente servirsi della coercizione contro un individuo solo per impedirgli di far danno ad altri; e la ragione che rende legittimo questo tipo di intervento sta appunto nella natura moralizzata del danno, nel concepirlo, cioè, come violazione di diritti altrui, e correlativamente di propri doveri nei confronti degli altri.

Senonché, non è difficile rendersi conto di quanto tutto questo ragionamento sia circolare: il danno ad altri dovrebbe essere il criterio per distinguere ciò che, essendo meramente *self-regarding* (in quanto non dannoso per terzi), costituisce oggetto della libertà dell'individuo da ciò che invece, essendo *other-regarding* (in quanto dannoso per terzi), ne fuoriesce; d'altra parte, però, non si può definire il danno ad altri senza aver prima circoscritto l'area delle libertà individuali, poiché, per la sua natura normativa, moralizzata, è lo stesso concetto di danno a presupporre che si sia già stabilito quali obblighi l'individuo abbia verso gli altri e verso la società, e quindi quale sia l'ambito oltre il quale termina la sua libertà incoercibile. Cosicché, la definizione di ciò che è danno ad altri — che dovrebbe servire a tracciare il confine tra libertà incoercibili (*self-regardingness*) e coercizione sociale legittima (*other-regardingness*) — finisce essa stessa per dipendere dalla previa segnatura di questo confine.

Si capisce, allora, che l'antipaternalismo penale (che si presenta come assertore del principio per cui non è legittimo punire l'autore di una condotta autolesionistica se questa non cagiona danno a terzi) infonde nella possibilità di distinguere in maniera sufficientemente univoca tra 'danno a sé' e 'danno ad altri', e dunque nel 'principio del danno', una fiducia piuttosto mal riposta. L'antipaternalista sembra non considerare

(53) J.S. MILL, *On Liberty*, London, Longman, 4th ed., 1869, 281.

(54) J.S. MILL, *On Liberty*, London, Longman, 4th ed., 1869, 282. La stessa sostanza si ritrova, ad es., anche in Feinberg, la cui versione dei principi del danno e della *offense* ruota, come noto, sulle nozioni di « *wrongful harm* » e « *wrongful offense* ».

che il principio del danno ruota su un concetto *essenzialmente contestabile* (55): vago in quanto *appraisive* (56), intriso di contenuti valoriali, ‘vuoto’, privo di qualsiasi forza orientativa fin quando non si stabilisce *quali* sono gli interessi che si è disposti a considerare socialmente rilevanti (57) e dunque *quali* sono i doveri dell’individuo verso gli altri e verso la società. Un concetto, quello di danno, potenzialmente buono, in definitiva, per qualsiasi politica criminale, sol che si abbia cura di precisare qual è il sistema di valori a partire dal quale lo si chiama in causa.

Ciò, in generale, crea il sospetto che sia illusorio attribuire al principio del danno una funzione di limite morale del diritto penale (e della coercizione pubblica in generale), di confine invalicabile tra libertà e coercizione — come sembra dimostrare il fatto che oggi il linguaggio del ‘danno’ ha finito per affermarsi come retorica egemone nel dibattito politico-criminale, cosicché qualunque scelta incriminatrice viene solitamente difesa additando un qualche danno, ad altri individui o alla società nel suo complesso, che l’incriminazione della condotta mirerebbe a prevenire. Bernard Harcourt (58) ha mostrato assai bene questa dinamica, in relazione al classico campo di battaglia del principio stesso: quello che (59) lo ha visto contrapposto al ‘moralismo giuridico’. Incriminazioni — come quelle che riguardano, ad es., sfruttamento della prostituzione, pornografia, condotte omosessuali (ma si pensi, ad es., anche ad incesto e bigamia) — la cui causa si tendeva in passato a perorare su basi prettamente moralistiche, vengono oggi caldegiate, invece, in maniera sempre più

(55) Su uno, cioè, di quei « concepts the proper use of which inevitably involves endless disputes about their proper uses on the part of their users ». W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56(1956), 169.

(56) La prima delle condizioni da cui dipende la natura *essentially contested* di un concetto è che esso sia, appunto, « *appraisive* in the sense that it signifies or accredits some kind of valued achievement ». W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56(1956), 171.

(57) Cfr., ad es., D.N. MACCORMICK, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 29; A. ASHWORTH, in ID., J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, § 2.5; E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico?*, in *Doxa* 5(1988), 171; B.E. HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90(1999), 185 ss.

(58) B.E. HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90(1999), 109-94. Il ragionamento di Harcourt è ripreso, ad es., in M. DONINI, *‘Danno’ e ‘offesa’ nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, in questa *Rivista*, 2008, 1564 ss.

(59) Nel corso di memorabili ‘duelli di penna’ come quello, a distanza, tra J.S. Mill e J.F. Stephen o quello, consumatosi intorno alla metà del secolo scorso, tra H.L.A. Hart e Lord P. Devlin.

frequente, facendo ricorso alla retorica del danno (60). Per dirla con Harcourt, « the focus on harm has become so pervasive that the concept of harm, today, is setting the very terms of contemporary debate. [...] Harm, not morality, structures the debate. » (61).

Questo peraltro significa, non che i dibattiti politico-criminali odierni siano informati alla sostanza o quantomeno allo spirito originari del principio milliano, ma, all'opposto, che essi, facendolo diventare un luogo comune, ne hanno anche mostrato la vacuità contenutistica. Proprio perché contenutisticamente amorfo, il principio si presta insomma ad essere ridotto a mero espediente retorico; ed è proprio questa la sorte che sembra aver fatto infine (62).

Il che, in buona parte, si può dire anche del dibattito tra paternalismo e antipaternalismo: molti degli argomenti addotti a sostegno di scelte etichettate come 'paternalistiche' sono (o argomenti riconducibili alla logica del paternalismo tutorio (63) o argomenti a carattere moralistico, e non specificamente paternalistico (64), oppure) nient'altro che variazioni sul tema del 'danno a terzi': argomenti che, cioè, fanno leva sugli effetti, diretti o indiretti, immediati o a lungo termine, che la condotta autolesionistica, o il suo ripetersi, possono avere su terzi soggetti o sulla società in generale. Questo vale, ad es., per l'argomento del cosiddetto *slippery slope* (65); o per la posizione di quegli autori che difendono (quella che a loro dire è) una forma di *hard paternalism*, sulla base, però, dell'argomento, per niente paternalistico, che molte questioni di salute pubblica dipendono da scelte individuali, le quali dunque — se apparentemente riguardano soltanto i loro autori — in realtà sono foriere di notevoli costi collettivi (66); e vale, ancora, per l'argomento (che vedremo all'opera *infra*, § 11) stando al quale, infliggendosi certi tipi di danno, il soggetto si pone

(60) Per una discussione, in particolare, della dannosità/offensività dei reati di bigamia ed incesto, rinvio chi lo volesse ad A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, Giuffrè, 2012, Cap. Secondo, §§ 2.1 ss., e Cap. Terzo, §§ 2.1. ss.

(61) B.E. HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90(1999), 112.

(62) B.E. HARCOURT, *The Collapse of the Harm Principle*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 90(1999), 182 s.

(63) V. *supra*, §§ 3-6.

(64) V. ad es. gli argomenti di cui *supra*, alla nota 16. Più in generale, circa la distinzione tra 'paternalismo' e 'moralismo', v. § 2.

(65) Per il quale « la legalizzazione dell'eutanasia o del suicidio assistito avrebbe un effetto non voluto (da chi la promuove e la approva), tanto tragico e moralmente inaccettabile, quanto inevitabile: che un certo numero di persone — spesso proprio le persone più povere e deboli — sarebbe "condotto" a morire, o sarebbe danneggiato, contro la sua volontà ». G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, 56 ss.

(66) L.O. GOSTIN e K.G. GOSTIN, *A broader liberty: J.S. Mill, paternalism and the public's health*, in *Public Health*, 123(2009), 214-221.

in condizione di non poter adempiere i propri doveri verso terzi, verso la famiglia, verso lo stato.

7.2. Naturalmente, l'antipaternalista può sempre ribattere che questi argomenti non reggono, che sono privi di fondamento morale o di supporto razionale o empirico. E può anche avere ragione nel sostenerlo. In tal modo, però, il discorso ha già smesso di vertere sul paternalismo di questa o quella opzione politico-criminale, per divenire un normalissimo discorso tutto impostato in termini di danno a terzi o di danno sociale: la questione di cui si discute non è più se sia o meno legittimo vietare (paternalisticamente) la produzione di danni a sé, ma piuttosto se il danno a terzi, che si pretende di prevenire con l'incriminazione, sia o meno effettivamente connesso con la realizzazione della condotta incriminata. Siamo così usciti, quasi senza accorgercene, dal dibattito 'paternalismo vs. antipaternalismo', per addentrarci in un comunissimo — ma non perciò insignificante — dibattito sulla dannosità o meno di una certa condotta rispetto a terzi — un dibattito tutto interno al principio del '*danno ad altri*' (67), nel quale la natura autolesionistica della condotta rappresenta una variabile tutto sommato incidentale, secondaria, non centrale.

8. *Ancora su paternalismo e antipaternalismo nel diritto penale italiano. Paternalismo e condotta di terzi.* — A riprova di quanto possa essere inconsistente contrapporre paternalismo e antipaternalismo facendo perno sul principio del danno, il diritto penale italiano ci mostra che, nei casi che (in maniera più o meno chiara o univoca) presentano elementi 'paternalistici', accade: *a*) o che ad essere incriminata non sia direttamente la condotta autolesionistica, ma piuttosto la condotta di un terzo commessa col consenso di chi ne riceve (o rischia di riceverne) il danno, o la condotta di un terzo in quanto abbia l'effetto di indurre la vittima ad auto-danneggiarsi; *b*) oppure che, anche quando si puniscano direttamente condotte autolesionistiche, non le si prenda in considerazione in quanto tali, per il solo danno che infliggono (o minacciano di infliggere) al loro autore, ma in virtù della presenza di ulteriori profili di offesa, di dannosità, che sarebbero (si assume siano) loro connessi. Curiosamente, poi, i casi solitamente intesi come paradigmi di paternalismo (es.: eutanasia, reati in materia di stupefacenti) assommano in sé entrambe queste caratteristiche: *c*) non vertono direttamente su condotte autolesionistiche, ma piuttosto su condotte di terzi realizzate col consenso del soggetto 'paternalizzato', e inoltre consi-

(67) Cfr. V. BERGELSON, *The Right to be Hurt: Testing the Boundaries of Consent*, in *George Washington Law Review*, 75(2007), § I.D.2.

derano tali condotte, non tanto a tutela di questo soggetto, quanto in ragione di ulteriori offese che si assume ne derivino o ne possano derivare.

Queste osservazioni — e in particolare la contrapposizione dei casi di cui alle lettere *a*) e *c*) con quello di cui alla lettera *b*) — lasciano emergere una distinzione tra (quelle che si ritiene siano) due forme diverse di paternalismo, che ho sinora intenzionalmente trascurato, e che è adesso il momento di portare a galla: si parla, infatti, di paternalismo *diretto* o *indiretto*, a seconda che ci si riferisca, appunto, a casi (*single-party cases*) che coinvolgono il solo soggetto per il cui bene la norma o la pratica paternalistica sono concepite (lett. *b*) (es.: suicidio, automutilazione, uso di stupefacenti, obbligo di usare strumenti di protezione personale) o anche altri soggetti (*two-party cases*), che agiscono col consenso o su richiesta di quello (lett. *a*) e *c*) (es.: eutanasia, cessione di stupefacenti) (68).

Sebbene si tratti di una distinzione consolidata, le si riconosce, per lo più, un valore meramente strutturale, descrittivo: non si tratterebbe, cioè, che di due modi diversi in cui il paternalismo si può manifestare senza tuttavia perdere, nell'uno come nell'altro caso, alcunché delle proprie caratteristiche salienti. Uno degli scopi del discorso che verrò facendo qui appresso è di mostrare che questo approccio sottovaluta, in realtà, alcune implicazioni della distinzione, che meritano una più attenta considerazione, e che ci condurranno alla conclusione che in realtà il 'paternalismo indiretto' non è affatto una forma di paternalismo.

9. (Segue) *Paternalismo diretto e giustificazione della pena.* — Cominciando dalle situazioni indicate alla lett. *b*) del § 8, s'è già avuto modo di mostrare (*supra* § 1) che esiste un certo numero di fattispecie incriminatrici imperniate sulla realizzazione di condotte autolesionistiche (auto-calunnia, incendio di cosa propria, frode in assicurazione, come anche, fuori dal codice penale, procurata infermità al fine di sottrarsi all'obbligo del servizio militare o al fine di sottrarsi ai doveri militari: artt. 157, 158, 161 CPMP), per nessuna delle quali ha però senso parlare di paternalismo

(68) Cfr. J. FEINBERG, *Harm to Self*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1986, 9. Cfr. anche A. von HIRSCH, *Direct Paternalism: Punishing the Perpetrators of Self-Harm*, in *Intellectum*, 2008(5), 7-25; ID., A.P. SIMESTER, *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publ., 2011, 149 ss.; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2008, 109 ss.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli: Jovene, 2011, 490.

Sostanzialmente analoga è la distinzione tra paternalismo *puro* e paternalismo *impuro*, per come presentata da G. DWORKIN, ad es. in *Paternalism*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (ultimo accesso: 12 febbraio 2014): « In pure paternalism the class being protected is identical with the class being interfered with, e.g. preventing swimmers from swimming when lifeguards are not present. In the case of impure paternalism the class of persons interfered with is larger than the class being interfered with ».

penale, poiché è evidente che in questi casi la condotta autolesionistica non è incriminata per il bene del suo autore, ma piuttosto a protezione di altri interessi, che essa lede o mette in pericolo (come l'amministrazione della giustizia, l'incolumità pubblica, il patrimonio di società assicuratrici, l'adempimento dei doveri militari).

Volendo adesso generalizzare, penso si possa dire che, in realtà, non esistono — almeno, nel diritto italiano vigente — fattispecie che, punendo l'autore stesso di una condotta autolesionistica, lo facciano per ragioni paternalistiche: nel diritto penale italiano, l'incriminazione di condotte autolesionistiche avviene *sempre* a sviluppo di principi di criminalizzazione diversi dal paternalismo (danno ad altri, una qualche forma di dannosità sociale, natura molesta e fastidiosa o disgustosa della condotta, sua immoralità).

Non esistono dunque, nel nostro diritto penale, ipotesi di paternalismo diretto. Questa scelta è perfettamente in linea con gli scopi e con la natura del diritto penale: che senso avrebbe punire una persona, e quindi infliggerle intenzionalmente un male, in ragione del fatto che essa si sia a sua volta intenzionalmente cagionata un male? È vero, si potrebbe in astratto pensare che la punizione paternalistica della condotta autolesionistica possa avere efficacia preventiva: che valga, ad es., ad educare l'autore di essa a non rifarlo, o ad ammonire la generalità dei consociati a non commetterla. Nondimeno, (a parte tutte le riserve che si potrebbero accampare contro una concezione 'pedagogica' della pena) si tratterebbe di una scelta difficile da giustificare, anche in un'ottica preventiva. E infatti, se la pena direttamente paternalistica consistesse nell'inflizione di un *danno maggiore* di quello che si vuole evitare che il soggetto si infligga da sé, essa rappresenterebbe una scelta chiaramente auto-contraddittoria; d'altra parte, la pena che invece consistesse in un *danno minore* rispetto a quello che si vuole evitare sarebbe, già in astratto, del tutto inefficace a realizzare lo scopo di prevenzione che suo tramite si vorrebbe perseguire: se un soggetto non è indotto a desistere da una certa condotta dalla considerazione che a questa — essendo una forma di autolesionismo — conseguirà per lui un certo danno, si può pensare che sia invece indotto a desistere dalla prospettiva di un danno minore (e magari più incerto) (69)?

La sola giustificazione che si potrebbe immaginare per una incriminazione direttamente paternalistica è di carattere puramente retributivo: ripago il male che hai (*recte*: che ti sei) fatto, infliggendoti un altro male.

(69) Altra cosa è, naturalmente, dal punto di vista dell'efficacia, la possibilità di impiegare misure preventive volte a far sì che il soggetto non sia più in grado di tenere la condotta autolesionistica, ad es., privandolo degli strumenti dei quali si è avvalso per infliggersi il danno: misure del genere pongono anch'esse problemi di legittimazione, ma non sarebbero pene in senso stretto; fuoriescono, dunque, dal nostro orizzonte attuale di interesse.

Ma, poiché la giustificazione retributiva della pena presuppone (ed è funzionalmente collegata a) la immoralità dell'atto per il quale si punisce (70), il principio di criminalizzazione operante in questo caso, a ben vedere, non sarebbe propriamente il paternalismo, ma piuttosto il moralismo giuridico: si punirebbe, cioè, non tanto (o non soltanto) per ragioni paternalistiche, quanto per ragioni legate al (presunto) disvalore morale dell'atto di autolesionismo.

10. *Il cosiddetto paternalismo indiretto e i limiti al consenso: A) consenso invalido.* — Se il paternalismo diretto può avere qualche ruolo, questo è dunque fuori dal diritto penale, sotto forma di misure preventive o di politiche sociali (la cui legittimazione morale e costituzionale sarebbe peraltro tutta da vagliare). Il diritto penale ha invece a che fare, essenzialmente, con casi di cosiddetto paternalismo indiretto, nei quali, cioè, si punisce, non già direttamente l'autore di una condotta autolesionistica, ma il terzo che lo induce a compierla, o che realizza una offesa col consenso (per quanto invalido), e talora finanche su richiesta, della vittima: non si punisce il (tentato) suicidio, ma l'istigazione o l'aiuto al suicidio, o l'omicidio del consenziente; non si punisce l'uso di stupefacenti, ma la cessione o la produzione ecc. di stupefacenti; non si punisce la fuga del minore, ma la sua sottrazione o ritenzione da parte di un terzo; e così via.

Dico 'cosiddetto' perché, in realtà, ho più di un dubbio che in casi di questo genere abbia senso parlare di 'paternalismo' in senso proprio. A differenza di quanto generalmente si tende ad assumere, a me pare infatti che le ipotesi ricondotte nell'alveo del paternalismo indiretto si distinguano da quelle di paternalismo diretto ben più che per ragioni meramente descrittive o strutturali: mi sembra che le prime, pur generalmente concepite come una variante del paternalismo, abbiano invece un significato profondamente diverso, finanche incompatibile col vero e proprio paternalismo (se per paternalismo si intende, come fanno generalmente gli antipaternalisti, quello dispotico: v. *supra*, § 7).

Quel che caratterizza i casi definiti di paternalismo indiretto è che l'elemento paternalistico (rappresentato dal divieto di cagionare danno a se stessi) si sdoppia, per così dire, nel convergere di due elementi distinti: la condotta di un terzo e il consenso del soggetto contro cui questa si rivolge.

(70) Per tutti: G. BETTIOL, in ID., L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12^a ed., Padova: CEDAM, 1986, 797 ss.

Questo aspetto è oggetto di particolare attenzione nel dibattito anglo-americano, dove (soprattutto tra gli autori statunitensi) la giustificazione retributiva della pena è, da qualche decennio, quella di gran lunga più diffusa. Cfr., ad es., M.S. MOORE, *Placing Blame*, Oxford, Clarendon Press, 1997; A. DUFF, *Retributive Punishment - Ideals and Actualities*, in *Israel Law Review*, 25(1991); D.N. HUSAK, *Retribution in Criminal Theory*, in *San Diego Law Review*, 37(2000).

La ragione fondamentale per la quale casi del genere sono discussi sotto il cappello concettuale del paternalismo è dunque il consenso dell'offeso: e, più in particolare, il fatto che, sebbene in essi ci sia un qualche consenso della vittima, il diritto penale non lo considera sufficiente ad escludere la responsabilità del terzo.

Questa logica di 'paternalismo indiretto' può presentarsi in due forme diverse, a seconda della ragione per la quale il diritto penale considera il consenso della vittima insufficiente ad escludere la responsabilità penale dell'autore.

Una prima ragione per la quale ciò può accadere è che il diritto ritenga che, per le caratteristiche della condotta o per la situazione in cui versi la vittima, il suo consenso debba considerarsi invalido, la sua volontà viziata, non sufficientemente libera o consapevole. In questa logica rientrano tutti i casi discussi *supra*, al § 5.1: molti di questi reati presuppongono un consenso, una 'collaborazione', della vittima o comunque non la escludono, e tuttavia la ritengono — a ragion veduta — insufficiente ad esimere il reo da responsabilità, dal momento che la 'collaborazione' della vittima è carpita con l'inganno o con la forza o approfittando di una sua condizione di incapacità o di immaturità o dell'influsso coartante che una situazione di oggettiva difficoltà o bisogno ha avuto sulla formazione del suo volere.

Si tratta, comunque, di paternalismo *tutorio*, non certo dispotico; e, come ho cercato di mostrare (*supra*, § 5.2), la logica del paternalismo tutorio è perfettamente coerente coi principi di autonomia e del danno a terzi.

11. (Segue) B) *Diritti indisponibili*. — Una seconda ragione per la quale il diritto può considerare il consenso della vittima insufficiente ad escludere la responsabilità penale dell'autore di un reato ha, invece, a che fare con l'oggetto del consenso, con ciò a cui si consente. Entra qui in gioco la categoria dei cosiddetti diritti indisponibili, o irrinunciabili: diritti ai quali non si può rinunciare, che fanno parte del bagaglio di una persona quale che sia la sua volontà a riguardo. L'irrilevanza del consenso, in questi casi, deriva da una sorta di trinceramento al quale è sottoposto l'interesse aggredito dalla condotta, che lo rende invulnerabile allo stesso volere del suo titolare.

Vengono, qui, in rilievo i casi classici dell'omicidio del consenziente (579 CP) e dell'aiuto al suicidio (580 CP) (che nella logica del codice penale valgono a sancire che la vita costituisce, appunto, un bene indisponibile da parte del suo stesso titolare), come anche i limiti alla disponibilità del diritto all'integrità fisica segnati dall'art. 5 CC. Se un paternalismo (dispotico) indiretto esiste, questi ne rappresentano i casi paradigmatici: in essi infatti è — almeno apparentemente — centrale il bene del titolare del diritto, e non invece la sua autonomia, che può dirsi anzi compressa,

limitata, dalla vigenza della norma incriminatrice, la quale comporta che la volontà del titolare di subire la lesione, per quanto libera consapevole e responsabile, sia nondimeno insufficiente a rendere lecito il fatto. La natura (indirettamente e dispoticamente) paternalistica di queste incriminazioni discenderebbe, insomma, dalla circostanza che, nel bilanciamento ad esse sottostante, il bene dell'individuo, l'integrità del suo diritto, sarebbero assunti come più importanti del suo stesso volere.

Senonché, basta poco per accorgersi che, nel diritto italiano vigente, l'indisponibilità della vita o i limiti alla disponibilità dell'integrità fisica non trovano affatto il proprio fondamento in ragioni di carattere paternalistico: indisponibilità o limitata disponibilità di questi diritti non sono concepite in funzione del bene del loro titolare, ma costituiscono invece sviluppo di altre logiche, quali il danno a terzi (*sub specie* di danno sociale), la molestia (*sub specie* di turbamento o disgusto della collettività), o il moralismo (*sub specie* di limite del buon costume). È noto, ad es., come il senso storicamente autentico, la *ratio*, degli artt. 579 e 580 CP risieda nell'idea che la vita delle persone costituisca, non già l'oggetto di un loro diritto individuale esclusivo, ma anche di un più generale *interesse collettivo*, o *sociale*: che quelle norme tutelino « quel particolare bene giuridico che concerne l'esistenza fisica delle persone, la cui conservazione rappresenta un prevalente interesse sociale » (71); che dunque la vita vi sia protetta, « non solo nell'interesse dell'individuo [...], ma anche nell'interesse della collettività », poiché « l'ordinamento giuridico attribuisce alla vita del singolo anche un valore sociale, e ciò in considerazione dei doveri che all'individuo incombono verso la famiglia e verso lo Stato » (72). La stessa logica che soggiace anche ai limiti posti dall'art. 5 CC, e in primo luogo alla regola per la quale « gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica » — se è vero che questa regola trova la propria ragione storica fondamentale, ancora una volta, (oltre che in una visione dualistica e patrimonialistica del rapporto della persona col proprio corpo) (73) in una concezione dell'integrità fisica, non tanto come diritto individuale, quanto come « condizione essenziale perché l'uomo possa adempiere i suoi doveri verso la società e verso la famiglia » (74).

(71) *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, vol. II, 375.

(72) Così, ad es., F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. I, 14^a edizione a cura di L. Conti, Milano, Giuffrè, 2002, 43 s.

(73) Cfr. C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 712 s.

(74) *Relazione del ministro guardasigilli sul codice civile*, n. 26. In argomento, v. ad es.: C. PESANTE, voce *Corpo umano (Atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 659; C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000,

Nell'un caso come nell'altro, il limite alla disponibilità del diritto è fondato sull'assunto che certi atti non siano meramente *self-regarding*, bensì *other-regarding*, che siano di competenza della società, che chiamino in causa considerazioni sociali, che il benessere individuale sia anche nell'interesse della società, poiché da quello dipende il perseguimento di obiettivi e finalità proprie di questa. Si tratta, comunque, di limiti che non sviluppano una logica paternalistica (di presa in cura, da parte della collettività, dei diritti dell'individuo *per il bene dell'individuo* stesso), ma che trovano invece fondamento in una *funzionalizzazione sociale della persona*, espressione della logica organicistica, stato-centrica, anti-individualistica del regime fascista: si tratta, insomma, dell'assunto che — in certi casi, almeno — il godimento, e dunque l'integrità, dei bisogni individuali non sia questione di esclusiva pertinenza dell'individuo in capo al quale essi risultano occasionalmente allocati, ma ricada piuttosto in una più generale sfera di pertinenza sovra-individuale, collettiva, sociale, della quale lo stato è, entro certi termini almeno, chiamato a farsi carico (75).

È dunque il principio del danno *sociale* a riempire di senso una scelta incriminatrice solo apparentemente paternalistica.

E non certo a una logica di tutela dell'individuo contro se stesso (la

715, nt. 28; M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in A. GALASSO, S. MAZZARESE (cur.), *Il principio di gratuità*, Milano, Giuffrè, 2008, 288 ss.

A favore di « un *ridimensionamento* della portata dell'art. 5 » quale limite generale alla rilevanza scriminante del consenso, F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, Giuffrè, 1995, 69-74; F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, in questa *Rivista*, 1997, 86 ss.

(75) Non è un caso che l'insoddisfazione oggi ampiamente diffusa, (più) in dottrina (ch) e in giurisprudenza, per il contenuto di norme penali come quella di cui all'art. 579 CP si faccia derivare dall'idea che la Costituzione abbia introdotto nell'ordinamento una visione della persona, e dei suoi attributi fondamentali, radicalmente antagonista rispetto a quella strumentalizzante e organicistica sottesa a quelle norme. Cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, in questa *Rivista*, 1995, 670-727 (soprattutto, 721 ss.); F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, ivi, 1997, 74-125; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 5-10; Id., *Riflessioni sul caso Englaro*, ivi, 2008, 1035-41; D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1195-1212; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, 2008, 68-82; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bologna University Press, 2008; S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in A. CADOPPI (cur.), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2010, 180 ss.

E del tutto analoghe sono le ragioni di insoddisfazione che inducono molti civilisti (se non a considerarlo *tout-court* incostituzionale) a ridimensionare, per via interpretativa, il significato e l'ambito applicativo dell'art. 5 CC. Cfr. (anche per gli ulteriori riferimenti) C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, 715-6; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, Giuffrè, 2002.

cura dei suoi interessi contro la sua stessa volontà), ma ad una di tutela di altre posizioni — di carattere collettivo — *contro l'individuo*, sono ispirati anche gli altri limiti di cui all'art. 5: se non quello della contrarietà alla legge, che però è del tutto generico e circolare, quelli della contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, nei quali emergono, ancora una volta, ragioni che assai poco hanno a che fare col paternalismo, ossia, la logica, sempre ritornante, del danno sociale (*sub specie* di contrarietà dell'atto dispositivo all'ordine pubblico), quella della molestia (*sub specie* di turbamento che il disporre del proprio corpo può arrecare alla collettività), come anche quella del moralismo giuridico (*sub specie* di oltraggio alla morale positiva e al buon costume) (76).

12. *Paternalismo indiretto e valore trasformativo del consenso.* — C'è poi un'altra ragione che rende alquanto problematico qualificare il cosiddetto paternalismo indiretto come una vera e propria forma di paternalismo. E si tratta di una ragione ben più radicale della precedente, poiché, a differenza di questa, è indipendente dalle scelte politiche di questo o quell'ordinamento particolare: si tratta di una ragione che attiene alla struttura dei fatti che si dicono di paternalismo indiretto, e alla capacità del consenso del titolare del diritto di trasformare il significato, il contenuto di disvalore in essi implicito.

Quando si parla di paternalismo indiretto, ci si riferisce a casi strutturalmente imperniati su un *danno ad altri (individui)* (77); questo è evidente, e nessuno lo mette in discussione: l'omicidio del consenziente è, appunto, un *omicidio*, uccisione di un'altra persona; l'aiuto al suicidio è contributo all'altrui suicidio; la mutilazione permanente è una lesione (gravissima) inferta ad un'altra persona; la cessione di sostanze stupefacenti è cessione di sostanze che saranno *altri* a consumare; e così via.

Quel che renderebbe queste ipotesi — strutturalmente basate su un danno ad altri — delle varianti del 'danno a se stessi' sarebbe, come si è detto, il consenso della vittima: sarebbe questo consenso a trasformare il

(76) Per tutti, C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 149: « la contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume invalida il consenso in quanto affetta la materialità della condotta consentita, nelle sue modalità e conseguenze, nel suo incidere su interessi di portata non soltanto individuale.//Vale a dire che il limite dell'ordine pubblico e del buon costume concorre a circoscrivere la disponibilità dell'interesse sacrificato: lesi oltre una certa misura, o con determinate modalità, taluni interessi di natura privata coinvolgono i valori collettivi dell'ordine pubblico e del buon costume, sfuggendo alla disponibilità del titolare ».

(77) Cfr. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (cur.), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2008, 115; D. PULITANO, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2010, 520.

significato fondamentale di queste vicende, *da danno ad altri in danno a sé*, e a trasformare perciò le relative incriminazioni in altrettanti esempi di paternalismo.

12.1. Occorre allora chiedersi se, ed in che limiti, il consenso abbia effettivamente questo potere di trasformare così radicalmente il significato morale — o, se si preferisce, il disvalore sociale — del fatto (78).

Non c'è dubbio che in certi casi il consenso abbia in effetti un valore trasformativo assai radicale; si tratta però di casi del tutto diversi da quelli che si vorrebbero ricondurre al paternalismo indiretto: casi, cioè, nei quali il consenso ha valore *'de-tipizzante'* poiché funziona come la variabile fondamentale dal ricorrere o dal mancare della quale dipende che il fatto costituisca, rispettivamente, una offesa (e dunque integri un tipo di illecito, un fatto carico di disvalore sociale) o un normale accadimento della vita quotidiana. Detto altrimenti, se c'è il consenso, in questi casi non c'è alcun danno. Il consenso è, ad es., capace di trasformare una violazione di domicilio in un invito a cena, una violenza sessuale in un atto di piacere reciproco, un sequestro di persona in un viaggio in aereo, e via dicendo. Nella logica di questi avvenimenti, la presenza o la mancanza di una certa volontà dell'avente diritto *decide* dell'esistenza stessa dell'offesa tipica: il dissenso del titolare dell'interesse protetto è parte costitutiva (esplicita [es.: artt. 609-bis e 614 CP] o implicita [es.: art. 605 CP]) del tipo di illecito. Tant'è che si può ragionevolmente sostenere che ciascuna di queste norme penali tuteli una diversa sfaccettatura del medesimo macro-bene costituito dalla *libertà*, dalla *autonomia*, della persona: libertà personale, libertà sessuale, libertà da intrusioni nel proprio domicilio.

In altri casi, il valore trasformativo del consenso non è così radicale: esso (quando è genuino e proviene da un soggetto competente) altera pur sempre i valori in gioco, ma non giunge fino al punto di dissolvere ogni disvalore morale e sociale del fatto. Nonostante il consenso, il fatto mantiene profili di dannosità, di disvalore. La ragione per cui ciò accade è semplice: mentre nei casi rispetto ai quali il consenso ha valore *de-tipizzante* tutto il disvalore del fatto si può leggere, come detto, nei termini di una aggressione alla altrui libertà, cosicché il consenso dell'avente diritto, eliminando questa aggressione, elimina in radice tutto il disvalore del fatto, negli altri casi, invece, l'aggressione dell'altrui libertà convoglia in

(78) Per una discussione approfondita del potere *'morally transformative'* del consenso, e delle forme che questo potere può assumere, v. per tutti: H.M. HURD, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*, 2(1996), 121-46; L. ALEXANDER, *The Moral Magic of Consent (II)*, in *Legal Theory*, 2(1996), 165-74; A. WERTHEIMER, *What Is Consent? And Is It Important?*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2000), 559-60; Id., *Consent to Sexual Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 119 ss.

sé solo una porzione del disvalore complessivo del fatto, il quale presenta ulteriori profili di offensività che sono da quella indipendenti.

Per casi di questo genere risulta particolarmente appropriata la dizione (tratta, come noto, dal linguaggio penalistico tedesco) di ‘consenso dell’offeso’ (*Einwilligung des Verletzten*), ad intendere che qui il consenso non esclude l’offesa, o il ‘danno’ (*die Verletzung*), ma tutt’al più ne altera il significato complessivo (79). Il disvalore morale e sociale (e, in quanto ne costituisca riflesso, anche penale) del fatto non può che dipendere, in questi casi, da un giudizio, come suol dirsi, ‘tutto considerato’ (*all things considered*), nel quale il consenso (genuino e competente) dell’avente diritto figura come uno soltanto degli elementi da tenere in considerazione: si tratta, insomma, di fare un bilanciamento mettendo su un piatto il valore del consenso, quale espressione dell’autonomia della ‘vittima’, e gli eventuali ulteriori profili benefici del fatto e sull’altro piatto i distinti e contrapposti profili di disvalore che la realizzazione del fatto nondimeno presenta. Dall’esito di questo bilanciamento dipende che il ‘consenso dell’offeso’

(79) Per indicare le due funzioni fondamentali (de-tipizzante e scriminante) che il consenso può assumere, nella dottrina tedesca è usuale distinguere (almeno a partire da F. GEERDS, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, in *GA*, 1954, 262 ss.) tra *Einverständnis* (o accordo) e *Einwilligung* (o consenso vero e proprio). Per tutti, P. BOCKELMANN, K. VOLK, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, 1987, 101 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlin, New York, de Gruyter, 1983, 197 ss., 357 ss.; M. MAIWALD, *L’evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, ed. it. a cura di V. Militello, Torino, Giappichelli, 1993, 57 ss.; U. KINDÄUSER, *Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung*, in *Festschrift für H.-J. Rudolphi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, 135-50; T. RÖNNAU, *Vor § 32*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., *Zweiter Band (§ 32 bis 55)*, Berlin, De Gruyter, 2006, Rn. 146 ss. In senso critico, v. però C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 5. Aufl., München, Beck, 1997, § 13.

La distinzione è diffusamente ripresa anche in seno alla dottrina italiana. V., ad es., tra gli altri: F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell’avente diritto*, Milano, Giuffrè, 1995, 14; C. GOBBI, *Einverständnis, Einwilligung, consenso. Un confronto tra due ordinamenti (relativamente ai reati sessuali)*, in *Ind. pen.*, 2003, 783-849. Nonché, nella manualistica: T. PADOVANI, *Diritto penale*, 10^a ed., Milano, Giuffrè, 2012, 151 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2004, *Sub Art.* 50/1-5; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2008, 369 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, Giuffrè, 2007, 260.

Nella letteratura anglo-americana, v. ad es.: G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Legal Thought*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1996, 109-12; M.D. DUBBER, *Criminal Law. Model Penal Code*, New York, Foundation Press, 2002, 238 ss.; V. BERGELSON, *Consent to Harm*, in *Pace Law Review*, 28(2008), 694.

Parzialmente analoga è, poi, la distinzione, tracciata da H.M. HURD, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*, 2(1996), 123-4, tra consenso che funzioni come « moral transformative » (capace di trasformare quello che altrimenti sarebbe un *wrong* in un fatto perfettamente lecito) e consenso che funzioni invece come « stained permission » (che genera in altri il permesso di compiere un atto che, nonostante il permesso, rimane un *wrong*, che insomma attribuisce ad altri un *right to do wrong*: concetto che, sotto diversa forma, ci tornerà utile più avanti, nelle conclusioni).

abbia l'effetto di escludere, o solo di attenuare, il disvalore morale e sociale complessivo del fatto: al che dovrebbe conseguire che — se il diritto penale deve tener conto del valore morale e sociale delle vicende di cui si occupa — che il fatto commesso col 'consenso dell'offeso' debba, rispettivamente, essere escluso dall'area del penalmente illecito (per lo più, in quanto scriminato) oppure debba esservi incluso, ma punito ad altro titolo (ad es.: prostituzione minorile anziché violenza sessuale) o per lo stesso titolo ma con sanzione più lieve di quella che sarebbe appropriata se mancasse il consenso (da valutare, se non altro, come attenuante generica).

Per dirla con Alan Wertheimer, non è sempre detto che l'alchimia morale del consenso riesca a trasmutare il valore di un atto da piombo in oro: in certi casi può solo trasmutarlo in argento (80); e in altri casi ancora, vien da aggiungere, la trasmutazione può non riuscire affatto. Tutto dipende dalla circostanza che nel caso di specie — tolto il dissenso della 'vittima' — siano, o meno, presenti « additional moral impediments » alla realizzazione del fatto (81), e da quanto siano *forti* questi impedimenti morali addizionali.

12.2. Tornando al nostro tema, è evidente che quando si parla di paternalismo indiretto si dà per presupposto che il fatto rimanga dannoso *nonostante* il consenso dell'avente diritto: i casi che si vogliono etichettare in quel modo sono caratterizzati dal fatto che in essi la volontà del titolare del diritto funge da consenso del'offeso, e può dunque tutt'al più escludere la lesione del *diritto sul bene* (il diritto del consenziente), ma non la lesione del *bene* stesso. È chiaro, insomma, che il consenso del titolare del diritto non ha qui un valore trasformativo così radicale e completo da trasformare il piombo in oro, o — fuor di metafora — da escludere del tutto il persistere del 'danno' (che, anzi, presuppone, poiché altrimenti saremmo per definizione fuori dal paternalismo, che richiede pur sempre un 'danno a sé').

E tuttavia si tratta di capire se, pur senza eliminare il 'danno', questo consenso possa nondimeno trasformarne il valore morale e sociale in maniera comunque così forte da farne un 'danno a sé', da 'danno ad altri' che altrimenti sarebbe: da far sì, insomma, che, da un punto di vista morale, il fatto appartenga tutto a chi lo subisce e per nulla a chi lo cagiona.

Io credo che ciò non sia possibile: che questa (quella, cioè, sottesa all'idea di paternalismo indiretto) sia una lettura errata del significato

(80) A. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 121.

(81) E. PINCOFFS, *On Consenting*, in L.T. SARGENT (ed.), *Consent: Concept, Capacity, Conditions, and Constraints*, in *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 12(1979), 108 (citato in A. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relationships*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 121).

morale e sociale di queste vicende; e che lo sia, in particolare, perché essa finisce per cancellare la posizione morale del terzo (che materialmente infligge il danno), considerandola integralmente assorbita in quella dell'avente diritto e facendo di quegli un mero strumento della volontà di questi. Esito che giudico alquanto problematico, poiché significherebbe disconoscere il valore del terzo in quanto persona: chi infligge il danno è un soggetto morale autonomo, al quale il *bene* che si offende con l'azione consentita oppone degli impedimenti morali distinti ed ulteriori rispetto all'impedimento morale che sarebbe costituito da una contraria volontà del titolare del bene (e che è, però, specificamente eliso dal ricorrere del consenso).

Prendiamo il caso dell'eutanasia, e in particolare di quella che, oggidi, deve ancora considerarsi sicuramente punibile ai sensi dell'art. 579 — l'eutanasia, dunque, che non abbia niente a che fare con un esercizio mediato del diritto del malato di rifiutare le cure (82). Immaginiamo che Tizio sia semplicemente stufo di vivere (ad es., perché non sopporta le ingiustizie di cui vede pervaso il mondo, e di non essere in grado di porvi un rimedio) e che però, non trovando il coraggio di darsi la morte da solo, per realizzare il suo desiderio (vero, non imputabile ad alcuna sua incompetenza basica) si veda costretto a ricorrere al mestiere di Caio, noto esperto di veleni, che è in grado di procurargli una morte indolore, anzi dolcissima. Mettiamoci ora nei panni di Caio: possiamo veramente affermare che l'unica questione moralmente rilevante, per lui, debba essere la volontà di Tizio? Che, posto che sia questi a chiedere d'essere ucciso, nessun ostacolo morale si frapponga a soddisfarne la richiesta? Siamo sicuri, in particolare, che dal *bene* della vita di Tizio non debba discendere alcun ostacolo morale per Caio, una volta che Tizio gli abbia liberamente richiesto di sopprimerla? Siamo sicuri che la volontà, l'autonomia, di Tizio sia l'unico vero *bene* qui in gioco?

Oppure, facciamo il caso della cessione di stupefacenti: che il cessionario, utilizzatore finale, di una certa dose di cocaina sia perfettamente consapevole di ciò che sta acquistando e delle conseguenze che potranno derivargliene in caso di assunzione (*in primis*, tossicodipendenza), sgombra forse il campo da ogni possibile obiezione morale alla condotta del cedente? Priva forse questa condotta di ogni autonomo disvalore etico e sociale (83)?

(82) Il quale esercizio mediato (cosiddetta eutanasia passiva consensuale) è lecito ai sensi del combinato disposto degli artt. 51 CP e 32 Cost. Sul punto, rinvio chi volesse ad A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2008, 267 ss.

(83) Non considero qui la possibilità di argomentare che, almeno in certi casi, il consumo (e dunque la cessione) di stupefacenti non produca alcun danno a chi ne consuma. Non che si tratti di argomento privo di qualsiasi plausibilità. Esso, però, esclude in radice che

Sia chiaro, non voglio in questo modo giustificare l'esistenza di incriminazioni come quelle dell'omicidio del consenziente o dell'aiuto al suicidio nella loro formulazione attuale, né intendo portare acqua al mulino del proibizionismo in fatto di stupefacenti. Sono disposto a riconoscere che possano darsi situazioni, ad es. di estrema sofferenza, nelle quali si può essere moralmente giustificati ad adempiere una richiesta eutanassica consapevole o una richiesta di cessione di stupefacenti; anche in questi casi, però, ecco il punto, non si tratta semplicemente di soddisfare la volontà del richiedente: la sola richiesta, libera e consapevole, non vale, cioè, a spazzare il campo da qualsiasi remora morale per il terzo chiamato ad adempierla; si tratta semmai di una decisione che può risultare moralmente giustificata in forza di un bilanciamento tra diversi beni che possono venire in gioco, quali ad es. la vita (che, come l'integrità fisica, è un bene in sé, a prescindere dalla volontà del suo titolare), il diritto a non soffrire, l'autonomia.

De iure condendo, ciò non significa che eutanassia attiva o cessione di stupefacenti siano *tutto considerato* immorali (o che lo siano sempre, necessariamente), né che debbano essere incriminate (o che debbano esserlo sempre, necessariamente): significa, piuttosto, che la scelta, che può anche essere legittima, di non criminalizzarle non può essere ricavata dall'assunto che questi fatti vertano *solo* su un danno a sé, e *non* su un danno ad altri: quella scelta andrà invece ricavata, essenzialmente, in termini di prevalenza di un bene sull'altro — ad es. del bene di non soffrire sul bene di vivere soffrendo (nei casi di cosiddetta eutanassia attiva pietosa) o sul bene di non diventare tossicodipendenti (nel caso di somministrazione palliativa di stupefacenti e nell'ambito di una terapia del dolore) — cosicché il disvalore morale e sociale *prima facie* posseduto dalla condotta (eterolesionistica) risulti tutto sommato compensato dal valore morale e sociale del bene che essa permette di conseguire.

Se però ammettiamo che la posizione morale del terzo non può considerarsi semplicemente assorbita in quella del titolare del diritto — che il ruolo morale, e sociale, del terzo è più complesso che non quello di un mero strumento nelle mani del titolare del diritto — allora il consenso di questi non può più dirsi in grado di trasformare, senza residui, un danno ad altri in un danno a sé, e non ha più senso leggere incriminazioni come quelle dell'omicidio del consenziente o della cessione di stupefacenti come espressioni di paternalismo (indiretto). Per quanta rilevanza si voglia attribuire alla volontà del titolare del diritto, la vicenda di cosiddetto paternalismo indiretto non si potrà mai completamente tradurre in termini

si possa parlare di 'paternalismo', se è vero che questo ruota, come da definizione, sull'aspirazione ad evitare che un soggetto faccia *danno* a se stesso.

tali da cancellarne l'intrinseca natura di un danno ad altri (84). Il paternalismo — ammesso (e non concesso) che ci sia — rappresenta solo una parte della storia raccontata da queste incriminazioni: il resto della storia è fatto dalla vicenda morale e sociale del terzo, irriducibile — poiché anche il terzo è una *persona* — a mera proiezione esterna del volere dell'avente diritto, e che dunque rappresenta un diaframma invalicabile alla compiuta traducibilità di queste vicende nei termini esclusivi di un 'danno a se stessi'.

13. *Paternalismo esimente?* — Questi ragionamenti — sulla impossibilità di sopprimere l'autonoma rilevanza morale della condotta del terzo — sembrano trovare ulteriore conferma nei casi, che potremmo evocativamente chiamare di 'paternalismo esimente', nei quali il preteso atteggiamento paternalistico dell'ordinamento si esprime in termini negativi: non, cioè, punendo chi cagioni danno a sé, o chi cagioni danno ad altri col consenso di costoro, ma piuttosto *non* punendo chi, agendo a sua volta in maniera paternalistica, violi l'autonomia di un altro soggetto con l'imporgli di tenere, o col fargli subire, per il suo bene, una condotta non voluta.

Si pensi a quella giurisprudenza che esclude la punibilità per lesioni personali (art. 582 CP) e violenza privata (art. 610) del medico chirurgo che "sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto" (85); o al cosiddetto consenso presumibile (86),

(84) Per considerazioni analoghe, v. A. DU BOIS-PEDAIN, *Die Beteiligung am fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens. Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus*, in A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2010; L. CORNACCHIA, *Placing care: spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia* 2011, 261-3.

Una consapevolezza del significato — insopprimibile ed autonomo — della condotta del terzo emerge anche dai ragionamenti che si fanno, in dottrina, a proposito della incriminazione dell'istigazione e aiuto al suicidio: « il nostro diritto ravvisa nel suicidio [*e, a maggior ragione, nell'omicidio del consenziente*] un fatto moralmente e socialmente dannoso, il quale cessa di essere penalmente indifferente quando, a cagionarlo, concorra, insieme con l'attività del soggetto principale, anche un'altra forza individuale estranea. Questo concorso di energie dirette a produrre un danno morale e sociale, quale è il suicidio, costituisce appunto quel rapporto tra persone, che determina l'intervento preventivo-repressivo del diritto contro il terzo estraneo, dal quale esclusivamente proviene l'elemento che fa uscire il fatto individuale dalla sfera intima del suicida ». V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol VIII, 2ª edizione, Torino, UTET, 1951, 96 s.

(85) Così, ad es., Cass., SS.UU., 18 Dicembre 2008, n. 2437, Giulini, in *Diritto penale e processo* 4/2009, 447 ss., con nota di M. PELISSERO, 455 ss.

(86) Su cui, per essenziali ragguagli, v. F. ALBEGGIANI, *Sub Art. 50/6*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO (cur.), *Codice penale commentato*, 4ª ed., Torino, UTET, 2012, ove si sottolinea che « le ipotesi in cui la dottrina attribuisce efficacia scriminante al consenso

meglio inquadrabile come soccorso di necessità (talora ritenuto rilevante ai sensi dell'art. 54) realizzato senza il consenso — e in alcuni casi finanche in presenza di un espresso dissenso — del soggetto a beneficio del quale il soccorso è finalizzato: impedimento dell'altrui suicidio (87), alimentazione coattiva di soggetti in sciopero della fame (88), trattamento coattivo del tossicodipendente che si trovi presso una comunità di recupero (89). O, ancora, si pensi ai casi (che potrebbero rientrare nel campo di applicazione dell'art. 51 CP) di soggetti gravati da un particolare dovere di salvataggio (es.: vigili del fuoco, bagnini), la cui esecuzione venga imposta anche ad un soggetto recalcitrante (che, ad es., non voglia proprio saperne di essere salvato).

Ciascuna vicenda concreta, in realtà, potrebbe presentare — e spesso presenta — peculiarità sue proprie, che la rendano assai meno paternalistica (nel senso del paternalismo dispotico) di quanto essa possa a tutta prima sembrare. Ad es., i casi di salvataggio del recalcitrante molto spesso si presenteranno, piuttosto, come casi di paternalismo tutorio, riferito ad un soggetto la cui effettiva — perfettamente razionale e consapevole — volontà di non essere salvato è difficile da accertare nella concitazione del momento. Così come non mancheranno certo casi nei quali il trattamento coattivo del tossicodipendente si possa imputare alla logica del 'vincolare anticipatamente se stessi' (o 'accordi di Ulisse') (90), anch'essa riconducibile all'area del paternalismo tutorio, più che a quella del paternalismo dispotico.

Non è questo, però, il punto che voglio mettere in evidenza. Mi preme evidenziare, piuttosto, che, anche ad ammettere che in almeno alcuni di questi casi si possa parlare di paternalismo (dispotico), ciò discende dall'autonomo ruolo riconosciuto dall'ordinamento alla posizione morale del terzo 'salvatore'. La ragione fondamentale per cui in questi casi la punibilità rimane esclusa non risiede propriamente nell'idea che si debba imporre il suo bene anche ad un soggetto che non lo voglia, ma piuttosto nella complessità della posizione morale nella quale versa il 'salvatore', nella complessa rete di aspettative morali e sociali nella quale questi è preso per il ruolo che si trova a svolgere al momento di compiere l'azione

presunto sono comunque ipotesi di consenso presunto in cui si agisce nell'interesse del consenziente ».

(87) Su cui v., ad es., D. PUNITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, 517-8.

(88) Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, v. per tutti M. RONCO, *Sub Art. 54/12*, in ID., S. ARDIZZONE, B ROMANO (cur.), *Codice penale commentato*, 4^a ed., Torino, UTET, 2012.

(89) *Ibidem*.

(90) Per alcune riflessioni sul punto, v. ad es. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, Giuffrè, 1995, 54 ss.

benefica e nella ritenuta necessità di tenerne conto ai fini di una valutazione etico-giuridica della sua condotta.

14. *Conclusion: cos'è veramente (l'anti)paternalismo?* — A questo punto, a scanso di facili equivoci, bisogna ch'io dica chiaramente che, con tutto quanto sono venuto sin qui argomentando, non ho inteso affatto sostenere che il dibattito paternalismo/antipaternalismo sia sterile e privo di consistenza. Trovo, anzi, che esso sottenda questioni di grande interesse e attualità politica e politico-criminale, come sono molte di quelle alle quali ho accennato. Credo, tuttavia, (ed è quanto ho cercato di mostrare) che esso non sia un dibattito autonomo, ma costituisca invece aspetto di altri dibattiti intorno alla criminalizzazione e ai cosiddetti limiti morali del diritto penale.

Detto in altro modo, la mia idea è che il vero problema posto dai (o quantomeno, dalla gran parte dei) casi usualmente trattati come casi di paternalismo non sia quello di capire se lo stato o la società siano legittimati ad impedire all'individuo, in vista di un suo bene esclusivo, di compiere condotte autolesionistiche, ma, piuttosto, quello di capire fino a che punto sia per essi legittimo impedirgli di compiere condotte autolesionistiche *per il bene di altri o della società in generale o per la semplice ragione che sono immorali*. Che è, poi, come ognuno vede, nient'altro che un modo di guardare al problema generale dei limiti entro i quali lo stato è legittimato a chiedere al cittadino di astenersi da una qualche condotta per il bene degli altri o per il rispetto dovuto ad un certo codice morale: se e fino a che punto si possa conculcare la libertà dell'individuo, e dunque *strumentalizzarlo*, in vista del conseguimento di un qualche utile altrui o sociale, o al fine di ottenere che un certo insieme di norme morali sia rispettato (91).

Cruciale non è allora la dimensione — ulteriore — della dannosità (sociale o per i terzi, o solo per se stessi) di questa o quella condotta autolesionistica, ma quella — prioritaria — del *diritto* di compierla, anche quando vi siano ragioni di utilità sociale, o interessi di terzi soggetti, o ragioni meramente moralistiche, che le si oppongano: la identificazione, insomma, dei limiti entro i quali la società può chiedere a un soggetto di non esercitare un suo diritto. Cruciale è il tema del 'diritto a sbagliare': se esista, quali contenuti abbia, e fin dove si possa spingere, qualcosa come un *right to do wrong*, un diritto a fare scelte moralmente discutibili, o

(91) Per un ragionamento analogo, con specifico riferimento al tema dell'uso e della cessione di stupefacenti, v. M. DONINI, 'Danno' e 'offesa' nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in questa *Rivista*, 2008, 1582 ss.

pregiudizievole per gli altri o per la società, o semplicemente sciocche o disgustose (92).

È di questo che discutiamo (o di cui vale la pena discutere) quando discutiamo se sia legittimo punire l'eutanasia, o il consumo di stupefacenti, o il sesso sado-maso, ecc. Le questioni centrali alle quali si deve rispondere quando, in ottica politico-criminale, si ragiona intorno a questi tipi di condotta sono: se costituiscano *oggetto di diritti* (ad es., il diritto a rifiutare le cure, la vita come diritto e non come dovere, il diritto a vivere liberamente la propria sessualità, ecc.), se debbano pertanto — cioè, in quanto oggetto di diritti — essere leciti *anche quando risultino immorali o dannosi o disgustosi per terzi o per la società in generale*, ed entro che limiti debbano esserlo.

Questa dimensione — del 'diritto a sbagliare' — sembra passare inosservata alla crociata antipaternalistica. Non che gli antipaternalisti, quando si oppongono al paternalismo, non assumano che ci sono in gioco dei diritti; ma è come se questi diritti se li immaginassero debolissimi, pronti a cedere al primo segno di etero-dannosità del loro concreto esercizio; è come se se li immaginassero necessariamente innocui, esistenti solo a patto di non dar fastidio, di non offendere, di non far del male a nessuno (se non a chi compie la condotta che ne costituisce esercizio). L'interrogativo che bisogna sollevare è invece proprio l'opposto: quanto sono forti certi diritti? fino a che punto sono capaci di reggere anche laddove l'esercitarli può comportare delle conseguenze spiacevoli, per terzi o per la società, o viola valori morali considerati importanti? l'esistenza e la rilevanza di questi diritti non richiede forse che i terzi, o la società nel suo complesso, sopportino, se del caso, una qualche forma di offesa, o di molestia, o un certo ammontare di danno o una qualche dipartita anche significativa dai codici morali diffusi? E qual è questo limite, oltre il quale invece sono le pretese altrui, o della società nel suo complesso, a divenire

(92) Difendono — con argomentazioni e da punti di vista diversi — l'idea che esista un diritto a sbagliare: R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1978), trad. it. a cura di G. Rebuffa, Bologna, il Mulino, 1982, 271; J. RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 274; J. WALDRON, *A Right to do wrong*, in Id., *Liberal rights. Collected papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 63-87. Per una discussione più recente sul tema, v., tra gli altri: D. ENOCH, *A Right to Violate One's Duty*, in *Law and Philosophy*, 21(2002), 355-384; G. ØVERLAND, *A Right to do Wrong*, in *Law and Philosophy*, 26(2007), 379-380; A. SPENA, *The Strange Case of the Protective Perimeter: Liberties and Duties to Non-Interference*, in *Law and Philosophy*, 31(2012), 161-184; nonché, in lingua italiana, un'ampia sezione monografica di *Ragion Pratica*, 24(2005), con contributi di D. Enoch, A. Harel, G. Øverland, E. Garzón Valdés, E. Diciotti, F. Biondo, A. Spena, G. Pino, N. Gullo. Ad ulteriore approfondimento dell'idea che 'fare ciò che è giusto' e 'fare ciò che si ha il diritto di fare' non siano la stessa cosa, mi sia consentito di segnalare anche A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, 2011, 327-9.

prioritarie e a prendere il sopravvento, fino a rendere lecito di impedire al soggetto l'esercizio del suo diritto?

ALESSANDRO SPENA
Straordinario di Diritto penale
Università degli Studi di Palermo