SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXVIII

SILVIA TORDINI CAGLI

PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE E CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO

BUP
Bononia University Press

Opera realizzata con il contributo di

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

1473
Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2008 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-303-6

Impaginazione: Milena Giovannini

Stampa: Editografica (Rastignano, Bologna)

Prima edizione: febbraio 2008

Ad Alessandro
e ai nostri Andrea, Anna e Alberto

Un pensiero speciale
a mia madre Bianca e a mio padre Andrea

RINGRAZIAMENTI

Nel concludere questo lavoro il mio primo pensiero è rivolto al professor Franco Bricola cui mi lega un sentimento profondo di affetto, di stima e di gratitudine; in questo momento, più che mai, il ricordo del mio primo Maestro, che mi ha sempre accompagnato in questi anni, si vena di nostalgia e riconoscenza.

Al professor Luigi Stortoni esprimo la mia più sincera e profonda gratitudine per avermi generosamente accolta, seguita ed incoraggiata nel successivo percorso di ricerca. La sua costante presenza è stata per me un sostegno fondamentale per lo svolgimento ed il completamento del lavoro.

Mi preme infine rivolgere un ringraziamento particolare al professor Filippo Sgubbi, al professor Stefano Canestrari e al professor Massimo Donini per i preziosi consigli e le indicazioni che mi hanno saputo fornire durante la stesura della monografia.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

ACR	Archiv des Criminalrechts
ADPCP	Anuario de derecho penal y ciencias penales
ADP	Anuario de derecho penal
ADPP	Annali di diritto e procedura penale
AöR	Archiv des öffentilichen Rechts
AP	Archivio penale
AT	Allgemainer Teil
BIDPP	Bollettino dell'istituto di diritto e procedura penale
BT	Besonderer teil
CP	Cassazione penale
CDJ	Cuadernos de derecho Jiudicial
CJ	Cuadernos Juridicos
CPC	Cuadernos de politica Criminal
DDDP	Dei Delitti e delle Pene
DDP	Digesto delle discipline penalistiche
DDPr	Digesto delle discipline privatistiche
DFP	Diritto della famiglia e delle persone
DP	Diritto pubblico
DPP	Diritto penale e processo
DS	Diritto e società
ED	Enciclopedia del diritto
EG	Enciclopedia giuridica Treccani
FI	Foro italiano
GA	Goldtammers' Archiv für Strafrecht
GC	Giurisprudenza costituzionale
GD	Guida al diritto
GI	Giurisprudenza italiana
GP	Giustizia penale
IP	Indice penale
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JUS	Jus
JZ	Juristenzeitung

LP	Legislazione penale
MG	Minori e giustizia
NGCC	La nuova giurisprudenza civile commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NssDI	Novissimo digesto italiano
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PD	Politica del diritto
PJ	Poder Judicial
Qcost.	Quaderni costituzionali
QuadIP	Quaderni dell'indice penale
RD	Recuel Dalloz
REC	Revista del centro de estudios constitucionales
RDC	Rivista di diritto civile
RDcost.	Rivista di diritto costituzionale
RGCT	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique
RIDP	Rivista italiana di diritto penale
RIDPP	Rivista italiana di diritto e procedura penale
RIML	Rivista italiana di medicina legale
SI	Studium iuris
SU	Studi Urbinati
TN	Il Tommaso natale
ZSchwR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUZIONE

LA RIVALUTAZIONE DELLA VITTIMA NELLA TEORIA DEL REATO. UNO SGUARDO DI INSIEME

1. *La neutralizzazione della vittima*

Il concetto di vittima è presente senz'altro già nelle istanze culturali proprie dell'origine dell'umanità; seppure, infatti, di etimologia non del tutto certa, – deriva probabilmente dal verbo latino *vicire*, che indicava il sacrificare alla divinità – si connette all'idea del sacrificio ed è comune ad ogni cultura e ad ogni tempo[1]; tuttavia nel campo giuridico e sociologico è sempre prevalsa la tendenza a "dimenticare" la vittima per concentrare l'attenzione sul reo[2]. «La vittima è ingoiata dalla terra, la violenza che l'ha distrutta rimane sopra, la terra non si lamenta»[3].

---

[1] Sulle varie ipotesi etimologiche del termine *vittima*, vedi B. ZANOBIO, *La vittima nella storia*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995, 11. Mette peraltro in evidenza come l'espressione "vittima" sia sostanzialmente estranea al nostro sistema penale, che conosce solo le figure della persona offesa e del danneggiato, fatta eccezione per alcune specifiche normative di tipo socio-criminologico, D. FONDAROLI, *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici alternativi*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 137; per un approfondimento della valenza del termine *vittima*, anche nella realtà scientifica e normativa tedesca, vedi, della stessa autrice, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 316 ss.; sul punto anche G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 260.

[2] F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, in *Collana di scienze criminali*, diretta da G. Canepa, Mantovani, Padova 1981, 373.

[3] Così C. CERONETTI, *La violenza e le vittime*, in *La Carta è stanca*, Milano, 1976, 115, citato in G. GULOTTA, *Dalla parte della vittima: un'introduzione*, in G. GULOTTA, M. VAGAGGINI (a cura di), *Dalla parte della Vittima*, Milano, 1986, 6 ss.

Nella storia del diritto penale, con riferimento alla rilevanza del ruolo della vittima, si possono distinguere due grandi fasi: nel diritto romano primitivo, nel diritto dei popoli germanici e in parte nel Medioevo, la reazione al delitto era di pertinenza esclusiva dell'offeso dal reato; era il diritto penale della "vendetta privata" che poi, progressivamente, ha lasciato il posto ad un diritto penale pubblico, basato su di un modello processuale di stampo inquisitorio, che, concentrando il monopolio della giustizia penale nell'apparato Statale, privò progressivamente la vittima di ogni ruolo significativo[4]. Da qui, nonostante le note eccezioni a tale monopolio (si pensi alla perseguibilità a querela di parte riservata ad alcuni reati), comincia un progressivo processo di oblio della vittima, di negazione della sua rilevanza, e, di conseguenza, di perdita di interesse scientifico per la stessa.

È stato detto che il diritto statale nasce con la neutralizzazione (*Neutralizierung*) della vittima e che l'aver neutralizzato la vittima e generalizzato i suoi interessi sono grandi conquiste nell'ambito del controllo delle irregolarità sociali, segnali di un diritto penale statale[5].

---

[4] U. Gatti, M. Marugo precisano come la visione del crimine come offesa al singolo individuo più che allo Stato, e dunque il radicale mutamento di atteggiamento rispetto alla reazione al crimine, si ebbe con il Regno di Guglielmo il Conquistatore, che segnerebbe così il punto di svolta da una giustizia centrata sulla restituzione ad una giustizia centrata sullo Stato; vedi U. Gatti, M. Marugo, *La vittima e la giustizia riparativa*, in G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 89 ss. Sull'evoluzione del ruolo della vittima nella giustizia penale, vedi anche A. Manna, *La vittima del reato: "a la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, tomo I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, 957 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 224 ss.; E. Neuman, *Victimologia*, Buenos Aires, 1984, 253 ss; C. Schneider, *Viktimologie, Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen, 1975, 184 ss.; J.M. Silva Sanchez, *VIII Cursos de Verano en San Sebastian, Victimologia*, Dirigido por Antonio Beristain, Josè Luis de la Cuesta, Servizio Editorial Universidad del Pais Basco, 1990, 77 ss.; E. Venafro, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della tutela della vittima nel nostro sistema penale*, in E. Venafro, C. Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., 11 ss.

[5] Cfr. W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, 70 ss.; W. Hassemer, J.P. Reemtsma, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002, 47 ss.

La vittima deve essere neutralizzata perché rappresenta una doppia minaccia: nel pericolo è portata a diventare autore in quanto tende a rispondere con la violenza alla violenza di cui è oggetto[6], inoltre crea il pericolo che l'interesse individuale della stessa si socializzi, ossia che gruppi alla stessa legati (o che si sentano alla stessa legati) si facciano giustizia con faide e vendette[7].

Ma la neutralizzazione della vittima si riconnette anche all'avvio del processo di secolarizzazione del diritto penale, che porta ad una sempre maggiore astrazione dei parametri di riferimento della legittimazione dell'intervento penale rispetto all'interesse concreto del singolo[8].

Il sistema punitivo si finalizza essenzialmente al mantenimento della pace sociale e dell'ordine sociale, si affermano così sempre più le istanze di generalprevenzione e retribuzione; la valenza riparatoria della pena viene totalmente dimenticata[9].

---

[6] Forme di "giustizia privata" non solo sono tuttavia ancora diffuse, ma in alcuni casi sono addirittura legittimate dalle istituzioni, con particolare riguardo ai reati contro il patrimonio, laddove l'autore sia individuato; si nota, in proposito, che soprattutto nelle aziende vengono risolti i conflitti attraverso l'irrogazione di vere e proprie sanzioni disciplinari e che nei supermercati possono riscontrarsi una grande varietà di rimedi privati che vanno da forme di risarcimento semplice a vere e proprie misure interdittive o a sfondo punitivo: l'impossibilità di entrare nuovamente nel locale, l'esposizione della fotografia dell'autore del reato nell'albo interno del negozio; nella prassi tedesca sono diffuse vere e proprie sanzioni pecuniarie, come l'obbligo di pagare il premio per colui che ha scoperto l'autore del fatto, ovvero l'obbligo di pagare una quota di denaro in proporzione alla merce sottratta (cfr. C.E. Paliero, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, 275 ss. Per una analisi della prassi austriaca, cfr. M. Burgstaller, *Der Ladiendiebstahl und seine private Bekämpfung*, Wien, 1981, 80 ss. Sull'argomento della privatizzazione della tutela come risultato del diffuso senso di insicurezza, e fonte di nuova criminalità, cfr. anche G. Artz, *Das Ruf nach recht und Ordnung*, Tübingen, 1976, 44 ss.).

[7] Già Rocco inseriva nelle varie forme di "pericolo sociale mediate" conseguente al reato, il pericolo di nuovi reati da parte della vittima o dei familiari o da gruppi sociali vicini alla vittima, cfr. Art. Rocco, *L'oggetto del reato*, Roma, 1913, 385 ss.

[8] Su tale profilo, cfr. B. Magro, *Etica laica e tutela della vita umana*, «RIDPP», 1994, 1382.

[9] W. Hassemer, J.P. Reemtsma, *Verbrechensopfer*, cit., 112 ss.; D. Riponti, *La vittima nel quadro della giustizia penale*, in G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 56 ss.; E. Venafro, *Brevi cenni introduttivi*, cit., 12.

Come è stato correttamente rilevato, inoltre, l'estromissione dal dibattito scientifico della figura e del ruolo della vittima raggiunge il suo apice nel momento di massima teorizzazione del concetto di bene giuridico, quale necessario oggetto di tutela del diritto penale[10].

In particolare, secondo questa linea di pensiero, una prima breccia nella concezione personalistica del reato – e dunque nella considerazione della vittima quale riferimento essenziale nella ricostruzione della funzione del diritto penale – sarebbe stata aperta da Birnbaum, il quale, per primo, si allontanò dalla teoria sostenuta da Feuerbach, – e al tempo dominante – che vedeva il reato come lesione di un diritto soggettivo, proponendo una concezione del reato come fatto offensivo di un "bene"[11]. Egli, tuttavia, pur arrivando ad ammettere una bipartizione tra reati offensivi di beni individuali e reati offensivi di beni collettivi, sarebbe comunque rimasto ancorato ad un concetto individuale di reato e avrebbe, infatti, rigettato l'accusa di aver ridotto il bene individuale (la vita umana in particolare) a mero strumento per la conservazione dello Stato, da intendersi quale bene supremo[12].

L'abbandono di un qualsiasi individualismo nella teoria del reato sarebbe, dunque, avvenuto solo con Binding, vero e proprio teorico del concetto di bene giuridico, inteso, principalmente, quale bene dotato di "valore sociale", svincolato, dunque, da un qualsivoglia riferimento al soggetto passivo. Il processo di astrazione del reato dal singolo sarebbe poi stato accentuato, forse anche involontariamente ed indirettamente, da v. Listz laddove egli pose la, pur necessaria, distinzione tra oggetto materiale dell'azione illecita ed oggetto giuridico della tutela, collocando nella prima categoria la vita dell'uomo concretamente offesa e nella seconda la vita in assoluto[13].

---

[10] Cfr. A. Eser, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, «RIDPP», 1997, 161 ss.

[11] A. Eser, *Bene giuridico e vittima del reato*, cit., 161 ss.

[12] Cfr. J.M.F. Birnbaum, *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum begriffe des Verbrechens*, «ACR», 1834, 166.

[13] Cfr. K. Binding, *Die Normen, und ihre Übertretung*. I bd. I Ab: Normen und Strafgesetze, Leipzig, 1872, 187 ss.; F. v. Listz, *Rechtsgut und Handlungbegriff im Bindingschen Handbuche*, «ZStW», 1886, 673; Id. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1888, 19 ss. Per la ricostruzione effettuata nel testo, vedi, comunque, A. Eser, *Bene giuridico e vittima del reato*, cit., 168 ss.

Quali che siano le ragioni della dimenticanza della vittima, è certo che il diritto penale "moderno" è stato un diritto orientato all'autore[14] così come esclusivamente caratterizzata dal "pensare per autori" si è mostrata la scienza criminologica, in ossequio ad una «tradizionale ancillarità nei confronti di un diritto penale segnato a sua volta dalla vocazione a ricercare sempre e comunque il colpevole da sottoporre a sanzione[15]; la riforma del diritto penale, nel XX secolo, è stata una riforma nell'interesse dell'autore e il polarizzarsi dell'attenzione sul criminale ha portato ad una visione del reato come fenomeno unilaterale, così come del rapporto criminale-vittima, come un rapporto di contrapposizione netta: l'uno colpevole, l'altra assolutamente innocente[16].

2. *La riscoperta della vittima e la vittimologia*

Una prima elaborazione sistematica del ruolo della vittima nella realizzazione del fatto di reato si ha solo con v. Hentig[17], generalmente ritenuto il fondatore della vittimologia[18].

---

[14] W. Hassemer, *Einführung*, cit., 67; K. Roxin, *La posizione della vittima nel sistema penale*, «IP», 1989, 5 ss.; A. Eser, *Bene giuridico e vittima del reato*, cit., 1079. Per una breve ricostruzione del diverso atteggiamento adottato nei confronti della vittima dalla scuola classica e dalla scuola positiva, vedi E. Venafro, *Brevi cenni introduttivi*, cit., 13 ss. L'autrice mette peraltro in evidenza come la pur innegabile attenzione riservata dalla scuola positiva, ed in particolare dal Ferri, alla vittima, come terzo protagonista del fenomeno criminale, si mantiene tuttavia in un'ottica strumentale di lotta al delitto e non di valorizzazione delle istanze concrete della vittima concreta, ottica che, dunque, risulta assai lontana dall'approccio vittimologico in senso stretto.

[15] G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., 254.

[16] Vedi, per quanto concerne la contrapposizione di ruoli tra autore e vittima anche all'interno della dinamica processuale, le penetranti osservazioni di C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, «RIDPP», 1994, 1227 ss.

[17] H. v. Hentig, *The Criminal and his victim*, New York, 1948.

[18] Il termine, come messo in evidenza da G. Forti (*L'immane concretezza*, cit., 258), si deve ad uno studio di F. Wertham sulla criminalità violenta, *The Show of Violence*, New York, 1949, in cui l'autore scrive «Non si può comprendere la psicologia dell'assassino senza capire la psicologia della vittima. Ciò di cui abbiamo bisogno è una scienza della vittimologia», passo citato da G. Forti, *ivi*, nota 295.

La vittimologia, secondo alcuni, scienza autonoma[19], secondo altri, branca speciale della criminologia[20], sull'onda delle affermazioni di v. Hentig[21], si propone come scienza della vittima del reato e si pone, parallelamente alla criminologia (e comunque anche in funzione strumentale rispetto ai mezzi ed ai risultati della stessa), come scienza dalla parte delle vittime, ossia a tutela delle stesse. Questo avviene, da un lato, come risposta ad una istanza di prevenzione dei crimini[22]: lo studio cioè delle vittime, reali e potenziali, lo studio in particolare delle così dette attitudini vittimali è in funzione, precipuamente, della prevenzione del crimine, attraverso la identificazione, preventiva, appunto, dei soggetti che per loro particolari predisposizioni, originarie o acquisite, o per i rapporti con il potenziale soggetto agente, hanno maggiori probabilità di diventare vittime di fatti criminosi[23]. Esigenze, dunque, sempre più sentite da parte dei cittadini di sicurezza, derivanti, tra l'altro, da una continua e progressiva crescita della criminalità, hanno senz'altro contribuito – seppure innestate su di un substrato socio-culturale già predisposto

---

[19] Cfr. B. Mendelsohn, *Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la Victimologie*, «RICPT», 1956, 2, 96.

[20] Cfr. G. Tranchina, *Premesse per uno studio sulla rilevanza della vittima nella dinamica dei fatti criminosi*, «TN», 1975, 46; G. Gulotta, *La vittimologia, aspetti crimologici. Il problema della criminalità*, in *Collana di Scienze criminali*, cit., 107, secondo il quale strutturando la vittimologia come scienza autonoma potrebbe derivarne il rischio di ancorarla ad una prospettiva troppo "vittimocentrica", ripetendo così lo stesso errore in cui per troppo tempo è incorsa la criminologia.

[21] Secondo l'Autore, i rapporti tra agente e destinatario dell'azione sono molto più intricati di quanto non rappresenti, in termini meccanici, il diritto penale, tanto che spesso, nelle numerose possibilità di causazione del reato, la vittima assume il ruolo di una causa determinante. Cfr. H. v. Hentig, *The criminal und his victim*, cit., 384 ss.

[22] Cfr G. Gulotta, *La vittimologia*, cit., 114 ss.; P. Nuvolone, *La vittima nella genesi del delitto*, «IP», 1973, 640 ss.

[23] Le predisposizioni vittimogene specifiche sono varie e sono classificate secondo diversi criteri: funzione dell'origine possono distinguersi quelle innate e quelle acquisite; da un punto di vista temporale si possono distinguere invece le predisposizioni permanenti, temporanee e passeggere; altra distinzione proposta è quella tra predisposizioni biofisiologiche (es. l'età e il sesso), sociali (es. la professione, le condizioni economiche, l'ambiente frequentato, lo stato di immigrato) e psicologiche (es. le deviazioni sessuali; alcuni tratti del carattere).

– in modo senz'altro pregnante all'accensione di un rinnovato interesse per le vittime del reato[24].

Dall'altro lato, la elaborazione vittimologica si pone in una prospettiva volta alla giusta e sicura riparazione per i pregiudizi inferti alle vittime dei reati in conseguenza del fatto di reato (c.d. vittimizzazione primaria), e per quelli eventuali ed indiretti, conseguenti alla partecipazione della vittima all'*iter* processuale (c.d. vittimizzazione secondaria).

In questo senso, nell'ambito degli scopi che si propongono i vittimologi, rientra anche la istituzione di strutture con precise finalità assistenziali e di reinserimento in una condizione di esistenza normale per le vittime dei reati, così come per le famiglie delle stesse[25].

L'approfondimento dello studio della vittima del reato porta progressivamente ad un nuovo concetto di vittima, nel senso che questa non viene più vista come *un facteur passif*[26], ma come un elemento che in varie misure e in vario modo può entrare nella genesi o nell'esecuzione del fatto di reato. Nasce la c.d. "coppia penale", che si accompagna ad una diversa concezione del reato stesso: il fenomeno criminale non più come atto unilaterale ma come fenomeno dinamico, come interrelazione complessa tra due soggetti[27].

Il soggetto passivo, dunque, non è più, secondo i vittimologi, sempre tale, ma può inserirsi, più o meno attivamente, nella dinamica del crimine.

---

[24] In questo senso, si mette in evidenza come questo profilo del rinnovato interesse sia stato a lungo e spesso permeato da istanze di carattere retributivo, e si sia connotato nei termini di un diritto penale simbolico motivato più che altro dalla «volontà di esibire soprattutto una mobilitazione istituzionale nei confronti di vittime potenziali» (così G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., 255 ss.; W. Hassemer, *Einführung*, cit., 70; A. Manna, *La vittima del reato*, cit., 964 ss.).

[25] Cfr. G. Gulotta, *La Vittimologia*, cit., 151 ss; Bandini, *Vittimologia*, voce in «ED», XLVI, 1993, 1014.

[26] Così B. Mendelsohn, *Una nouvelle branche*, cit., 96.

[27] B. Mendelsohn, ad esempio, ritiene che la correlazione tra autore e vittima possa presentare quattro aspetti psicosociali, la vittima è causa dell'infrazione; la vittima è il pretesto per l'infrazione; la vittima è il risultato di un consenso, la vittima è la conseguenza di una coincidenza (cfr. *Una nouvelle branche*, cit., 101). Cfr. per una sintesi critica delle posizioni, P. Pittaro, *La vittima nel quadro della criminologia*, in G. Gulotta, M. Vagaggini (a cura di), *Dalla parte della vittima*, cit., 47 ss; F. Mantovani, *Il problema della criminalità*, cit., 375.

Varie sono le modalità, e quindi numerosissime le distinzioni proposte nell'ambito della categoria generale della vittima sotto questo profilo; basti pensare alle distinzioni proposte da Mendelsohn, che individuò una vittima completamente innocente (c.d. vittima ideale); una vittima meno colpevole dell'autore (c.d.vittima per ignoranza); una vittima colpevole nella stessa misura del soggetto agente (c.d. vittima volontaria); una vittima colpevole in misura maggiore rispetto al soggetto agente (c.d. vittima provocatrice e/o tale per imprudenza); una vittima unica colpevole (c.d. vittima-aggressore e/o simulatrice)[28].

Al di là delle singole classificazioni e definizioni è naturale come questo genere di impostazione non possa non portare ad un abbandono del concetto tradizionale di soggetto passivo (che si adatterebbe solo alla c.d. vittima ideale) e ad un riconoscimento di un possibile ruolo attivo della vittima nella dinamica del crimine.

Una siffatta valorizzazione si trasforma inevitabilmente, già in quella prima fase, in una forma di tutela anche per l'aggressore, in quanto alla condotta del soggetto passivo si attribuisce, fin dall'inizio, una efficacia di individualizzazione della sanzione penale; la vittima può entrare, infatti, a far parte degli elementi di commisurazione della pena, cosicchè la vittimologia non si pone più solo come scienza complementare alla criminologia, ma anche come strumento utile ad una corretta applicazione del diritto penale sostanziale e processuale[29].

Come è facilmente intuibile la rilevanza della vittimologia non è tanto nella novità dei principi da essa proposti, quanto nella generalizzazione e teorizzazione dei principi stessi.

Già il Codice Rocco conteneva disposizioni che attribuivano ambiti di rilevanza al ruolo della vittima; si pensi, solo per citare al-

---

[28] Le classificazioni delle vittime in relazione al ruolo dalle stesse occupato nella dinamica dell'*iter criminis* variano da autore ad autore. Cfr. tra gli altri E.A. Fattah, *La victime est-elle coupable*, Montreal, 1971; H. v. Hentig, *The criminal and his victim*, cit., 389 ss.; B. Mendelsohn, *Una nouvelle branche*, cit., 101; E. Neuman, *Victimologia*, cit. 68 ss.; P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 99 ss. Per una sintesi delle varie posizioni, cfr. E. Neuman, *Victimologia*, cit., 60 ss.

[29] Cfr. già B. Mendelsohn, *Une nouvelle branche*, cit., 107 ss.; in modo più consapevole cfr. C. Schneider, *Viktimologie*, cit. 186, il quale afferma che «gli elementi vittimologici devono entrare nel giudizio di commisurazione della pena, ma senza essere svincolati dagli altri elementi di commisurazione».

cune ipotesi di parte generale, all'attenuante del contributo doloso dell'offeso da reato o a quella della provocazione, alla scriminante del consenso dell'avente diritto o a quella della legittima difesa[30]. Lo stesso si può senz'altro dire in relazione ad altri ordinamenti, quale quello tedesco[31].

Il riconoscimento di una possibile corresponsabilità della vittima nella realizzazione del reato, così come affermato dalla vittimologia, viene adottato nell'ambito del diritto penale sostanziale per una reinterpretazione di alcuni principi base dell'ordinamento giuridico, in particolare, il principio di sussidiarietà del diritto penale, e quindi dell'intervento della tutela penale solo come *extrema ratio*, ed il principio di autoresponsabilità del soggetto.

Tale reinterpretazione dei principi della scienza penale è opera di una corrente di pensiero, la vittimodogmatica, la quale si propone di ricostruire la dogmatica penale inserendovi, come fattore determinante, anche la vittima che, in quanto titolare degli interessi protetti dalle norme incriminatrici, sarebbe meritevole di tutela penale solo qualora abbia attivato i doveri (e i poteri) di tutela dei beni stessi, che a tale titolarità si accompagnano necessariamente[32].

Alla stregua di tale elaborazione, i principi vittimologici non sono considerati più dalla parte della vittima, ma anzi in funzione dell'accertamento della sua responsabilità, della sua meritevolezza di tutela e, di conseguenza, del grado di responsabilità dell'autore del fatto di reato (che può anche venir meno del tutto)[33].

---

[30] Sul punto anche G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., 254.

[31] Hassemer precisa come lo stesso diritto materiale regoli il grado di meritevolezza di pena delle condotte dell'autore del reato anche con riferimento al comportamentoo della vittima; nonostante si debba affermare che le ipotesi in cui viene attribuita una qualche rilevanza al ruolo della vittima nel fatto di reato sono casi assai sporadici (così W. Hassemer, *Rücksichte auf das Verbrechensopfer*, in *Festschrift für U. Klug*, II, Köln, 1983, 217).

[32] Sulle origini del termine *Viktimodogmatik* e sul dibattito sviluppatosi intorno alla sua utilizzazione ed alla sua reale portata, vedi W. Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Hamburg, 2004, 13 ss.

[33] Per una ricostruzione delle tesi inerenti alla tematica della meritevolezza di pena e bisogno di pena, cfr. di recente M. Romano, *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, (II), Bari, 1994, 785 ss.

3. *I contenuti della "vittimodogmatica"*

Abbiamo visto come la c.d. vittimodogmatica nasca e si sviluppi sulla scia degli stimoli offerti dai contenuti della vittimologia e, in particolare, dalla scoperta, o meglio, dall'acquisita consapevolezza, di un possibile ruolo della vittima nell'eziologia del reato, inteso come interrelazione tra due (o più) soggetti, l'autore e l'offeso.

Facendo leva su tale prospettiva, i sostenitori di siffatta corrente di opinione si propongono di restringere l'ambito di operatività delle fattispecie. Sotto questo profilo la meta a cui vogliono pervenire può essere considerata come degna di apprezzamento: decriminalizzazione di determinate condotte non ritenute meritevoli di pena; salvaguardia, quindi, del carattere frammentario del diritto penale; limitazione dell'ipertrofia dello stesso[34].

Anche il metodo di ricostruzione del modello interpretativo presenta un indubbio elemento di valore: l'aver preso le mosse da dati e rilevamenti di carattere empirico, mediati dalla rielaborazione delle scienze criminologiche; rappresenta, così, un pregevole esempio di quella integrazione tra criminologia e dogmatica e tra dogmatica e politica criminale, tanto necessaria per un intervento penale efficace e non solo simbolico[35].

La vittimodogmatica ha avuto, inoltre, l'indiscusso merito di richiamare l'attenzione sulla necessità di valutare il comportamento della vittima nell'ambito dell'accertamento della responsabilità penale – e non solo in funzione della commisurazione della pena, come già si riconosceva da tempo e con un generalizzato consen-

---

[34] Cfr. le osservazioni di W. Mitsch, *Rechtfertigung und opferverhalten*, cit., 65, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici sul punto. Riconosce il valore di tali mete, pur nell'ambito di una critica generalizzata, sia dal punto di vista metodologico, sia dogmatico, sia politico-criminale, delle conclusioni cui i vittimodogmatici pervengono, T. Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, 192 ss.

[35] Cfr. in questo senso anche V. Del Tufo, *Profili critici della vittimo-dommatica*, Napoli, 1990; in generale G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in M. Pisani (a cura di), *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 178; L. Monaco, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, «SU», 1980-1981.

so[36] – contribuendo, così, all'evoluzione di un dibattito che si è sviluppato, ed è ancora in una fase molto dinamica, anche al di fuori dei presupposti sui quali i vittimodogmatici fondano le loro tesi.

Secondo l'idea di base dei sostenitori di questa impostazione, il comportamento della vittima non viene più contemplato quale fattore significativo ai fini del mero momento commisurativo della pena, ma diventa un presupposto della stessa punibilità del fatto: la punibilità di un fatto di reato può essere esclusa, se la vittima avesse potuto, con i mezzi a sua disposizione, difendere in modo efficace il bene giuridico tutelato[37].

Uno dei presupposti dell'origine e dello sviluppo di tale idea è la necessità di individuare, quale criterio in base al quale uniformare l'intervento dello Stato nella regolamentazione della vita sociale, il principio di sussidiarietà, qui inteso quale principio che condiziona l'intervento statale al bisogno del singolo individuo. Lo Stato deve, cioè, garantire al cittadino la libertà di autodeterminazione e di gestione del proprio sviluppo; solo qualora egli non sia in grado di provvedere autonomamente, lo Stato potrà intervenire in suo aiuto. In questo modo i "vittimodogmatici" propongono il principio della "autotutela" della vittima (*Opferselbstschutz*), come mezzo funzionale alla garanzia della libertà di sviluppo della personalità, prevista e tutelata dalla Costituzione, all'art. 2 abs I, tra i diritti fondamentali dell'uomo, attribuendo un fondamento costituzionale specifico alla stessa impostazione "vittimologica"[38].

---

[36] Così anche W. Frisch, *Selbstgefärdung im Strafrecht*, NZSt, 1992, parte II, 4. La rilevanza del comportamento della vittima del reato come fattore di commisurazione della pena è, in effetti, anche se non presente esplicitamente nel catalogo normativo dei criteri commisurativi, da sempre riconosciuto nella scienza penalistica tedesca. Vedi, solo in via esemplificativa, H. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, 155 ss.; T. Hillenkamp, *Vortsatz und Opferverhalten*, cit., 212 ss.; H. Schüler-Springorum, *Über Viktimologie*, in *Festchrift fur R. R. Honig*, Gottingen, 1970, 209 ss.; B. Schünemann, *Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik*, in H.J. Schneider (Hrsg.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1982, 418; H. Zipf, *Die Strafzumessung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, 32 ss.

[37] Mette bene in evidenza il passaggio dalla considerazione del comportamento della vittima nella commisurazione della pena alla sua valutazione come presupposto della punibilità, W. Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, cit., 33 ss.

[38] W. Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, cit., 66 ss.

Il principio di sussidiarietà, in questo senso, adempie al compito di raggiungere e mantenere «un giusto equilibrio tra la libertà dell'uomo di svilupparsi liberamente, da un lato, e la tutela di tale libertà da parte dello Stato, dall'altro»[39].

Ulteriore aggancio costituzionale viene ricostruito attraverso il recepimento dell'immagine dell'uomo che viene delineata nelle costituzioni moderne: l'uomo come "individualità sociale", come soggetto, cioè, capace di autogestirsi ma che, tuttavia, ha bisogno, per realizzare se stesso, anche del proprio simile, della collettività[40].

Da questa visione dell'uomo e, soprattutto, dei rapporti tra singolo e collettività, derivano, nell'impostazione vittimodogmatica, due corollari: la limitazione dell'intervento statale, da un lato; la affermazione del principio di autoresponsabilità dell'individuo per il proprio agire, dall'altro.

Ognuno di questi due corollari, poi, si specifica ulteriormente in quelle che possono essere considerate le linee direzionali fondamentali nella elaborazione del modello interpretativo che stiamo illustrando: la caratterizzazione della sanzione criminale come *extrema ratio* e la rivalutazione del principio di autoresponsabilità anche in riferimento alla vittima.

3.1. *I concetti di "extrema ratio" e di "autoresponsabilità"*

È nota la portata, secondo la ricostruzione comune, del significato da attribuire all'affermazione per cui la sanzione penale deve intervenire come *ultima ratio* a tutela dei beni giuridici[41].

---

[39] Così Arth. Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H. Henkel*, Berlin-New York, 1974, 89 ss., a cui si rinvia per tutta la problematica; cfr. anche V. Del Tufo, *Profili critici*, cit., 38 ss.; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechts dogmatik*, Berlin, 1981, 34.

[40] Cfr. V. Del Tufo, *Profili critici*, cit., 41; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, cit., 51. Sul punto vedi ampliamente *infra*, sez. I cap. I, par. 1.2.1.

[41] Sul principio di *extrema ratio* e la sua giustificazione da un punto di vista costituzionale, vedi, in Italia, per tutti, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, voce in «NssDI», IV, Torino, 1973, 7 ss., oggi in S. Canestrari, Al. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, vol. I, tomo I, 564 ss. Per una valorizzazione massima dello stesso principio nell'ottica di una riduzione dell'area del penalmente

La nota caratteristica della vittimodogmatica si manifesta nella particolare interpretazione che di tale principio viene proposta: tra i mezzi di tutela del bene giuridico, la cui idoneità al raggiungimento dello scopo è elemento condizionante la legittimazione di un intervento penale, vengono ricompresi anche i mezzi di difesa a disposizione del privato, titolare del bene. In caso di rinuncia all'autotutela potrebbe, infatti, venir meno l'esigenza concreta di una protezione penale nei confronti di quel determinato bene giuridico e nei confronti della vittima[42]: questa, infatti, non meriterebbe e non avrebbe, in tal caso, bisogno di alcuna tutela (non sarebbe *schutzwürdig* né *schutzbedürftig*) per cui l'inflizione della pena pubblica non dovrebbe aver luogo[43].

---

rilevante, non si può prescindere oggi dalla considerazione delle opere di L. Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, «DDDP», 1985, 463 ss.; Id., *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. Pepino (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 57 ss.; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990; Id., *Sul diritto penale minimo (Risposta a Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci)*, «FI», 2000, V, 125 ss., e, pur secondo una diversa prospettiva, A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della tutela penale*, «DDDP», 1985, 443 ss.

In riferimento alla elaborazione del principio proposta dai vittimodogmatici, cfr. R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, cit., 22, il quale mette in evidenza come la visione tradizionale del principio di *ultima ratio* o comunque di necessarietà della pena, come lo definisce (*Erforderlichkeitsgrundsatzes*), non attribuisca alcuna rilevanza alla individuale possibilità di autotutela del titolare del bene. Per una ricostruzione dei concetti in questione, cfr. anche M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986, 233 ss.

[42] Così, tra gli altri, B. Schünemann, *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, «NStZ», 1986, 5, 193 ss.; l'autore, nel collegarsi ad una concezione della denuncia come mezzo di selezione dei comportamenti devianti e come segno di un turbamento evidente, e ad una considerazione della composizione del conflitto tra autore e vittima come mezzo per far venir meno la minaccia al senso di sicurezza e quindi il bisogno di pena del fatto, afferma che il comportamento della vittima può senz'altro essere inteso come indicatore dei fatti di reato che siano realmente bisognosi di pena secondo la collettività. Talora il principio di sussidiarietà della tutela penale viene interpretato in connessione con la "autotutela" della vittima anche a prescindere dalla accettazione dei contenuti della vittimodogmatica; in tal senso vedi K. Günter, *Strafrechtwidrigkeit und Strafunrechtsauschluss*, Köln, 1983, 193.

[43] Cfr. ancora B. Schünemann, *Die Stellung des Opfer*s, cit., 439 ss.; sul punto cfr. anche J.M. Silva Sanchez, *Considerazioni vittimologiche, nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, trad. dallo spagnolo a cura di Al. Melchionda, «AP», 1988, 669.

Ad una tale interpretazione del principio di *ultima ratio* dell'intervento penale, si collega la, sopra citata, rivalutazione del principio di autoresponsabilità, con riferimento anche al soggetto passivo del reato.

In particolare, la stessa autoresponsabilità viene considerata il presupposto in grado di dare una legittimazione all'elaborazione ed al funzionamento di una categoria che risulta essere centrale nella impostazione vittimodogmatica; ci riferiamo alla c.d. "possibilità di autotutela" (*Selbstschutzmöglichkeit*) della vittima dalla quale si fa dipendere la stessa legittimazione dell'intervento penale.

Come già anticipato, la attenzione al principio di autoresponsabilità dell'individuo presenta, nell'ambito della vittimodogmatica, la caratteristica di svincolarsi dall'esclusivo riferimento all'autore del fatto di reato, e di estendersi, dunque, anche alla vittima. Il ruolo essenzialmente passivo in cui questa era stata relegata nell'ambito del diritto penale, aveva necessariamente limitato la considerazione del principio solo in riferimento al soggetto agente.

Avendo, invece, la vittimologia dimostrato che, di fronte ad una "responsabilità funzionale" dell'agente, esiste anche una "responsabilità funzionale" della vittima, alla stessa può essere attribuito lo specifico compito di astenersi da tutti quei comportamenti che possono indurre altri alla realizzazione di un reato e, in conseguenza di ciò, ci si può aspettare, anche, che si autotuteli e opponga resistenza alle aggressioni nei propri confronti[44].

Questa, in breve, la portata del principio di autoresponsabilità nell'ottica qui illustrata: l'uomo, in quanto capace di autogestirsi

---

[44] Così M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, cit., 238 ss. Per il concetto di "responsabilità funzionale" della vittima, cfr. C. Schneider, *Viktimologie*, cit., 184 ss. In senso contrario M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991 380 ss., il quale nega che sussista in capo alla vittima una posizione deputata istituzionalmente alla eliminazione dell'offesa penale e che quindi questa possa attrarre a sé in via esclusiva la spiegazione (e quindi l'imputazione) di un mancato, colposo, salvataggio de suo bene. Secondo l'Autore, infatti, non esiste un principio di affidamento nei confronti della diligenza del soggetto passivo.

e autorealizzarsi, si vede attribuito, da un lato, il diritto di disporre dei propri beni in modo assoluto; dall'altro, però, anche l'obbligo di difenderli dalle possibili aggressioni provenienti da terzi[45]. Un tale obbligo di difesa va individuato (in concreto) in relazione ai mezzi a disposizione e deve, quindi, considerarsi trasgredito solo in presenza di una omissione di misure di protezione possibili, ragionevoli, comuni ed esigibili[46].

Uno dei problemi fondamentali, che hanno dovuto affrontare i vittimodogmatici, è stato proprio quello concernente la individuazione di criteri univoci per la determinazione dei mezzi di autodifesa che la vittima dovrebbe attivare per essere considerata meritevole e bisognosa di tutela penale[47].

La *Selbstschutzmöglichkeit* (possibilità di autotutela), sia in relazione al contenuto che alla misura, sarebbe infatti difficilmente individuabile a priori, in quanto influenzata da vari fattori: dallo stato dell'evoluzione della formazione sociale alla quale il titolare del bene appartiene; dall'intensità del pericolo cui è esposto il bene, variabile, a sua volta, storicamente; dai rapporti sociali esterni *(Ausser-*

---

[45] Cfr. M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, cit., 234; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, cit., 35 ss., il quale ricostruisce il fondamento del principio di autoresponsabilità, non solo sul principio di sussidiarietà, ma anche sulla stessa funzione del diritto penale come tutela dei beni giuridici.

[46] Cfr. J.M. Silva Sanchez, *Considerazioni vittimologiche*, cit., 669.

[47] Questo è stato, peraltro, l'aspetto su cui maggiormente si sono concentrate le critiche rivolte alla impostazione *de qua*. In particolare, viene posta in dubbio la accettabilità del principio vittimologico da un punto di vista politico-criminale, sotto il profilo della indeterminatezza della fattispecie che all'utilizzazione di un tale principio conseguirebbe. Questo si verificherebbe in quanto, per l'effettiva configurabilità della fattispecie, i vittimodogmatici richiedono la presenza e l'accertamento di un elemento, tacito, identificabile con la meritevolezza di tutela della vittima. Richiedono cioè il riferimento ad un «modello comportamentale indeterminato e ipotetico» relativo al soggetto passivo. Gli stessi limiti della possibilità di autotutela del titolare del bene sono alquanto vaghi e difficilmente determinabili, e questo si ripercuoterebbe in particolar modo sulla funzione di prevenzione generale (sia sotto il profilo della deterrenza sia sotto quello dell'orientamento ai valori di una convivenza civile). Il fatto che divenga incerto il confine tra lecito e illecito, infatti, farebbe venir meno la forza intimidatoria della norma (così V. Del Tufo, *Profili critici*, cit., 266 ss.; K. Günter, *Das Viktimodogmatische Prinzip aus andere Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung, in Festschrift für T. Lenckner*, München, 1998, 7).

kontakt) dell'individuo, bisognoso della collettività in ogni fase della sua esistenza e del suo sviluppo[48].

La valutazione della possibilità di autotutela, inoltre, dovrebbe essere correlata con quella del "pericolo generale", concetto che indicherebbe le modalità dell'aggressione, l'intensità della stessa e la percentuale di rischio che il bene subisca l'aggressione[49]. Anche il "pericolo generale" non sarebbe peraltro costante variando in funzione dell'evoluzione della società. La possibilità di tutela, quindi, dovrebbe essere riconsiderata e rideterminata ogni volta, in relazione alle modificazioni cui è soggetto il "pericolo generale" relativo a quel determinato bene[50]. Solo in base ad una valutazione congiunta dei due elementi (possibilità di autotutela e pericolo generale) si otterrebbe, così, l'intensità del pericolo cui verrebbe effettivamente esposto il bene giuridico tutelato.

L'aumentare del pericolo, dovuto al comportamento del titolare del bene giuridico, comporterebbe, poi, la riduzione – e/o financo il totale annullamento – del bisogno di tutela di quest'ultimo *(Schutzbedürftigkeit)*: questo, accadrebbe, ad esempio nell'ipotesi

---

[48] R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, cit., 51. Per spiegare il condizionamento dei rapporti sociali sulla capacità di autotutela dell'individuo e, tuttavia, il bisogno che lo stesso ha di vivere in una collettività, l'Autore riporta, come esempio, la situazione esistenziale di Robinson Crusoe (in un'isola deserta, senza alcun contatto con altri uomini). La difficoltà di un criterio di individuazione e delimitazione del contenuto della possibilità di autotutela della vittima e quindi, correlativamente, dell'obbligo di adottare le relative misure precauzionali a tutela del proprio bene giuridico, emerge anche dall'opera di Ellmer, il quale se ne occupa, tuttavia, solo con riferimento alla fattispecie di truffa. In particolare, un punto fermo è che l'adozione di siffatte misure sia esigibile; l'esigibilità è da valutare in concreto, tenuti presenti molteplici fattori; ad esempio il significato che l'affare riveste per la vittima; il tipo di interesse in gioco, il rapporto che la stessa ha con l'Autore. In linea generale è necessario, secondo l'Autore, poter formulare un giudizio di colpa grave nei confronti del comportamento della vittima. Solo in questo caso la "corresponsabilità" della vittima può portare ad una non configurabilità del delitto di truffa (M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, cit., 284 ss.).

[49] Così R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, cit., 26.

[50] Così, per esempio, nel campo della circolazione stradale; l'enorme sviluppo dei mezzi di circolazione di massa avrebbe portato, da un lato, ad un aumento del pericolo per la sicurezza della persona, fino ad un grado inimmaginabile un secolo fa; dall'altro lato, e correlativamente, ad una diminuzione notevole delle possibilità di autodifesa del singolo; cfr. *ibidem*, 26.

in cui la possibilità di una corrispondenza tra intensità di pericolo in concreto e in astratto fosse a priori esclusa; laddove, in altre parole, il pericolo per il bene tutelato risultasse estremamente alto in correlazione ad un comportamento non socialmente adeguato dello stesso titolare.

In questo caso, infatti, potendo il pregiudizio essere evitato con un comportamento socialmente adeguato, esisterebbe, a garanzia della protezione del bene, un mezzo idoneo e meno gravoso della pena criminale, la quale, quindi, perderebbe il connotato di necessarietà che ne legittimerebbe, altrimenti, l'intervento[51].

3.2. *Meritevolezza di tutela e bisogno di tutela della vittima*

Come è emerso già da quanto fin qui schematicamente illustrato, la vittimodogmatica assegna un ruolo determinante al "bisogno di tutela" della vittima del reato, come corrispondente sul piano individuale, concreto, del principio della necessità di pena.

In un rapporto parallelo si troverebbero, peraltro, anche il concetto di meritevolezza di pena (*Strafwürdigkeit*) del fatto e di meritevolezza di tutela (*Schutzwürdigkeit*) della vittima[52].

"Meritevolezza di tutela", "bisogno di tutela", "meritevolezza di pena", "bisogno di pena" sono da considerarsi concetti chiave nella costruzione vittimodogmatica[53].

---

[51] Cfr. *ibidem*, 80. Perché si possa parlare di mancanza di bisogno di tutela della vittima sarebbe comunque necessaria la presenza di alcuni elementi ulteriori che caratterizzino il comportamento dalla stessa tenuto (causa dell'aumento della intensità di pericolo concreto). In primo luogo, tale comportamento dovrebbe essere conseguenza di una decisione autonoma e responsabile; la vittima dovrebbe quindi essere consapevole del valore della propria condotta e delle conseguenze che ad una tale scelta potrebbero riconnettersi; in secondo luogo, la pretesa in ordine al mantenimento del pericolo ad un livello corrispondente a quello astrattamente tipizzato in fattispecie dovrebbe essere esigibile (*zumutbar*): la vittima dovrebbe, cioè, avere la possibilità di porre in essere una condotta alternativa rispetto a quella tenuta.

[52] Cfr., sul punto, in particolare M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, cit. Per una critica radicale di tale aspetto, vedi K. Günter, *Das Viktimodogmatische Prinzip*, cit., 76 ss.

[53] Così W. Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, cit., 35.

I vittimodogmatici rivalutano, infatti, le due categorie della meritevolezza e del bisogno di pena del fatto[54] e – qui l'elemento di novità – le integrano con quelle della meritevolezza e del bisogno di tutela della vittima. La meritevolezza di tutela della vittima viene infatti intesa quale condizione per la meritevolezza di pena dell'autore (così come il bisogno di tutela sarebbe condizione per il bisogno di pena del fatto)[55], in quanto, come già illustrato, la pericolosità effettiva della condotta del soggetto agente dipenderebbe (soprattutto) dall'adempimento (esigibile) da parte del titolare del bene giuridico ai doveri di protezione dello stesso[56].

In base ad una tale impostazione, dunque, si giunge ad affermare che, con la previsione delle fattispecie astratte di reato, il legislatore avrebbe creato una presunzione di meritevolezza di tutela dei soggetti vittime di determinati fatti. La presunzione sarebbe, tuttavia, solo relativa potendo essere smentita da un accertamento in concreto che verifichi proprio, ad esempio, la mancanza della meritevolezza o bisogno di tutela di coloro che vedono pregiudicati i loro beni.

Il giudice non dovrebbe, quindi, applicare la norma in tutti quei casi in relazione ai quali una verifica sulla effettiva mancan-

---

[54] Come noto, le categorie della meritevolezza e del bisogno di pena sono state oggetto, nei tempi recenti, di un diffuso interesse nella letteratura penalistica, soprattutto d'oltralpe. A volte utilizzate come indissolubilmente collegate tra loro, altre volte intese separatamente, si sono viste attribuire funzioni, natura, collocazioni dogmatiche, le più disparate e spesso confuse. Per un approfondimento della tematica, rinviamo, tra gli altri a W. Langer, *Das Sonderverbrechen*, Berlin, 1972, 275 ss.; H. Otto, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, 1978, 53 ss.; E. Schmidhäuser, *Strafrecht*, *AT*, Tübingen, 1975, 2/10 ss.; B. Schünemann, *Besondere persönliche Verhaltnisse und Vertretenhaftung im Strafrecht*, «ZSchwR», 1978, 131 ss.; K. Volk, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, «ZStW» 1985, 870 ss. Per una ricostruzione del dibattito, cfr. M. Romano, *"Meritevolezza di pena"*, cit., 789 ss.

[55] La stretta connessione tra le categorie in questione trova, secondo Ellmer, un chiaro riconoscimento normativo nell'ambito della c.d. ritorsione (§§ 199, 233 StGB): la provocazione effettuata dal primo agente, comporta una diminuzione della sua meritevolezza di tutela e, quindi, correlativamente, una attenuazione della meritevolezza di pena del secondo agente. Il giudice può, di conseguenza ritenere di non punire uno od entrambi i colpevoli.

[56] Cfr. M. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, cit., 240 ss.

za di meritevolezza (o di bisogno) di tutela della vittima rendesse non configurabile la fattispecie e, quindi, non legittimato un intervento penale[57].

Da questo procedimento interpretativo sembrerebbe, quindi, potersi desumere una collocazione delle quattro categorie citate nell'ambito della tipicità e il riconoscimento di una loro duplice funzione: non solo, come sopra indicato, di politica legislativa, ma anche di correzione in via interpretativa del dato positivo e di adeguamento dell'astratto al concreto[58].

4. *La rilevanza della partecipazione della vittima al reato e la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento: la autoesposizione al pericolo della vittima ed il consenso della vittima ad una situazione di pericolo creata da un terzo. Cenni*

La vittimodogmatica non è dal punto di vista scientifico l'unica manifestazione della ripresa di interesse nei confronti della vittima del reato. Anzi, l'atteggiamento critico e distaccato che la maggioranza della dottrina ha riservato a tale impostazione teorica[59] – così come la totale indifferenza riservatale dalla giurisprudenza – sono stati, per così dire, compensati dal sorgere di altri orientamenti scientifici, in qualche modo stimolati dalla stessa e comunque ad essa collegati.

Ci riferiamo, in particolare, al dibattito concernente le ipotesi ormai comunemente definite di "autoesposizione al pericolo della vittima", la cui evoluzione si può ritenere connessa con la nascita, lo sviluppo e la diffusione sempre più ampia della teoria della imputa-

---

[57] Così *ibidem*, 242.

[58] Critica, nei confronti di una utilizzazione del principio vittimologico *de lege lata* ed in particolare di una restrizione giudiziale dell'ambito di efficacia della norma penale sulla base dei principi di sussidiarietà e di *ultima ratio*, è invece Del Tufo. Entrambi i principi citati, infatti, non sarebbero, come i vittimodogmatici implicitamente assumono, rivolti all'interprete, ma avrebbero come destinatario il legislatore, il solo in grado di formulare il giudizio sulla opportunità di sottoporre o meno a pena un determinato comportamento. Cfr., anche per i riferimenti bibliografici sul punto, V. Del Tufo, *Profili critici*, cit., 237 ss.

[59] Vedi, per tutti, T. Hillenkamp, *Vorsatztat, und Opferverhalten*, cit., *passim.*

zione oggettiva dell'evento, nata, come si tende a ritenere, negli anni Trenta con Larenz, Honig, ed Engisch, ma "rivitalizzata" in modo definitivo da Roxin all'inizio degli anni Settanta[60].

In effetti la locuzione (*eigenverantwortliche) Selbstgefährdung des Opfer*, nel senso di (responsabile) autoesposizione della vittima al pericolo, si fa generalmente risalire alla intuizione di Roxin, che la utilizzò già nella prima fase della sua teorizzazione della imputazione oggettiva dell'evento, nei reati colposi, nel 1973, in connessione con il criterio dello scopo di protezione della norma[61].

Questa, schematicamente, l'argomentazione roxiniana: la punibilità della condotta di chi rende possibile, agevola, determina una autoesposizione responsabile della vittima al pericolo è da escludersi, in quanto non punibile risulta essere, nell'ordinamento tedesco, la condotta di partecipazione volontaria al suicidio; la non rilevanza penale di una partecipazione volontaria ad una autouccisione (responsabile), oltre ad implicare la non rilevanza penale di una partecipazione volontaria ad una semplice autolesione, e tanto più ad una

---

[60] Sulle origini e lo sviluppo della teoria della imputazione oggettiva dell'evento, vedi M. Donini, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione obbiettiva dell'evento*, I parte, «RIDPP», 1989, 588; II parte, *ivi*, 1989, 1114 ss.

La teoria dell'imputazione oggettiva è considerata tutt'ora dominante nella letteratura tedesca cfr. sul punto H.J. Hirsch, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, «RIDPP», 1999, 745 ss., a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici. Anche il dibattito sulla rilevanza della autoesposizione al pericolo della vittima è già da tempo vivacissimo in Germania, mentre solo recentemente ha cominciato ad avere una più ampia diffusione anche nell'ambito della dottrina spagnola; cfr. in particolare, M. Cancio Melia, *Conducta de la victima e imputacion obiectiva en derecho penal*, Bogotà y Barcelona, 2001; Id., *Opferverhalten und Obiektive Zurechnung*, ZSTW, 1999, 357 ss.; B. De La Gandara Valleio, *Consentimiento, bjen juridico e imputacion objectiva*, Madrid, 1995; P. García Álvarez, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad fisica asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999; J.M. Tamarit Sumalla, *La victima en el derecho penal*, Pamplona, 1998; affrontate in Italia sempre in modo sporadico, le questioni relative alla rilevanza della vittima nell'ambito della teoria del reato sembrano oggi riscuotere un interesse più "completo"; cfr., di recente, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003. Per una panoramica delle problematiche, ci permettiamo di rinviare anche al nostro *Condotta della vittima e analisi del reato*, «RIDPP», 2000, 1148 ss.

[61] Sulle origini della categoria, M. Cancio Melia, *Conducta de la victima*, cit., 178; J.M. Tamarit Sumalla, *La victima*, cit., 75; W. Frisch, *Selbstgefährdung*, cit., 1 ss.

mera autoesposizione al pericolo, non può non determinare, per il minor disvalore del fatto colposo rispetto a quello doloso, la non rilevanza di una partecipazione colposa ad una autouccisione e/o autolesione e/o autoesposizione al pericolo (responsabile). Un siffatto ragionamento – parzialmente modificato – è stato ritenuto, da taluno, applicabile anche nell'ambito di ordinamenti, come quello italiano, in cui sia prevista la rilevanza penale della partecipazione volontaria al suicidio: una tale incriminazione, infatti, per la mancanza di un qualsiasi riferimento alla rilevanza della forma colposa, non potrebbe, anche in ragione della necessità della previsione espressa della responsabilità per colpa, comportare la punibilità di una partecipazione colposa ad una autouccisione volontaria, e quindi, anche di una partecipazione colposa ad una autolesione o ad una mera autoesposizione al pericolo[62].

Secondo la prospettiva di Roxin, siffatte modalità di realizzazione del fatto non rientrerebbero nello scopo di protezione delle fattispecie di omicidio e di lesioni[63]. Per la praticabilità dell'argomentazione proposta, risulta, tuttavia, fondamentale che in capo alla vittima sia riscontrabile lo stesso grado di consapevolezza del pericolo – od un grado di consapevolezza superiore – rispetto all'agente: solo così, infatti, secondo l'autore, si potrebbe effettivamente configurare una autoesposizione responsabile al pericolo con conseguente esclusione dell'imputazione dell'evento all'agente. Nonostante questa precisazione, l'accertamento della "responsabilità" della vittima, rimane, in ogni caso, uno dei punti più problematici ed oscuri della elaborazione, oscillando tra i riferimenti ai criteri

---

[62] Così, in particolare, G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 610.

[63] In questa ottica, dunque, secondo l'autore, sbagliò il BGH quando condannò, nel c.d. *Motorradwettfahrt-Fall*, l'accusato per omicidio colposo. In quel caso, l'accusato e la vittima, in stato di ebbrezza ma ancora capaci di intendere e di volere, avevano per scommessa intrapreso una gara di moto, in cui uno dei due trovò la morte. Seppure, infatti, il pericolo creato si concretizzò nell'evento morte, purtuttavia la autoesposizione volontaria della vittima alla situazione di rischio avrebbe dovuto, secondo l'autore, portare ad escludere la riconducibilità dell'evento all'ambito di tutela della norma sull'omicidio colposo; nello stesso senso si sarebbe dovuto concludere anche nel caso in cui l'accusato avesse avuto l'intenzione di uccidere la vittima (K. Roxin, *Strafrecht AT, I*, München, 1997, §11, 87 ss.).

fissati normativamente in tema di incapacità di intendere e di volere del reo, ovvero tra parametri diversi non presuntivi, quali quelli proposti, talvolta, in tema di consenso dell'avente diritto, o infine a valutazioni ancora differenti, quali quelle relative all'azione necessitata ex par. 35 StGB[64].

L'elaborazione roxiniana della teoria dell'imputazione oggettiva non è, come noto, l'unica, pur rimanendo la più completa e convincente, tanto da costituire, per le ulteriori successive elaborazioni un punto di riferimento essenziale[65]. Rinviando alla vastissima letteratura sul tema per gli ulteriori approfondimenti, continuiamo a rife-

---

[64] Vedi sul punto, Frisch, il quale evidenzia come «la autoresponsabilità della autoesposizione al pericolo è un concetto altamente normativo, ricco di sfaccettature, pieno, dunque di pericoli per la certezza del diritto e l'uguaglianza» e ancora che «una autoesposizione al pericolo consapevole posta in essere da una persona responsabile, non per questo è di per sé una autoesposizione responsabile al pericolo» (*Selbstgefährdung*, cit., 3 ss.). Roxin sembra tuttavia riferirsi alle disposizioni normative in tema di capacità di intendere e di volere, laddove si chiede se ritenere esclusa l'imputazione oggettiva anche qualora in base al § 21 StGB, la capacità sia nella vittima solo scemata e non del tutto mancante. In particolare l'autore distingue il caso in cui il soggetto passivo abbia piena consapevolezza del rischio e solo la sua capacità di inibizione (*Hemmungsfähigkeit*) sia ridotta, oppure sia diminuita la stessa capacità di comprensione (*Einsichtsfähigkeit*) (K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, 92 e 93) Per un riferimento al problema vedi, di recente, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 114 ss.

[65] Si pensi, in Germania, alle posizioni di G. Jakobs, *La imputacion objectiva en el derecho penal*, Madrid, 1996, ma anche, *Strafrecht AT*, Berlin/New York, 1991 § 6, o di R. Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.

In Italia, si faccia riferimento, senza pretese di completezza, alle elaborazioni di A. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit.; Id., *La causalità omissiva omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, «RIDPP», 1999, 32; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006; A. Pagliaro, *Imputazione obbiettiva, dell'evento*, «RIDPP», 1992, 779 ss. Per una ricostruzione critica del dibattito vedi, di recente, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 332 ss.; W. Frisch, *Zum gegenwärtigen Ständ der diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehere*, «GA», 2003, 719 ss. Nella dottrina spagnola, M. Corcoy Bidasolo, *Imputación objetiva en el delito imprudente*, «CDJ», 1994, XXVI, 33 ss.; E. Gimbernat Ordeig, *Que es la imputación objeciva?*, in *Estudios penales y criminologicos*, (X), 1987, 167 ss.; M.C. Gómez Rivero, *La imputación delos resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998; Gonzáles Cussac, Mira Bevavent, *Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor Cerezo Mir*, Madrid, 2002, 711 ss.; M. Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992; M. Cancio Melia, *Conducta de la victima*, cit., *passim*.

rirci ad essa anche nella trattazione di un altro aspetto che ci riguarda da vicino (e che sarà approfondito anche in seguito): la distinzione tra autoesposizione al pericolo della vittima e consenso ad un pericolo creato da altri.

Le due situazioni, che pure, secondo Roxin, attengono entrambe al piano dell'imputazione oggettiva[66], vengono distinte in base al seguente criterio: nella autoesposizione al pericolo (*Sebstgefahrdung*), il dominio della situazione, e quindi del fatto, sarebbe mantenuto dalla vittima fino all'ultimo atto esecutivo; nel consenso ad un pericolo posto in essere da altri (*eigenverantwortliche Fremd-*

---

[66] Diversa l'opinione, ad esempio, di Dölling, il quale riconduce i casi di autoesposizione al pericolo in senso stretto alla imputazione oggettiva, mentre considera il consenso ad una situazione di pericolo creata da altri come causa di esclusione dell'antigiuridicità, anche in alcuni di quei casi in cui non è riscontrabile un vero e proprio consenso dell'avente diritto per mancanza – ad esempio – del requisito della disponibilità del bene. In particolare, il nodo problematico che sembra, secondo l'autore, ostacolare l'utilizzabilità della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto in materia di omicidio, dipenderebbe a sua volta, dalla soluzione di due "sotto-questioni": quale sia la *ratio* alla base della inefficacia, nell'ordinamento tedesco, del consenso nell'omicidio volontario, da un lato; la estendibilità di una tale *ratio* anche all'ipotesi colposa, dall'altro. L'inefficacia del consenso nell'omicidio si baserebbe, secondo l'autore, sulla necessità di una tutela rafforzata del bene vita contro le aggressioni di terzi, tutela che, di conseguenza, viene accordata anche quando la vittima si dimostri in accordo con le stesse aggressioni. Sarebbe, quindi, una garanzia per il rispetto della vita altrui. Un tale fondamento, comune a tutte le incriminazioni in tema di omicidio, non potrebbe non valere anche nel caso di aggressione colposa alla vita, la quale, tuttavia, talvolta, se realizzata con il consenso della vittima, potrebbe apparire non meritevole di pena. L'inefficacia scriminante del consenso nell'omicidio colposo, dunque, non varrebbe illimitatamente: il consenso potrebbe eccezionalmente scriminare quando il valore dello scopo realizzato con il fatto, superi il disvalore insito nella uccisione colposa. A questi fini sarebbe opportuno, quindi, effettuare un bilanciamento tra il grado del pericolo ed il valore in funzione del quale viene esercitato il potere di autodeterminazione dalla vittima. In base ad una tale costruzione, la punibilità sarebbe senza dubbio da affermare qualora il rischio per la vita sia molto alto, mentre sarebbe con certezza da escludere in presenza di un rischio molto basso. Nei casi intermedi il consenso avrebbe efficacia scriminante, quando la condotta pericolosa fosse indispensabile per la realizzazione di un valore di alto rango (nei casi di cessione e consumo di droga, una tale efficacia sarebbe quindi esclusa, perché la condotta non realizza alcun valore, ma anzi, al contrario, integra un fatto vietato dalla legge; diversamente, sarà non punibile il *boxer* che abbia condotto un combattimento regolare). Un tale consenso è da Dölling definito come «consenso qualificato» (*qualifizierte Einwilligung*). Così D. Dölling, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, «GA», 1984, 71 ss.

gefahrdung), il dominio sarebbe invece mantenuto dal soggetto terzo (l'autore del fatto), limitandosi la vittima ad acconsentire alla attività pericolosa.

In base ad un siffatto criterio, ad esempio, Roxin inserisce nella prima delle due categorie il caso del medico che, tornato con il vaiolo da un viaggio in India, e ripresa immediatamente la sua attività senza farsi visitare, contagiò, oltre ad ignari pazienti e colleghi, il cappellano che – consapevole della malattia e dunque del rischio di contagio – volle comunque visitarlo[67]; o il sopra citato *Motorradwettfahrt-Fall*, o ancora il c.d. *Heroinspritz -Fall*, in cui il tossicodipendente si iniettò da solo la dose letale di eroina, cedutagli dallo spacciatore, trovando così la morte[68]; alla seconda categoria, l'autore riconduce invece i casi, altrettanto noti e commentati, di consenso a trasporti pericolosi, come il c.d. *Memel-Fall*[69] o come il *Motorrad-Fall*[70], o il caso, spesso citato, del soggetto che insista per avere un passaggio da un guidatore palesemente ubriaco o che sproni il conducente del mezzo a tenere una velocità eccessiva[71].

Il criterio distintivo sopra illustrato, pur se non rigorosamente tassativo – e, talvolta, non risolutivo[72] – è tutt'ora, tra qualche riserva, generalmente accolto.

---

[67] BGHSt 17, 359; sul caso del vaiolo, vedi K. Roxin, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in S. Moccia (a cura di), *Politica criminale e sistema penale*, Napoli, 1999, 99.

[68] Su questo caso, vedi *infra*.

[69] RGSt 57, 172. Il caso, frequentemente citato dagli autori che si sono occupati delle problematiche inerenti all'imputazione dell'evento, è il seguente: un traghettatore aveva accettato, dopo insistenti richieste, di portare due passeggeri da una parte all'altra del Memel, nonostante le condizioni del tempo e dello stesso fiume fossero quasi proibitive. I due passeggeri, che avevano insistito nonostante il traghettatore li avesse avvisati del pericolo, morirono affogati a causa del ribaltamento del traghetto. Cfr. tra gli altri, S. Walther, *Eigenverantvortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg. i. Br., 1991 9.

[70] RGJW 1925, 2250; questo il caso: Tizio, futura vittima, accettò di salire sulla moto di Caio, essendo a conoscenza del fatto che questi fosse sprovvisto di patente. Inoltre i freni non funzionavano, ma di questo la vittima fu informata solo al momento della partenza. Cfr. S. Walther, *Eigenverantvortlichkeit*, cit., 9.

[71] Cfr. A. Castaldo, *L'imputazione oggettiva*, cit., 220.

[72] Sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro *Condotta della vittima*, cit., 1174.

Secondo Roxin, come accennato, sia la autoesposizione al pericolo che il consenso ad un pericolo creato da altri afferirebbero al piano della imputazione oggettiva, ma, mentre la prima, in presenza dei requisiti qualificanti, sarebbe sempre efficace come causa di esclusione dell'imputazione dell'evento all'autore e dunque della punibilità dello stesso, la seconda solo eccezionalmente svolgerebbe una tale efficacia: solo, cioè, in quei casi in cui si venga a configurare come identica ad una autoesposizione al pericolo; ciò avverrebbe, in linea indicativa, nel caso in cui la vittima sia dotata di un grado di consapevolezza del pericolo pari all'autore, la situazione di pericolo sia dovuta parimenti ad entrambi i soggetti, e la lesione subita dalla vittima sia la specifica conseguenza del rischio dalla stessa consapevolmente assunto[73].

Oltre che dalla evoluzione del dibattito dottrinale concernente la teoria della imputazione oggettiva, peraltro, la discussione sulla tematica della autoesposizione al pericolo della vittima, come causa di esclusione della punibilità del reo, fu favorita anche dall'avallo ricevuto dalla giurisprudenza (tedesca) che, infatti, lungi dal mostrare indifferenza al dibattito scientifico, in questo caso fu particolarmente sensibile alle istanze e agli impulsi che ne provenivano, tanto da recepire *in toto* i termini della questione. Sotto questo profilo è stato, in effetti, notato come in poche altre occasioni si sia potuta riscontrare in giurisprudenza, una assimilazione così rapida di una dottrina giuridica come è avvenuto in relazione alla dottrina proposta da Roxin[74].

La pronuncia generalmente indicata come espressione della svolta dell'atteggiamento della giurisprudenza, rispetto all'impostazione tradizionale, è quella relativa al c.d. *Heroinspritzen-Fall*, nella quale, nel 1984, il *Bundesgerichthof* assolse l'imputato dall'accusa di omicidio colposo, mossagli per aver ceduto alla vittima una siringa, con cui questa, ancora capace di intendere e di volere, si era iniettata poi la dose letale di eroina. Per la prima volta anche in giurisprudenza fu accolto il principio in base al quale la autoesposizione volontaria al pericolo da parte della vittima non ricadrebbe nella

---

[73] K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, 335; Id., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin, 1973, 243.

[74] Il rilievo è di M. Cancio Melia, *Conducta de la victima*, cit., 184.

sfera di efficacia dei delitti di lesioni o di omicidio, sempreché si sia realizzato il rischio insito nella situazione posta in essere consapevolmente dalla vittima[75].

5. *Segue. Il dibattito sulla partecipazione della vittima al reato. Alternative dogmatiche alla teoria dell'imputazione oggettiva*

La collocazione del contributo della vittima – sia esso avvenuto nelle forme di una autoesposizione al pericolo vera e propria ovvero solo quale assenso ad una condotta pericolosa altrui – nell'ambito dogmatico dell'imputazione oggettiva, pur rappresentando il punto di vista dominante, non è tuttavia l'unico. Le stesse voci critiche nei confronti della teoria della imputazione oggettiva *tout court* hanno, infatti, cercato di dare soluzioni differenti al problema, tanto che, schematizzando, si possono individuare almeno altre tre linee interpretative, non scevre naturalmente da ulteriori interne specificazioni[76].

Le posizioni in questione riconnettono gli effetti della partecipazione (in senso lato) della vittima al reato ora alla tipicità, sotto il profilo della stessa ponderazione degli interessi meritevoli di tutela penale, ora invece agli obblighi di diligenza obiettivi, ovvero ancora li limitano alla mera commisurazione giudiziale della pena.

La prima delle alternative citate è sostenuta da Wolfgang Frisch, il quale – coerentemente con una impostazione generale che valorizza il disvalore di azione del fatto di reato rispetto al disvalore d'evento, sulla base di una prospettiva di valutazione della tipicità

---

[75] BGHSt. 24, 343. Su tale caso, vedi, tra gli altri, K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, 335; S. Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, cit., 113. Il merito di una tale rivoluzionaria pronuncia in materia dei droga, che viene ad interrompere una tendenza volta a condannare costantemente lo spacciatore di droga per la morte dell'assuntore (cfr., anche per i precedenti giurisprudenziali, W. Frisch, *Selbstgefährdung*, cit., *passim*), è appunto generalmente attribuito alle forti critiche provenienti dalla dottrina ed in particolare da B. Schünemann, *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln Besprechung des Urteils BGH*, «NStZ», 1982, 60 ss. (sul punto vedi in particolare D. Dölling, *Fahrlässige Tötung*, cit., 71; W. Frisch, *Selbstgefährdung*, cit., 2; K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, 89).

[76] Ci riferiamo con qualche approssimazione alla schematizzazione effettuata da S. Wahlter, *Eigenverantwortlichkeit*, cit.

ex ante – considera la autoesposizione al pericolo della vittima come una possibile causa di esclusione della tipicità in senso stretto; non cioè, come ritenuto da alcuni dei sostenitori della teoria della imputazione oggettiva, in quanto porterebbe ad escludere la riferibilità dell'evento all'autore, ma in quanto farebbe venire meno, già *ab origine*, la stessa qualificazione della condotta del terzo come comportamento proibito e dunque tipico; la condotta non potrebbe dunque considerarsi disapprovata dall'ordinamento, o meglio dalle norme di condotta che costituiscono la base della sua tipicità[77].

Il fondamento della rilevanza della autoesposizione al pericolo della vittima, quale causa di esclusione della tipicità, risiederebbe, dunque, in quella stessa ponderazione degli interessi in gioco che è criterio fondante delle scelte di tipicizzazione penale delle condotte. Alla base del divieto penale starebbe, infatti, l'interesse del soggetto potenzialmente offeso a che il comportamento offensivo del terzo venga vietato. Se un siffatto interesse dell'offeso viene a mancare, viene meno anche la legittimazione per una limitazione della libertà di azione del terzo; ciò naturalmente, precisa Frisch, non avviene sempre ed incondizionatamente, essendovi casi in cui alla mancanza di interesse del titolare del bene rispetto al divieto di talune condotte si accompagna un interesse ulteriore, di altri soggetti o della collettività in genere, che può essere considerato prevalente e dunque legittimare comunque la criminalizzazione della condotta in questione[78].

---

[77] Così W. Frisch, *Zum gegenwärtigen*, cit.; id, *Tipo penal e imputazione obiectiva*, Madrid, 1995, 128; ugualmente in *Selbstgefährdung*, cit., 4 ss., Id., *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

[78] L'esempio cui si riferisce Frisch attiene alla condotta di spaccio di droga: in tal caso, rispondendo il divieto ad un interesse di carattere generale, è irrilevante l'atteggiamento della vittima e il suo eventuale disinteresse al divieto in oggetto; nel caso, poi, di morte dell'assuntore e responsabilità dello spacciatore, i ragionamenti da fare sarebbero due: si potrebbe infatti considerare il divieto in funzione solo della protezione della salute dell'assuntore, ed in tal caso la condotta di autoesposizione al pericolo della vittima sarebbe idonea ad escludere la tipicità del fatto del terzo, rispetto alla fattipecie di omicidio; ovvero si potrebbe considerare che l'incriminazione dell'omicidio trovi la sua ragione di essere anche sulla base della tutela di un interesse generale alla salvaguardia della salute e della sicurezza dei cittadini e della prevenzione della tossicodipendenza. In tal caso il disinteresse dell'assuntore di droga a che tali condotte siano vietate dall'ordinamento non avrebbe alcuna rilevanza ai fini di un arretramento della tutela (*Selbstgefährdung*, cit., II, 62).

La seconda delle prospettive sopra elencate individua l'ambito di possibile efficacia della condotta di partecipazione della vittima al reato nella definizione delle regole obbiettive di diligenza: secondo questa impostazione, cioè, la partecipazione della vittima farebbe venir meno la violazione dello *standard* oggettivo di diligenza richiesto all'autore, escludendo così la responsabilità per il reato, naturalmente se colposo.

Una tale interpretazione è stata, peraltro, adottata originariamente anche dalla giurisprudenza per la risoluzione di alcuni casi, poi diventati famosi. Ci riferiamo, per esempio, al citato *Memel-Fall*, in cui il Tribunale assolse dall'accusa di omicidio colposo il traghettatore, che aveva acconsentito a far salire sulla barca il passeggiero nonostante le condizioni proibitive del fiume, affermando che la condotta responsabile del titolare del bene (che abbia consapevolezza del pericolo) esclude la contrarietà agli obblighi di diligenza del comportamento pericoloso dell'autore, sempreché questo abbia comunque rispettato le cautele richiestegli in condizioni di normalità (cioè in assenza della condotta di autoesposizione al pericolo della vittima stessa); ovvero al *Motorrad-Fall*, in cui, nonostante la vittima avesse accettato liberamente di salire sulla moto dell'imputato, consapevole che questi era sprovvisto di patente e che i freni non funzionavano, tuttavia il tribunale non riscontrò gli estremi per l'assoluzione, ed in particolare il rispetto degli *standard* di diligenza richiesti in condizioni di normalità[79]; stessa conclusione fu raggiunta nel c. d. *Schlagerei-Fall*, in cui l'imputato, pugile professionista, fu condannato per la morte dell'avversario durante un *match* di pugilato, in quanto non fu riscontrato il rispetto dello *standard* di diligenza normalmente richiesto in una competizione sportiva[80].

Per quanto riguarda il dibattito dottrinale, la posizione in questione viene sviluppata, tra gli altri, da Hirsch, nell'ambito di una globale rivalutazione della concezione finalistica del reato e, dunque, di una generalizzata critica alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento[81].

---

[79] Per i riferimenti, vedi *supra* nota 58.

[80] BGHStr.4, 93, commentato da S. Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, cit., 9.

[81] H.J. Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehere*, «ZStW», 1962, 78 ss.; Id., *Sulla dottrina della imputazione oggettiva*, cit., 745.

L'autore parte dalla considerazione secondo la quale non sarebbe ipotizzabile ai nostri giorni una esistenza senza rischi per la vita o l'integrità fisica; accanto ai rischi consentiti, o meglio non vietati, già carenti sotto il profilo della tipicità, posti in essere nell'ambito di attività socialmente adeguate, ve ne sarebbero altri, relativi ad attività non socialmente adeguate, e – pur tuttavia – non tipici. In queste ipotesi mancherebbe la tipicità del fatto colposo perché gli stessi titolari del bene si sono volontariamente esposti al pericolo e quindi hanno accettato che il soggetto autore adotti solo quelle cautele esigibili in situazioni di rischio normali. Secondo tale impostazione, dunque, l'elemento determinante sarebbe il *quantum* di cautela che colui che si è esposto alla situazione di pericolo può aspettarsi dal terzo[82].

Anche secondo Peter Frisch la condotta di autoesposizione al pericolo della vittima può rilevare sul piano dello *standard* di diligenza nei reati colposi, diminuendo l'estensione degli obblighi cautelari imposti all'autore[83].

Partendo dalla considerazione per cui il diritto penale non tutelerebbe il bene in sé ma l'interesse del titolare alla conservazione dello stesso bene, l'autore condiziona la protezione penale del bene al modo ed alla misura in cui il titolare si attiva per tutelare il bene stesso rispetto alle aggressioni (colpose) di terzi. Qualora il comportamento della vittima, infatti, sia tale da apparire quale rinuncia all'intervento dell'ordinamento a proprio favore, la condotta offensiva non sarebbe più valutabile come contraria alle regole cautelari[84].

L'interesse alla tutela, nel bilanciamento che sarebbe alla base delle scelte di intervento penale risulterebbe, dunque, soccombente rispetto all'interesse alla libertà di azione, sia qualora il titolare

---

[82] Tra gli esempi di rischi non socialmente adeguati e comunque non tipici, Hirsch inserisce i rischi per la salute della paziente in caso di interruzione della gravidanza o i rischi corsi dalle prostitute nella loro attività (così l'autore in *Soziale Adäquanz*, cit., 745).

[83] P. Frisch, *Das fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzen*, Berlin, 1973.

[84] *Ibidem*, 120.

del bene abbia posto egli stesso in pericolo il bene, sia qualora abbia omesso di tutelarlo nella misura da lui esigibile[85].

Più cauta la posizione di chi, come Hillenkamp, criticando radicalmente i metodi ed i risultati della vittimodogmatica, ritiene tuttavia imprescindibile principio di giustizia attenuare le conseguenze sanzionatorie a carico del reo, qualora la vittima abbia agito in modo tale da diminuire l'illiceità del fatto o la colpevolezza dell'agente. Ricollegandosi tassativamente ai dati normativi esistenti, l'Autore ritiene possibile, già allo stato della legislazione tedesca, inserire determinati comportamenti della vittima del reato tra i criteri di commisurazione della pena[86].

Naturalmente, questa schematica ricostruzione delle ipotesi di soluzione proposte in relazione alla rilevanza della partecipazione della vittima al reato non ha alcuna pretesa di esaustività[87]. Già dal

---

[85] Il riferimento al piano delle regole cautelari è rinvenibile anche nella impostazione di Forti, solo, però, per quanto concerne quella partecipazione della vittima al reato che assuma la forma del consenso ad una attività pericolosa posta in essere da terzi soggetti, e solo in quei casi in cui non sia configurabile un vero e proprio consenso dell'avente diritto per carenza dei requisiti necessari, come, ad esempio, la disponibilità del bene (G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 608 in nota. L'Autore considera, invece, la autoesposizione al pericolo in senso proprio quale causa di esclusione della imputazione oggettiva dell'evento, secondo la sua ricostruzione del criterio della realizzazione del rischio).

[86] Secondo l'autore, il giudice, nel giudizio di commisurazione della pena, non può discostarsi da quanto normativamente previsto; in questa ottica, dunque, devono essere individuate tutte le previsioni legislative che in qualche modo si riconnettono al comportamento della vittima del reato. Queste regole, positive o consuetudinarie, costituiscono quello che Hillenkamp designa come «valore limite» (*Grenzwerte*) al di sotto del quale possono essere formulati e raggruppati vari criteri di commisurazione della pena, e sono, secondo l'autore, quattro: la scriminante del consenso dell'avente diritto; la legittima difesa, l'istituto della perdita del diritto, il concorso di persone nel reato.

In riferimento a ciascuna di queste quattro "regole legislative", sarebbe identificabile un gruppo di casi, per un totale, quindi, di quattro gruppi, a loro volta suddivisibili in ulteriori sotto-gruppi a seconda delle note caratteristiche individualizzanti le varie situazioni. Abbiamo così i casi somiglianti al consenso (*die einwilligungnahe Fälle*), i casi somiglianti alla legittima difesa (*die notwehrnahe Fälle*); quelli che si avvicinano all'istituto della perdita del diritto (*die verwinkungnahe Fälle*) e quelli riconducibili al concorso di persone nel reato (*die beteiligungnahe Fälle*). Così T. Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, cit., 240 ss.

[87] Per una completa disamina della tematica in oggetto, vedi da ultimo, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., *passim.*

breve *excursus* svolto ci sembra emerga, tuttavia, con evidenza, la vivacità odierna del dibattito su di una tematica a lungo ignorata.

Un tale, differente, approccio allo studio ed alla valutazione del fenomeno criminale, se pure, da un lato, porta inevitabilmente ad un affievolimento della tutela degli interessi del soggetto passivo, gli restituisce, ciò non ostante, una dignità – non solo scientifica ma anche umana, – da tempo sottovalutata, in quanto porta ad una valorizzazione della sua libertà di scelta.

6. *Laicità del diritto penale e tutela della persona: la rivalutazione della libertà di scelta del titolare del bene. In particolare il consenso informato nell'ambito medico e la riforma del diritto penale sessuale*

Sempre più la società attuale si connota nei termini di laicità e secolarizzazione; con questa affermazione si vuole così identificare un processo di progressivo «declino del ruolo pubblico delle religioni sotto forma di controllo sociale», e di parallelo diffondersi di una «cultura che rifiuta l'idea di una verità assoluta e definitiva e ricerca viceversa la verità attraverso l'esame critico ed il libero confronto tra concezioni diverse o contrapposte. Sotto questo aspetto si può definire come laica la società che ammette una pluralità di visioni della vita e di concezioni morali»[88].

---

[88] Così G. Fiandaca, *Laicità*, cit., 168 ss. La validità di queste affermazioni non può essere inficiata dalla rilevazione di un dato sempre più caratteristico nella realtà attuale: il fattore religioso ha ormai acquisito nuovamente un ruolo da protagonista nella società contemporanea tanto che, in riferimento a questo profilo, l'età attuale viene definita come "post-secolare". Vedi sul tema le belle pagine di C. Visconti, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, «RIDPP», 2006, 1029 ss. Il dibattito sulla laicità dello Stato e dell'ordinamento penale con particolare riferimento ai rapporti con la religione si è notevolmente vivacizzato in Europa, sia a seguito di vicende che hanno avuto particolare risonanza nell'opinione pubblica (vedi la c.d. legge sul velo in Francia, o le pronunce sulla legittimità della presenza del crocifisso nelle scuole in Italia. Sulle due questioni vedi R. Dameno, *La religione, le istituzioni e il principio di laicità*, «Bioetica», 2004, 3, 475 ss), sia anche, e ci riferiamo alla realtà italiana, alle pronunce della Corte Costituzionale che, con una serie di interventi successivi ha significativamente inciso sulle fattispecie codicistiche in tema di religione nel senso

Anche il diritto, quale riflesso degli orientamenti culturali generali della società cui si ispira, non può che atteggiarsi sempre più come diritto laico e, ancora, lo stesso diritto penale non può non essere investito dal processo di secolarizzazione che caratterizza la società moderna; ciò nel senso più ampio di affrancamento «non solo rispetto alla religione ma anche rispetto alla morale»[89].

Che cosa si deve intendere per diritto penale laico? Senza voler qui affrontare le complesse questioni concernenti il significato e la evoluzione storico-teorica del concetto di laicità[90], ci limitiamo ad utilizzare questo concetto come espressione della logica del pluralismo e di uno Stato democratico pluralista, che rifiuta una intuizione morale, preminente e, soprattutto, prevaricante[91].

Come è stato di recente evidenziato, con laicità del diritto penale si vogliono oggi mettere in evidenza due profili strettamente connessi l'uno all'altro, che possono essere riassunti nelle formule «laicità come autonomia», da un lato, e «laicità come mondanità» dall'altro. Con queste efficaci formule di sintesi si vuole significare, da un lato, che il diritto – ed il diritto penale in particolare – deve improntarsi all'autonomia «rispetto ai valori afferenti alle varie concezioni morali e diffuse nella società, essendo presieduto da principi propri»; dall'altro lato, che la potestà punitiva deve essere esercitata esclusivamente per finalità preventive, generali o speciali, e non per

---

di una progressiva eliminazione delle disparità di trattamento tra religione cattolica ed altri culti, propria di una, ormai inadeguata, concezione confessionale dello Stato. Da ultimo vedi Corte cost., 18 aprile 2005, 168, «DPP», 2005, 58 ss. Sulle pronunce della Corte Costituzionale, vedi M. Mantovani, *L'oggetto tutelato nelle fattispecie penali in materia di religione*, «IP», 2006, 257 ss.; V. Mormando, *I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, Milano, 2005, 45 ss.; C. Visconti, *La tutela penale della religione*, cit., *passim* con abbondanza di ulteriori riferimenti bibliografici.

[89] Per queste considerazioni cfr. G. Fiandaca, *Laicità*, cit., 169.

[90] Cfr. La letteratura che si è occupata del concetto è naturalmente vastissima. Solo in via esemplificativa, tra gli altri, S. Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007; B. Magro, *Etica laica*, cit., 1382 ss.; F. Mantovani, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato dell'Andro*, I, Bari, 1994, 519 ss., V. Mormando, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, «RIDPP», 2004, 650 ss.; S. Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, *passim*; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, «RIDPP», 2006, 55 ss.

[91] H.L.A. Hart, *Diritto, morale e libertà*, Acireale, 1968, 26 ss.

«il perseguimento di ideali trascendenti di giustizia assoluta, di palingenesi totale della società, di riparazione delle male»[92].

L'idea che non deve esistere una connessione necessaria tra diritto e morale è, come noto, da considerarsi un postulato del pensiero illuminista, poi recepito dal positivismo giuridico, quale fondamento dello Stato moderno di diritto[93]. Ugualmente ed inversamente la medesima dottrina afferma l'autonomia della morale dal diritto positivo. Entrambe queste tesi, come è stato autorevolmente affermato, formano «una acquisizione basilare della civiltà liberale e riflettono il processo di laicizzazione compiutosi all'inizio dell'età moderna»[94].

Come noto, il rapporto tra diritto penale e morale può ipoteticamente atteggiarsi nel senso di una totale identificazione: il diritto avrebbe, cioè, la funzione di garantire un "minimo etico", secondo la nota definizione di Jellinek, e dunque di reprimere comportamenti contrari alla morale, anche se solo qualora superino certi *standard* di riprovevolezza; ovvero potrebbe atteggiarsi in modo diametralmente opposto, secondo quella concezione che considera il diritto e la morale come sfere totalmente autonome e separate, dovendosi preoccupare il diritto penale solo della garanzia della pacifica convivenza sociale. Generalmente si ritiene che, né la prima, né la secon-

---

[92] Vedi S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo I, 139 ss. Su questi aspetti della laicità vedi per tutti F. Stella, *Laicità dello Stato, Fede e diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 310 ss. Di recente anche G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo I, 282 ss.

[93] Già, come noto, presente nell'insegnamento del grande maestro Cesare Beccaria per cui «la vera misura dei delitti» era da individuare nel «danno alla società» e non nella «gravezza del peccato» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Venturi, Torino, 1981, § VIII, 23.).

[94] Processo interrottosi poi nell'età postilluministica, ottocentesca, per ricominciare nel secondo dopoguerra. Per una accurata ricostruzione delle concezioni sui rapporti tra diritto e morale, cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990, 203 ss. Per un parallelismo tra la visione illuministica, di Beccaria, e la visione liberale, milliana, dei rapporti tra diritto e morale, vedi di recente, G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 283 ss.

da delle due configurazioni illustrate siano soddisfacenti, essendo diritto penale e morale inevitabilmente connessi, pur se non coincidenti. L'opzione preferibile, quindi, sarebbe quella intermedia, che taluno ha autorevolmente definito come tesi «dei cerchi intersecantisi», secondo la quale tra le norme penali e quelle morali intercorrerebbe una «triplice relazione» che renderebbe il quadro dei loro rapporti difficilmente schematizzabile nelle alternative sopra menzionate e notevolmente più complesso[95].

Se è vero che il rapporto tra diritto e morale non può essere inteso in un'ottica di identificazione (tesi unitaria), né in una prospettiva di netta separazione (tesi autonomista), ma di integrazione ed interferenza reciproca (tesi intermedia), ciò che va, tuttavia, evidenziato è che oggi è sempre più viene rivendicata – anche a livello di opinione pubblica – la negazione di una autorità morale dello Stato.

Se, dunque, il principio della separazione tra diritto e morale, correttamente inteso, significa che «lo Stato non deve immischiarsi coercitivamente nella vita morale dei cittadini e neppure promuoverne coattivamente la moralità»[96], lo stesso principio implica anche che il diritto penale non ha il compito di imporre o rafforzare la (o una determinata) morale, ma solo di impedire la commissione di azioni dannose per i terzi[97].

Naturalmente anche in questo caso i riferimenti di base per il fondamento e la legittimazione di uno Stato e di un ordinamento laico non possono non essere rinvenibili nella Carta fondamentale

---

[95] K. Roxin, *Sui rapporti tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, «AP», 1982, 36 ss.

[96] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 207.

[97] *Ibidem*. Sul punto vedi anche, G. Fiandaca, *Laicità*, cit., 175; K. Roxin, *Sui rapporti tra diritto e morale*, cit., M. Donini, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 120 ss.; C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, «RIDPP», 1990; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 215 ss., il quale nega cittadinanza ad una funzione moralizzatrice del diritto penale anche sulla base della considerazione che ciò contrasterebbe con la funzione di integrazione sociale propria della pena. Dato il carattere pluralistico della nostra società, infatti, solo alcuni, tra i destinatari dei divieti, sarebbero in grado di accettare quella particolare prescrizione di quella particolare istanza morale. Dello stesso autore, vedi anche, in argomento, *Bioetica o Biodiritto?*, «RIDPP», 1990, 864 ss.

Sul principio milliano del danno ad altri come criterio di legittimazione delle scelte di criminalizzazione delle condotte, vedi *infra*, sez. I, cap. 2, par. 1

della Repubblica, e, nell'ottica sopra evidenziata, il primo principio che viene in considerazione è quello che sancisce la materialità del diritto penale, che, insieme al principio di offensività, è strettamente connesso alla funzione stessa del diritto penale: la tutela di beni giuridici, non di mere istanze morali o religiose[98].

Come è stato scritto «neppure la razionalità e la coerenza delle argomentazioni morali attribuisce l'autorità della coercizione (morale)». Un tale assunto si va affermando sempre più nettamente nelle moderne società pluralistiche e sempre più, di conseguenza, si richiede l'ampliamento delle sfere di esercizio di scelte private, limite all'autorità morale dello Stato[99].

Il consenso e il principio di autonomia divengono, così, le basi di un'etica laica pluralistica[100].

Certo, la richiesta sempre più pressante di autonomia decisionale del titolare dei beni giuridici sulla gestione dei beni stessi, tanto più se personali, quali la vita, l'integrità fisica, la libertà sessuale, comporta necessariamente una attribuzione allo stesso di una quota di responsabilità per la lesione subita dal suo stesso bene, che viene pertanto ad essere sottratta alla sfera dell'autore. Si riduce, cioè, la responsabilità del soggetto "aggressore", ed anche la tutela del soggetto titolare del bene[101]. Si valorizza, tuttavia, la sua libertà di scelta, rivendicata, oggi, come parte della sua dignità di persona. Si percepisce sempre di più un rifiuto della "tutela sempre e comunque", anche contro la volontà dello stesso soggetto nei cui confronti que-

---

[98] Certo i due principi enunciati non sono gli unici a venire in rilievo in riferimento alla caratterizzazione laica dell'ordinamento penale e dello Stato in genere; si pensi anche ai principi sanciti dall'art. 27, sia in riferimento alla personalità della responsabilità penale sia alla funzione rieducativa della pena, al principio di uguaglianza, consacrato nell'art. 3 cost., ma anche ai principi di libertà di cui tutta la Carta costituzionale è permeata. Sul punto, S. Canestrari, *Laicità del diritto penale*, cit., 142 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 68 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 217.

[99] B. Magro, *Etica laica*, cit., 1423.

[100] Sul punto, vedi anche T.H. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Milano, 1991.

[101] Mette in evidenza l'importanza di questa problematica a livello di scelte di politica criminale, L. Fioravanti, *La tutela penale della persona, nuove frontiere difficili equilibri*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, 15.

sta tutela dovrebbe essere apprestata e, dunque, della concezione, connessa, che identifica sempre e comunque il soggetto passivo con il soggetto debole del rapporto[102].

Un esempio evidente di (neo)valorizzazione del titolare del bene, nella gestione dello stesso, proviene dall'ambito medico. In questo ambito è indubbio che si possa osservare una evoluzione che ha portato ad una nuova configurazione del rapporto medico-paziente, al riconoscimento di un ruolo principe al consenso informato, all'abbandono del c.d. paternalismo medico[103].

Manifestazioni emblematiche di una tale evoluzione, anche in riferimento a situazioni limite quali quelle concernenti il problema eutanasia, sono, da un lato, il nascere e proliferare delle c.d. Carte di Autodeterminazione redatte dalla Consulta di bioetica, dei documenti approvati dallo stesso Comitato nazionale per la bioetica in tema di "direttive anticipate", nonché delle proposte di legge aventi ad oggetto la regolamentazione del consenso in-

---

[102] Sulle problematiche connesse al c.d. principio paternalistico, vedi *infra*, sez. I, cap. 2 par. 2.

[103] Di particolare rilevanza in riferimento al tema del consenso dell'ambito medico, la scelta del legislatore italiano di ratificare con L. 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo e disciplinare così legislativamente il consenso informato (vedi V. Calderai, *Il problema del consenso nella bioetica*, «RDC», 2005, 342 ss.; S. Rodotà, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in S. Semplici [a cura di], *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 39 ss.; F.S. Toniato, *Il momento della morte non è fuori della vita*, *ivi*, 73 ss.). Sull'argomento del consenso al trattamento medico la letteratura è sconfinata. Per quanto riguarda i profili strettamente penalistici dell'argomento, cfr., tra gli altri, in Italia, S. Del Corso, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, «RIDPP», 1987, 536 ss.; L. Eusebi, *Sul mancato consenso, al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, «RIML», XVII, 1995, 727 ss.; R. Fresa, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in *I reati contro la persona*, Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, 2006, 634 ss.; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, «RIDPP», 2001, 377 ss.; G. Iadecola, *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998; A. Manna, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; R. Riz, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975; F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, «RIDPP», 2004, 141 ss.; M. Zanchetti, *Diritto all'autodeterminazione del paziente, e distribuzione delle risorse*, in *Etica, risorse economiche e sanità*, a cura di C. Bresciani, Milano, 1998, 171. Con riferimenti specifici anche al paternalismo medico, vedi per tutti T.H. Engelhardt, *Manuale*, cit., 120 ss.

formato e/o delle c.d. direttive anticipate[104]; dall'altro lo stesso Codice di deontologia medica che, nella sua ultima versione, accentua il riconoscimento di una posizione privilegiata alla volontà del malato[105].

Ma un altro esempio emblematico del processo di laicizzazione del diritto penale, e della conseguente valorizzazione dell'individuo e della sua libera scelta, quale elemento cardine nelle scelte di penalizzazione delle condotte, si può cogliere anche in relazione al dibattito che in tempi più o meno recenti si è incentrato sulle esigenze di riforma del diritto penale sessuale, soddisfatte, in modo più o meno pieno, da interventi legislativi *ad hoc.*

Si pensi, tra l'altro, alla riforma legislativa che, in Germania, ha visto la luce tra gli anni Sessanta e Settanta e che ha modificato

---

[104] Tutto ciò dimostra una diffusione sempre maggiore del dibattito anche in Italia. Il testo della Carta di Autodeterminazione è pubblicato in «Bioetica», 2000, 2, 103 ss. Sul consenso informato, di particolare interesse, il documento del CNB sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, del dicembre 2003 e, sulla base di tale documento, il disegno di legge n. 2943 in materia sempre di dichiarazioni anticipate, d'iniziativa del senatore Tomassini, comunicato alla presidenza del senato il 4 maggio 2004 (per i testi ed il commento, cfr. D. Neri, *Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento"*, «Bioetica», 2004, 2, 188 ss.). All'esame della attuale legislatura risultano almeno tredici disegni di legge relativi ai c.d. testamenti biologici. Per una accurata panoramica quantitativa e qualitativa degli stessi, e, più in generale sull'argomento, cf. da ultimo, D. Tassinari, *Gli attuali progetti di legge sul cosiddetto "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*, «Criminalia», 2006, 265 ss., a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

[105] La versione cui ci riferiamo è quella approvata dal FNOMCeO il 3 ottobre 1998. Una delle norme maggiormente rappresentative della tendenza ad un abbandono definitivo della visione paternalistica del rapporto medico/paziente è senz'altro l'art. 34, *Autonomia del cittadino*, secondo cui, «Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso. Il medico ha l'obbligo di dare informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà, compatibilmente con l'età e con la capacità di comprensione, fermo restando il rispetto dei diritti del legale rappresentante; analogamente deve comportarsi di fronte ad un maggiorenne infermo di mente». Per un commento sul nuovo codice deontologico, nella prospettiva che qui interessa, cfr. L. Orsi, D. Mazzon, *Analisi del nuovo Codice di deontologia medica medica dalla prospettiva della bioetica di fine vita*, «Bioetica», 2000, 4, 599. Sul punto vedi anche le osservazioni svolte *infra*, sez. II, par. 3.5.5.

completamente il capitolo 13 della parte speciale del codice penale, il cui titolo, che prima di allora era «Reati contro la morale sessuale», è stato trasformato in «Reati contro l'autodeterminazione sessuale», con emblematico spostamento dell'oggetto della tutela dalla morale sessuale alla libertà individuale. Coerentemente è venuta meno la rilevanza penale di tutti gli atti sessuali consensuali tra adulti, dall'omosessualità allo scambio di partner tra coniugi, alla vendita di pubblicazioni pornografiche[106].

Anche in Italia il diritto penale sessuale è stato oggetto di un intervento riformatore con la l.15 febbraio 1996, n. 66, che ha abrogato integralmente il capo I del titolo IX del libro II del codice penale ed altri articoli contenuti in altri capi dello stesso titolo, ed inserito le fattispecie (in gran parte modificate) nell'ambito dei delitti contro la persona, ed, in particolare, nella sezione seconda del capo II, dedicata ai delitti contro la libertà personale.

Si è voluto così abbandonare ogni riferimento al bene "moralità pubblica", cui la libertà sessuale era strettamente collegata assumendo una chiara connotazione pubblicistica che ne snaturava assolutamente l'essenza di diritto personale.

Prescindiamo qui dalle aspre critiche, peraltro certamente condivisibili, in ordine alla scelta della collocazione sistematica operata dal legislatore, che sarebbe stata sicuramente più appropriata nell'ambito delle fattispecie a tutela della libertà morale[107], ed alla incapacità dello stesso di rompere del tutto con la tradizione eliminando dai delitti tipicizzati il requisito della violenza e della minaccia che, «piaccia o non piaccia evoca quell'onere di resistenza che

---

[106] Sulla riforma tedesca, e la connessione tra la riforma e l'esigenza di una separazione tra diritto penale e morale, vedi i rilievi di G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 1770 ss. e K. Roxin, *Sul rapporto tra diritto e morale*, cit., 35 ss.

[107] Ovvero in un titolo apertamente e specificamente dedicato alla «libertà sessuale"; sul punto, M. Bertolino, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 159 ss; T. Padovani, *Commento Pre.Art. 609-bis c.p. (Art. 2 L. 15 febbraio 1996, n. 66)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2006, IV ed., 431; F. Mantovani, *Diritto penale, I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, 1998, 3 ss.

costituiva il perno occulto di raccordo della libertà sessuale con la moralità pubblica»[108], per incentrarle sul mero dissenso[109]; certo è che la riforma, pur con le sue contraddizioni, ha voluto esprimere una ormai affermata visione autonomista dei rapporti tra diritto e morale e comunque una concezione laica dello Stato e del diritto penale, ormai incompatibile con la disciplina del diritto penale sessuale contenuta dal Codice del 1930[110].

7. *La rivalutazione della vittima nella teoria della pena*

Nel 1997 Jan Philipp Reemtsma, professore universitario di letteratura tedesca, pubblica il libro *Im Keller*, diario di trentatré giorni

---

[108] Così T. Padovani, *Commento Pre. Art. 609-bis c.p.*, cit., 432; in senso critico, vedi anche F. Mantovani, *Diritto penale, I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale.*, cit., 4. Sulla riforma dei reati sessuali, vedi di recente, anche B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004.

[109] Come da molti già da tempo auspicato e secondo l'orientamento delle più recenti riforme europee in materia. Cfr. M. Bertolino, *La tutela penale della persona*, cit., 171 ss.; Id., *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, *passim*; T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà sessuale*, «RIDPP», 1989, 1301 ss.; F.C. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 410.

Una scelta in tal senso era stata invece operata dallo schema di legge delega per la riforma del codice penale, redatto nel 1992 dalla commissione presieduta dal professor Pagliaro, il quale, oltre a prevedere l'inserimento dei reati sessuali in un apposito titolo dedicato alla tutela della libertà sessuale, prevedeva la violenza e minaccia come circostanze aggravanti dello stupro commesso contro la volontà di una persona.

[110] Naturalmente quanto illustrato non ha alcuna pretesa di completezza; sempre e solo a titolo esemplificativo, si possono indicare, quali passi verso una sempre maggiore valorizzazione della libertà di scelta dell'individuo e l'abbandono di istanze moraleggianti o paternalistiche, gli interventi della giurisprudenza in tema di comune sentimento del pudore, sempre meno "comune" e sempre più "privato" (sul tema vedi *infra*, sez. II, cap. 3); ancora sempre in via esemplificativa, si può far riferimento alla disciplina del consenso nell'ambito della normativa in tema di trattamento dei dati personali (contenuta nel decreto legislativo del 30 giugno 2003, n. 196 e successivi aggiornamenti), la quale, pur se in modo non del tutto univoco, si vuole oggi caratterizzare nella direzione del riconoscimento di un generale diritto di autodeterminazione del singolo titolare dei dati in questione.

di prigionia subiti in una cantina a seguito di un sequestro a scopo di estorsione[111].

In questo diario, ma anche in opere successive, l'autore sembra sostenere l'esistenza di un vero e proprio diritto della vittima alla punizione del colpevole da parte dello Stato, affermando, così, indirettamente un inserimento della vittima stessa come elemento facente parte degli scopi della pena criminale, con particolare riferimento alla teoria generalpreventiva (in senso positivo) della pena[112]. Il collegamento, tra vittima del reato e pena statale, non viene affermato sulla base dell'equivalenza pena = compensazione, risarcimento; il significato della sanzione è, secondo l'autore, nella prevenzione di danni ulteriori rispetto a quelli immediati conseguenti al reato, individuati soprattutto nella perdita di orientamento e di fiducia nel diritto che vittima concreta e vittime potenziali subiscono con la commissione di reati. Il diritto della vittima alla punizione dell'autore troverebbe così il suo fondamento nello stesso obbligo dello Stato di limitare i danni sociali conseguenti alla realizzazione di fatti criminali[113].

La voce di Reemstma, seppure manifestata in termini problematici, suscita vivaci reazioni e scatena un dibattito scientifico di notevoli proporzioni e di notevole profondità, avente ad oggetto la plausibilità e la opportunità dell'inserimento della vittima all'interno della reazione punitiva[114]. In particolare, ci si oppone al recu-

---

[111] J.P. Reemtsma, *Chiuso dentro: dalla cantina di un sequestro; 33 giorni di lucida angoscia*, trad. it. a cura di B. Griffini, Milano 1999 (versione originale, *Im Keller*, Hamburg, 1997).

[112] In particolare le sue "riflessioni", così da lui stesso definite, risultato di notazioni di carattere psicologico e di dati propri di una costruzione di teoria del diritto e della società, si concentrano sulla constatazione del ruolo marginale della vittima del reato nel processo di punizione del reo; ruolo esclusivamente di testimone, strumento delle istituzioni per l'accertamento processuale, che si scontra con la necessità di sublimazione del sentimento di vendetta, nella esigenza di risocializzazione, della vittima, di recupero dell'orientamento, di recupero della fiducia nel diritto, persa a seguito del trauma subito attraverso il reato. Così J.P. Reemtsma, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters. Als Problem*, München, 1999, *passim*. Ulteriori considerazioni, in W. Hassemer, J.P. Reemtsma, *Verbrechensopfer*, cit., 112 ss.

[113] J.P. Reemtsma, *ivi*, 20 ss.

[114] Vedi soprattutto K. Lüderssen, *Opfer im Zwielicht*, in *Fest. für Hirsch*, Berlin-New York, 1999, 886 ss.; C. Prittwitz, *Positive Generalprävention und Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters?*, in *Winfried Hassemer zum 60. Geb.*, P.A. Albrecht *et al.* (Hrsg.), Baden Baden 2000, 162 ss.; Id., *Opferlose Straftheorien*?, in

pero di un ruolo "interno" della vittima, che non si limiti solo alla presenza in ambito processuale[115], ma che vada a coinvolgere le stesse funzioni, generalpreventiva, in senso positivo, e retributiva, della pena. Si paventa una ingerenza privata nella risposta al crimine che re-inserisca un elemento connotato da forte irrazionalità in un sistema che vuole e deve, invece, espungere l'irrazionalità dal proprio ambito[116].

Le più autorevoli voci del dibattito scientifico sono dunque concordi su un punto considerato fondamentale: al di fuori di ipotesi limitate e circoscritte «il monopolio ordinamentale della reazione al crimine non può tollerare ingerenze»[117].

Ciò che invece trova, pur con diversità di vedute, un generale consenso è l'affermazione per cui il diritto penale non può più dimenticarsi della vittima del reato, la cui soddisfazione, in senso lato, deve assurgere a scopo comprimario dello strumento penale, anche e soprattutto in funzione di una sua effettività e credibilità[118].

Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, B. Schünemann, M. Dubber (Hrsg.), Köln, 2000, 51 ss.

[115] Peraltro oggi non più del tutto marginale nel nostro ordinamento; vedi, per i contributi più recenti, E. Aprile, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, «CP», 2003, 1722 ss.; A. Baldelli, M. Bouchard, *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino, 2003; critico, in ogni caso sulla posizione dell'offeso nell'ambito del processo penale, considerato ancora "ai margini" nonostante i molti diritti, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 277.

[116] Sul tema della dimensione irrazionale dello strumento penale, vedi M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 79 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 326 ss.; K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2005, 85; Id. *Opfer im Zwielicht*, cit. Sulla origine del diritto penale moderno come "neutralizzazione della vittima" vedi *supra*, par. 1.1.

[117] Così A. Di Martino, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, in E. Venafro, C. Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., 198. Più in generale sui rapporti intercorrenti tra il reato e la pena, vedi, dello stesso autore, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, *passim*. Nella stessa ottica, con riferimento specifico anche agli spunti offerti dalla "vicenda Reemtsma", vedi, oltre agli autori citati alla nota precedente, anche C. Prittwiz, *Positive Generalprävention*, cit., 162 ss.; Id., *Opferlose Straftheorien?*, cit., 51 ss.

[118] Per un *excursus* delle diverse fasi in cui si è manifestato negli ultimi decenni l'interesse per la vittima in riferimento alle pratiche "risarcitorie" in senso lato, vedi D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 292 ss.; evidente appare la matrice assistenziale-solidaristica che caratterizza le risposte normative italiane, a partire dall'istituzione del «Fondo di garanzia per le vittime del-

La parola chiave può essere individuata nell'espressione "giustizia riparativa" (con la consapevolezza della non univocità di significato che l'espressione rappresenta) che indica un paradigma "sanzionatorio" la cui diffusione deve necessariamente essere collegata anche alla crisi dei due modelli tradizionali di giustizia, il modello retributivo ma, anche, il modello riabilitativo[119].

Come noto, il nostro ordinamento, dagli anni Settanta ad oggi ha conosciuto un processo evolutivo che ha consentito il passaggio da un primato indiscusso della pena detentiva ad una sempre maggiore tendenza alla decarcerizzazione, accompagnata dall'introduzione di misure sanzionatorie anche molto diversificate[120]. Oggi un punto fermo di questa evoluzione è senz'altro l'interesse centrale per il paradigma della riparazione che, in vario modo, riporta in

---

la strada», nel 1969. In questo senso anche G. Casaroli, *La riparazione pubblica delle vittime del rearto fra solidarietà sociale e politica criminale*, «IP», 1990, 277 ss.; M. Pisani, *Per le vittime del reato*, «RIDPP», 1989, 466. Sulla tendenza del diritto penale "moderno" alla valorizzazione delle "istanze risarcitorie" «non (più) come finalità ulteriore o ultima della pretesa punitiva, ma come surrogato "interno" di essa, come *privatizzazione* del conflitto penalistico», vedi C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, «RIDPP», 1994, 1230.

[119] Sulla crisi della risocializzazione vedi in particolare K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, cit., specialmente 11 ss. Sulla diffusione della c.d. *Restorative Justice* a livello di legislazione e di prassi in sistemi giuridici anche molto lontani tra di loro, e oggi anche a livello internazionale, vedi le indicazioni contenute in G. De Simone, *Le forme di tutela della vittima*, in E. Venafro, C. Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, cit., 67 ss.; G. Fornasari, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 69 ss.; A. Manna, *La vittima del reato*, cit., 993 ss.; C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida interazionali*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, cit., 85 ss. In particolare sulla *Widergutmachung* tedesca, introdotta, come vera e propria figura penale autonoma, nella legge 28 ottobre 1994 – *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und andere Gesetze*, vedi l'approfondita indagine di D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., 279 ss. cui si rinvia anche per l'approfondimento bibliografico.

[120] F. Bricola, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, «FI», 1985, V, 1 ss., oggi in S. Canestrari, Al. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo II, 1559; T. Padovani, *L'Utopia punitiva*, Milano, 1981, *passim*.

primo piano la ricomposizione del conflitto sociale tra autore e vittima del reato[121].

In particolare la centralità della risposta "riparativa" in senso lato viene vista sotto vari punti di vista e diversificata a seconda degli ambiti di possibile applicazione ma anche delle finalità esclusive o cumulative che si vogliono perseguire. Particolare risonanza viene data alla "*restorative justice*" in funzione della attribuzione alla pena di una nuova legittimazione sotto il profilo della prevenzione generale, in senso positivo. Essa apparirebbe, in questo senso, idonea, infatti, oltre a promuovere la riconciliazione del reo con la vittima, a favorire la presa di coscienza da parte dello stesso autore del disvalore del fatto compiuto, contribuendo così al recupero di un senso di sicurezza collettivo[122].

Il modello della riparazione può, a questi fini, utilizzarsi in via esclusiva, cioè a prescindere dalla conciliazione, e quindi senza il supporto della mediazione, ovvero in combinazione con questa. Nel primo caso ciò che maggiormente viene in rilievo è il ripristino dell'interesse leso (una tutela tardiva), ma, si fa notare, perché una tale opzione abbia una qualche rilevanza anche dal punto di vista della prevenzione, generale e speciale, è necessario

---

[121] Per un *excursus* sulle varie tipologie di strumenti con cui il nostro ordinamento ha incentivato negli ultimi anni la giustizia riparativa e sui suoi riflessi sui diversi fini della pena, dalla generalprevenzione, alla specialprevenzione, ai profili attinenti alla deflazione processuale, vedi F. Giunta, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo I, 344 ss. Sull'argomento, vedi in generale, G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., *passim*; L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema del diritto penale minorile*, Padova, 1998; L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, cit.; L. Eusebi, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, «RIDPP», 1997, 830 ss.; Id., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo II, 1109 ss.; G. Mannozzi, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, *passim*; Id., *Pena e riparazione: un binomio irriducibile*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo II, 1129 ss.

[122] Sul punto, A. Manna, *La vittima del reato*, cit., 981 ss.; Sull'importanza del consenso nel precetto normativo, in funzione di una prevenzione del crimine, M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, «IP», 2001, 1059; L. Eusebi, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa*?, in L. Picotti, G. Spangher, (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, cit., 48 ss.

che la condotta riparativa sia subordinata al consenso de entrambi: autore e vittima[123].

Per ovviare al rischio, da molte parti paventato, di una generalizzata privatizzazione del diritto penale, diviene fondamentale tuttavia la individuazione di ambiti di utilizzazione specificamente circoscritti: in particolare si richiede che si sia in presenza di fattispecie di reato che possono caratterizzarsi, sia in riferimento agli interessi lesi che alla dinamica di realizzazione, per un contenuto ed una sembianza "civilistica", in relazione ai quali è statisticamente provato che la vittima richiede quale fonte di soddisfazione, più che l'afflizione del reo, una riparazione economica, senza che questo significhi «monetizzazione del dolore»[124].

Nelle ipotesi che vedono una combinazione tra riparazione e mediazione ovvero una mediazione pura, in riferimento alle quali si mira ad un'assunzione di responsabilità del reo che si aggiunge alla ricomposizione del conflitto sociale, al dato della dinamica di realizzazione del fatto e dell'interesse in gioco, si aggiunge generalmente, e si pone come prevalente, la componente della conflittualità interpersonale. Si è messo in particolare in luce come la praticabilità di una gestione del conflitto tra le parti private, e dunque il successo di pratiche di mediazione, si manifesta «nella gestione delle situazioni problematiche che socialmente sono costruite, e pertanto avvertite dagli attori sociali coinvolti, come disagi e sofferenze e non come conflitti. Insomma: aree di disordine non conflittuale o comunque di contenuta conflittualità»[125].

---

[123] Sulla compatibilità della mediazione e delle pratiche conciliative in genere sia con le finalità generalpreventive che con le istanze di rieducazione della sanzione penale, vedi le osservazioni di L. Eusebi, *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 80 ss.

[124] F. Giunta, *Oltre la logica*, cit., 354; Id., *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, «SI», 2003, 1188.

[125] Così M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 11 ss., il quale esemplifica «Come genitore di una figlia uccisa da un pirata della strada nelle follie del sabato notte, posso più facilmente trovare soddisfazione in un processo mediatorio con lo sciagurato giovane (dove sia dato presumere il suo pentimento), di quanto non riesca nell'ipotesi che mia figlia sia stata uccisa in un conflitto a fuoco in una rapina…".

Nel nostro ordinamento esperienze normative di tipo riparativo-conciliativo hanno trovato applicazione, da un lato, nell'ambito della disciplina della giurisdizione di pace, dove si prevede, tra l'altro, all'art. 2 comma 2, che «nel corso del procedimento il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti»[126]; dall'altro nel procedimento minorile, disciplinato dal D.P.R. n. 488/88. In questo ambito si fa normalmente riferimento alla mediazione in due fasi distinte, una extraprocessuale che può svolgersi nella fase delle indagini, e che non conosce una previsione legislativa espressa, ma è affidata prevalentemente ad una regolamentazione in via di prassi, ed una processuale, che è invece disciplinata dall'art. 28 del decreto in oggetto e che può dar luogo ad una pronuncia di estinzione del reato[127].

---

[126] La disciplina del procedimento davanti al giudice di pace è, come noto contenuta nel D.lgs. 274/2000. L'attenzione per gli interessi della vittima appare determinante di molte scelte strategiche, quali quella di non contemplare il ricorso a riti alternativi, di consentire un ricorso immediato al giudice per i reati procedibili a querela, di subordinare la dichiarazione di improcedibilità per particolare tenuità del fatto alla assenza di un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, tanto che, è stato autorevolmente scritto, la vittima «viene elevata a rango di attore principale della persecuzione giudiziaria». Così T. Padovani, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in G. Giostra, G. Illuminati (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, XV; per una sintetica ricostruzione dei dati orientati alla vittima nella legislazione sulla competenza del giudice di pace, vedi G. De Simone, *Le forme di tutela della vittima*, cit., 60. In generale sulla tematica in questione, Aprile, *Il ruolo della persona offesa*, cit., 1733; G. Flora, *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in L. Picotti, G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, cit., 149 ss.; L. Picotti, *Giudice di pace e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, *ivi*, 137 ss.

[127] Sulla distinzione tra una mediazione extraprocessuale ed una mediazione processuale, vedi le note di F. Ruggieri, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., 194 ss. L'autrice mette in evidenza come l'inserimento nel processo della mediazione ne riduca sensibilmente la capacità di raggiungere i risultati cui è destinata. Sullo snaturamento della mediazione prevista per il processo minorile, vedi anche M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel processo penale minorile*, cit., 13 ss., il quale mette in evidenza la minore efficacia rispetto agli scopi di una mediazione comunque legata ad un processo (anche la mediazione "preprocessuale" è comunque condizionata dalla ipotesi del processo futuro).

Come viene autorevolmente messo in luce, tuttavia, nel sistema penale minorile, la vittima rimane comunque in secondo piano. La mediazione si inserisce infatti in un programma forte di rieducazione dell'autore ed è vista fondamentalmente in funzione di una accentuazione di tale profilo. In questo modo si cerca un difficile compromesso tra due paradigmi difficilmente conciliabili: quello "compensatorio", ontologicamente orientato alla soddisfazione dei bisogni della vittima, e connaturato alle origini della mediazione, e quello "correzionale-riabilitativo", diretto prevalentemente alla soluzione dei problemi del giovane deviante. La probabile soluzione risiede nella subordinazione del primo alle funzioni del secondo e quindi nella mortificazione, ancora una volta, delle ragioni della vittima del reato[128].

---

[128] Così M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel processo penale minorile*, cit., 16 e 17. Sulla esclusione della vittima del reato nella giustizia minorile, vedi G. De Leo, G. Scardaccione, *Esperienze di riconciliazione vittima-autore del reato ed ipotesi di applicabilità nel processo penale minorile*, in G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 154; M. Martucci, *Il trauma di esclusione della vittima del reato*, «MG», 1994, 34 ss.; C. Panseri, *Meglio imputato che vittima. Alcune considerazioni sulla posizione del minorenne nel processo penale*, in G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, cit., 74 ss.

Sezione I

Capitolo primo

LA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE DEL SINGOLO QUALE PRINCIPIO DI RILEVANZA COSTITUZIONALE?

1. *Premessa*

Interrogarsi sul fondamento del consenso dell'avente diritto e sull'efficacia che il consenso ha nell'ambito del diritto penale, significa interrogarsi sul fondamento e sui limiti del diritto di autodeterminazione, essenza del consenso stesso. E questo, sia per quanto riguarda i limiti della suddetta efficacia, e quindi tutto quanto concerne la questione della disponibilità dei diritti; sia in relazione al piano, sul quale l'efficacia si esplica, e, quindi, alla rilevanza del consenso come fattore di esclusione della stessa tipicità del fatto, ovvero, "solo" della antigiuridicità.

Il riconoscimento di una rilevanza alla volontà della vittima nell'ambito dell'ordinamento penale, come è stato correttamente rilevato, non è un dato di immediata evidenza, in quanto il diritto penale è parte del diritto pubblico, caratterizzato da un rapporto di subordinazione del singolo allo Stato, generalmente impermeabile al consenso[1].

Ciononostante il consenso ha sempre avuto un ruolo nell'ambito della definizione della responsabilità penale, o comunque della mera punibilità dell'autore del reato; ruolo che, naturalmente, è stato soggetto a variazioni, quantitative e qualitative, in corrispondenza con il mutare della natura dei rapporti autorità-individuo nei vari periodi storici e, dunque, in relazione agli specifici sistemi di teoria

---

[1] T. Ronnau, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, 6.

dello Stato, dall'individualismo estremo, allo statalismo collettivista passando attraverso il personalismo.

Negli attuali ordinamenti democratici, soprattutto con l'entrata in vigore delle Costituzioni repubblicane – che, come vedremo, pongono al centro del sistema dei valori la persona – si riscontra una tendenza nel senso di una sempre maggiore valorizzazione della libertà di autodeterminazione del soggetto in relazione alla gestione dei propri beni e/o diritti. Da un punto di vista teorico-scientifico, si tende, parallelamente, a ravvisare, nella possibilità per la persona offesa di consentire efficacemente alla lesione del proprio bene – e così di incidere sulla punibilità del comportamento –, una manifestazione della autonomia/libertà di autodeterminazione dell'individuo. Di qui, perciò, anche la necessità di stabilire quale possa essere la fonte normativa di tale libertà.

Poter individuare e dare conto di un fondamento costituzionale del diritto di autodeterminazione significa, oggi, garantire la massima estensione dell'efficacia del consenso dell'avente diritto: il rispetto di quei criteri base che informano, o dovrebbero informare le scelte di criminalizzazione dei fatti umani, quali il principio di offensività; la sussidiarietà e frammentarietà dell'intervento penale e la proporzionalità della pena, consentirebbe, infatti, di ampliare al massimo l'alveo dei diritti disponibili, limitando la negazione dell'efficacia del consenso solo a quelle ipotesi in cui esso non si riferisca a condotte offensive "*self regarding*", ma "*others-regarding*"; inoltre: in una prospettiva ancora più selettiva, verrebbe così negata efficacia al consenso solo relativamente a quelle condotte lesive di interessi di terzi e della collettività in genere, di rango corrispondente a quello proprio del diritto di autodeterminazione e, dunque, anch'essi di rilevanza costituzionale.

I margini di disponibilità di un bene giuridico, dunque, dipendono dal ruolo che la libertà di autodeterminazione assume nella selezione stessa dei comportamenti punibili (prescindendo, qui, ovviamente, dallo stabilire se debba trattarsi di selezione già sul piano della tipicità, ovvero su quello, successivo, della antigiuridicità); una selezione, in ogni caso, che, a sua volta, si identifica con la stessa dimensione assunta dal rapporto fra Stato ed individuo nel contesto di una determinata fase storico-sociale.

Nei paragrafi che seguono ci si propone di esaminare in chiave comparatistica le questioni sopra brevemente delineate, prendendo in considerazione due ordinamenti di *civil law*, quello tedesco e quello spagnolo, molto vicini al nostro, sia dal punto di vista culturale in senso lato, sia dal punto di vista più propriamente attinente al piano normativo e teorico-scientifico. La scelta degli ordinamenti si motiva anche sulla base della particolare attenzione che il tema in oggetto riscuote nell'ambito dell'attuale dibattito, assai più avanzato sul punto, – ci riferiamo soprattutto al dibattito tedesco – rispetto a quello italiano. Abbiamo ritenuto, peraltro, di non poter affrontare una tematica quale quella della rilevanza costituzionale della libertà di autodeterminazione, senza prendere in considerazione una realtà, come quella statunitense, da sempre connotata da una spiccata sensibilità "liberale" rispetto alla valorizzazione e tutela dell'individuo e dei diritti fondamentali dell'uomo.

2. *Il dibattito in Germania*

2.1. *L'opinione che fonda la rilevanza costituzionale del principio di autodeterminazione su di una interpretazione sistematica dell'art. 1 e dell'art. 2 Abs. 1 della Grundgesetz*

L'art. 1 della Costituzione tedesca del 1949 è emblematicamente dedicato alla tutela della dignità umana, che allo stesso primo comma della disposizione, viene dichiarata intangibile.

È stato autorevolmente affermato che la scelta di porre la previsione della tutela della dignità umana ad apertura della Carta costituzionale chiarisce senza alcun dubbio che «lo Stato esiste per gli uomini e non il contrario» e che la civiltà moderna trova un suo postulato fondamentale nel primato dell'uomo sullo Stato[2]. La scelta

---

[2] C. Starck, *Art. 1 Abs.1*, *GG*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, I, München, 1999, 11 ss. Per un resoconto del percorso che ha portato, formalmente, all'inserimento della clausola di cui all'art.1 nella Costituzione tedesca, vedi F. Berardo, *"La dignità umana è intangibile": il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz*, «Qcost»., 2006, 2, 387 ss.

è, in tal senso, manifestazione di una evidente reazione alla dittatura nazionalsocialista ed all'annientamento dell'umanità che di quel regime costituiva uno dei dati caratteristici.

La dignità umana tutelata ex art. 1 è un concetto chiave nella disciplina e nella organizzazione dei rapporti uomo-Stato, come voluta dalla Carta costituzionale. Non rappresenta un valore tra i valori ma il fondamento stesso di ogni valore e nello stesso tempo il fondamento del diritto e dello Stato[3].

Essa svolge un ruolo di garanzia di base, nel senso che, insieme agli ulteriori diritti fondamentali previsti e garantiti dalla Costituzione, esclude che l'uomo possa essere considerato come un mero oggetto, sia dallo Stato che dagli altri uomini, proteggendolo, così, sia nei confronti dell'uno, che degli altri[4].

Ciò che tuttavia interessa più specificamente in questa sede è il significato che la dignità umana assume in quanto elemento di diversità dell'uomo da tutti gli altri esseri viventi[5]. In questa ottica, ed a prescindere da una definizione circoscritta del concetto, quanto mai peraltro difficile da individuare, ciò che rileva è il fatto che la dignità dell'uomo si presenta quale aspetto strettamente ed inscindibilmente connesso alla stessa libertà dell'uomo, a sua volta riconosciuta e tutelata, come vedremo, dall'art. 2 della Costituzione tedesca: in questo senso, quindi, dove non c'è libertà, non c'è dignità[6].

L'uomo è libero solo se ed in quanto è capace di autodeterminarsi: la sua dignità può pertanto considerarsi adeguatamente tutelata solo nella misura in cui la sua libertà, e dunque la sua capacità di autodeterminazione, venga rispettata e protetta attraverso il ricono-

---

[3] G. Funke, *Grundwerte, Grundrechte, Grundsätze und verantwortliches Handeln*, in J. Schwartländer (Hrsg.), *Menschenrechte und Demokratie*, Strassburg, 1981, 277 ss.; U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005, 215 ss.; K. Stern, *Menschenwürde als Wurzel der Menschen und Grundrechte*, in *Festschrift für Scupin*, Berlin, 1983, 630 ss.

[4] Arth. Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip*, cit., 97 ss.; C. Starck, *Art. 1 Abs 1, GG*, cit., 16; D. Sternberg-Lieben *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 1997, 33 ss.

[5] Arth. Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip*, cit., 32.

[6] Sulla stretta correlazione tra libertà di disporre dei propri beni, diritto di autodeterminazione e dignità umana, vedi U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 216 ss. Sul profilo in questione si rinvia anche al par. 3.5., sez. II.

scimento di un necessario spazio di autonomia, che significa anche diritto di determinare da sé gli scopi e i mezzi del proprio agire.

Lo stesso principio di autonomia, quindi, si presenta come immanente alla tutela della dignità umana e, come vedremo, si riverbera anche nell'interpretazione dei singoli diritti fondamentali la cui tutela è strettamente correlata a quella della libertà stessa[7].

Al centro del sistema costituzionale di valori si pone così la libera personalità umana: lo Stato, come detto, esiste per l'uomo, non viceversa[8].

In questo senso già, e forse principalmente, nell'art. 1 Abs. 1 – già dunque nella proclamazione della intangibilità della dignità umana – è contenuto il nucleo di quell'immagine di uomo, quel "*Menschenbild*", recepita dalla Costituzione tedesca nel suo insieme, che è stata assunta a punto di riferimento costante dei percorsi logico-interpretativi, propri sia del giudice costituzionale, sia della scienza giuridica d'oltralpe, ogni qual volta si è trattato di affrontare il tema dei criteri informatori dei rapporti Stato/individuo, con particolare riferimento alla legittimazione dell'intervento penale; e ogni qual volta, altresì, si è affrontato l'altro tema, strettamente correlato, della esistenza, entità e legittimazione di un principio di autodeterminazione e/o di autoresponsabilità dell'individuo[9].

Il "*Menschenbild*" che emerge dalla Costituzione tedesca è infatti quella di un uomo responsabile, la cui capacità di iniziativa deve essere incentivata. La peculiarità dell'uomo (*die Eigenständigkeit*) come essere spirituale viene in considerazione per il fatto di essere una persona e al concetto di persona è inerente il principio di responsabilità per il proprio agire ed omettere[10].

Lo stesso *Bundesverfassunggericht* ha ricostruito l'immagine di uomo che emergerebbe dalla Carta costituzionale, in base ai criteri

---

[7] U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 216 ss.; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 18.

[8] D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 30 ss.

[9] C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992, 62 ss. Sull'importanza della ricostruzione di un'immagine di uomo per il diritto e per l'ordinamento in genere, vedi U. Murmann, *Die selbstverantwortung des Opfers*, cit., 216 ss.

[10] Arth. Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip*, cit., 97.

fondamentali della libertà di autodeterminazione e della capacità di gestire ed indirizzare la propria esistenza. L'immagine di uomo costituzionale, non è però, come avremo modo di vedere ancora, secondo la giurisprudenza costituzionale, quella di un individuo isolato e sovrano, ma quella di un uomo sociale, in relazione con la società in cui si sviluppa necessariamente il suo essere ed agire[11].

Da tale immagine dell'uomo deriva, per l'ordinamento giuridico, il compito di creare e garantire i presupposti per la autorealizzazione dell'uomo stesso e, dunque, di tutelare quei beni giuridici che sono indispensabili per la realizzazione della persona. Questo fa sì che, seppure, come detto, fondamentale *sedes materiae* di questa immagine sia considerato, generalmente, l'art. 1 Abs. 1 GG, si pone altresì come necessaria una interpretazione sistematica della Carta costituzionale ed, in particolare, delle disposizioni concernenti quei diritti fondamentali funzionali alla finalità suddetta, tra i quali spiccano quelli elencati dal secondo capoverso dell'art. 2: libertà personale, vita, integrità fisica.

L'immagine di uomo sopra delineata, per lungo tempo è stata riferita solo al soggetto autore di un determinato fatto, e, per quanto concerne il diritto penale, dunque, solo all'autore del reato, coerentemente con una impostazione scientifica che connotava il diritto penale come un diritto orientato esclusivamente all'autore[12].

Negli ultimi anni, invece, la figura di uomo autoresponsabile e capace di autodeterminarsi, così come delineata dalla stessa Costituzione, si è allargata fino a ricomprendere anche il soggetto passivo, la vittima del reato. Ciò si è inserito in quel più generale processo di rivalutazione scientifica della vittima, di cui si è già detto, e nella presa di coscienza del fatto che il fenomeno criminale non è un fenomeno unilaterale ma bilaterale, i cui protagonisti si identificano con la c.d. coppia criminale.

È in questa prospettiva, quindi, che, come si è visto in precedenza, larga parte della dottrina è giunta a sottolineare la necessità di

---

[11] Per una completa ricostruzione delle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* attraverso le quali viene individuato il "*Menschenbild*" rinvenibile nella Costituzione, vedi U. Becker, *Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Besprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1996.

[12] Sul punto vedi quanto esposto *supra*, sub cap. 1.

riconoscere alla stessa vittima un ruolo rilevante nella stessa economia della dinamica oggettiva del fatto di reato, con capacità di condizionare gli stessi presupposti di imputazione e di responsabilità del soggetto agente[13].

Anche senza necessariamente arrivare alle conseguenze estreme di trarre dalla considerazione della vittima, come soggetto autoresponsabile, precisi doveri di autotutela della stessa, la cui trasgressione comporti la perdita di protezione da parte dello Stato[14], pare quindi senz'altro legittimo e fondato restituire a questo soggetto del fenomeno criminale la dignità che gli è propria quale essere autonomo e razionale; un soggetto, cioè, la cui autonomia e razionalità, la cui capacità di autodeterminazione trova fondamento e garanzia nella stessa Carta costituzionale con la proclamazione, quanto meno, della intangibilità della dignità umana sia da parte dei terzi, sia, però, anche da parte dello Stato.

Il quadro costituzionale di riferimento per la definizione dell'immagine di uomo deve completarsi con un necessario collegamento con l'art. 2 Abs. 1 GG, secondo il quale, ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, nella misura in cui non violi i diritti degli altri, l'ordine costituzionale o le norme del buon costume. In questo senso si può anzi considerare dominante il punto di vista che ricollega l'efficacia giuridica di decisioni di "autodisposizione" all'ambito di tutela dell'articolo in questione, pur senza mai abbandonare il riferimento all'art. 1[15].

---

[13] Vedi *supra*, sub cap. 1.

[14] Ci riferiamo a quanto sostenuto dai teorici della c.d. vittimodogmatica, su cui specificamente, V. Del Tufo, *Profili critici*, cit., *passim*.

[15] In questo senso si vedano K. Amelung, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts – und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981, 29 ss.; W. Bottke, *Suizid und Strafrecht*, Berlin 1982, 42 ss., W. Frisch, *Leben und Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht*, in Dieter Leipold (Hrsg.), *Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht*, Heidelberg, 1997, 104; K. Geppert, *Rechtfertigende Einwilligung des verletzen Mitfahrers bei Farhrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr?*, «ZStW», 1971, 953; A.A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht*, Frankfurt am Main, 1992, 22; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, Berlin, 1995, 377; K. Kühl, *Strafrecht. AT*, München, 1992, §9 Rn 20, 23; K. Roxin, *Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht*, in *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 1984, 275; H. Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Berlin, 1970, 32.

A prescindere dalle diverse interpretazioni che di questa disposizione sono state date, un dato è certo ed evidente: da qui emerge con chiarezza che l'uomo non è un individuo isolato, ma, secondo una definizione autorevolmente proposta, è una "individualità sociale"[16]. L'uomo solo è una astrazione, l'individuo concreto realizza la propria personalità nella collettività nella quale vive, e deve fare i conti con questa collettività.

La capacità di autodeterminazione del singolo si risolve nel difficile compromesso dell'essere al tempo stesso espressione della sua dignità ma anche della sua socialità; l'appartenenza sociale dell'uomo è il vero limite immanente alla libertà di autodeterminazione[17].

Dalla Carta costituzionale, dunque, emerge l'abbandono di soluzioni estreme, dall'individualismo del liberalismo classico al collettivismo statalista, e l'accoglimento di una soluzione intermedia che risolve la tensione tra individuo e società nel senso di una "socialità" della persona che non intacchi la sua autonomia, ma che rinuncia a scelte aprioristiche e lascia la soluzione al caso concreto.

La libertà di agire dell'individuo, la cui intangibilità è riaffermata anche nel comma successivo dell'articolo, si presenta, quindi, come condizionata e limitata, tra l'altro, dalla libertà altrui, o meglio dagli interessi degli altri e della società. Questo dato risulterà di fondamentale importanza per l'oggetto della nostra trattazione: l'interesse degli altri soggetti, della collettività, sono sì il limite della estensione della libertà del singolo, ma anche il limite della legittimazione dello Stato ad intervenire e comprimere tale libertà. Lo Stato può interferire con la libertà (libero sviluppo della personalità) dell'individuo, solo a tutela dell'ordine costituzionale, del buon costume, degli interessi (prevalenti) degli altri. È a questo punto che si inserisce la questione concernente la legittimità di interventi del legislatore nelle vesti di "educatore", o, comunque, che sacrifichino la libertà del singolo solo nell'ottica

---

[16] Arth. Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip*, cit., 96.

[17] U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 216 ss.

di una protezione dell'individuo da se stesso. Di questo si tratterà tuttavia in seguito.

Da quanto detto emerge che, se l'art. 1 Abs. 1 della Costituzione tedesca è un riferimento determinante per affermare il fondamento costituzionale della libertà di autodeterminazione dell'individuo, certo non è l'unico. Se infatti taluno vi fa riferimento in via esclusiva, si può dire che la interpretazione più diffusa tenda a privilegiare una interpretazione sistematica di più disposizioni, tra le quali gioca un ruolo di importanza primaria l'art. 2 della *Grundgesetz* nel suo complesso, e, cioè, sia in relazione a quanto sancito del primo comma – «ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità» –, sia per il contenuto del secondo comma che, nell'indicare alcuni tra i diritti fondamentali tutelati costituzionalmente, afferma, tra l'altro, che la libertà della persona è inviolabile[18].

In particolare, un primo profilo di stretta correlazione tra i due articoli viene evidenziato nel senso che l'art. 1 Abs. 1 GG descriverebbe la personalità "statica" (vale a dire considererebbe l'uomo "così come è"), mentre l'art. 2 Abs. 1, la personalità dinamica (e cioè l'uomo "così come agisce")[19]. Secondo questa linea interpretativa, l'art. 2 Abs. 1 conterrebbe in sé il principio affermato nell'art. 1 Abs. 1 come nucleo centrale; la garanzia del libero sviluppo della personalità sarebbe, infatti, prevista al fine di garantire la tutela della dignità umana. Conseguentemente, a differenza di quanto ipotizzabile rispetto alla libertà dell'uomo, la dignità umana viene intesa quale valore assoluto insuscettibile di qualunque forma di restrizione e condizionamento da parte dello Stato; rappresenta, quindi, un fronte invalicabile anche per gli stessi limiti costituzionalmente sanciti alla libertà personale e sopra ricordati.

---

[18] Talvolta l'immagine dell'uomo così come sopra delineata viene ricostruita mediante una visione di insieme delle norme costituzionali che coinvolge, oltre agli artt. 1 e 2, anche gli artt. 12, 14 15 19 e 20 della Costituzione. Sul punto, vedi C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen*, cit., 63.

[19] G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines pratikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes*, AoR 81, 1965, 117 ss; Id., *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, «JR», 1952, 259 ss.

L'interpretazione più diffusa dell'art. 2 Abs. 1 – quella cioè che lo considera sede di garanzia di una generale libertà di azione dell'individuo e non solo, come invece secondo l'interpretazione restrittiva[20], punto di riferimento per uno sviluppo della personalità interiore in senso stretto –, è accolta in maniera esplicita anche dal Bundesverfassungsgericht, con giurisprudenza stabile, fin dal c.d. giudizio del casco (*Elfes-Urteil*)[21]. I giudici costituzionali, infatti, hanno riferito lo "sviluppo della personalità" alla generale libertà di azione, al diritto, cioè, di ogni individuo di indirizzare il proprio comportamento secondo le proprie capacità e decisioni.

Secondo questa interpretazione, l'art. 2 abs 1 GG diventa, in correlazione con l'art. 1, il nucleo di una visione costituzionale incentrata sulla libertà dell'individuo, la quale non può essere limitata se non per interessi di terzi (o della collettività) che godano di riconoscimento costituzionale.

La tripartizione dei limiti alla libertà dell'individuo indicata nella lettera dell'art. 2 abs 1, infatti, (diritti altrui, ordine costituzionale, norme del buon costume), viene ormai generalmente ricondotta, in via interpretativa, ad unità, nel senso di una sussunzione dei tre dati sotto quello, prevalente, dell'ordine costituzionale. I diritti dei terzi – e ancora di più i diritti "della collettività", già ricompresi come sottocategoria nella dizione "*Rechte anderer*", cioè, – secondo tale impostazione, rilevano solo ed in quanto abbiano un riconoscimento all'interno dell'ordinamento giuridico, il

---

[20] Quest'ultima interpretazione è peraltro riconducibile prevalentemente a Peters, *Die freie Entfaltung der Personlichkeit als Verfassungsziel*, in *Festschrift für Laun*, Hamburg, 1953, 669 ss., il quale giunge ad affermare una limitazione della libertà di disporre dei propri diritti da parte dell'individuo sulla base del valore stesso del bene, restringendo in questo senso la portata della disposizione di cui all'art. 2 Abs 1 GG. Sul punto e per una puntuale critica alla concezione del "nucleo della personalità", vedi peraltro U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers*, cit., 235; sull'interpretazione dell'Art. 2 Abs. 1 vedi, in dettaglio, C. Starck, *sub. Art. 2 Abs 1 GG*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz Kommentar*, cit., 188 ss.

[21] BverfGE 6,32, su cui C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen*, cit., 83 ss. Per una sintetica ricostruzione del contenuto del diritto al "libero sviluppo della personalità" nella giurisprudenza costituzionale tedesca, vedi F. Pedrini, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, «Qcost», 2006, 1, 161 ss.

quale a sua volta trova le norme materiali e formali di riferimento nella Costituzione[22].

A sua volta anche il limite delle norme della morale si risolve nel limite dell'ordine costituzionale e in quello dei diritti altrui attraverso una interpretazione liberale che lo priva di un contenuto autonomo[23].

La funzione, dunque, della stessa categoria dei diritti fondamentali, la cui tutela è connaturata alla stessa essenza di uno Stato moderno – e che lo Stato non solo deve proteggere dalle aggressioni di terzi soggetti, ma è esso stesso obbligato a rispettare –, viene rafforzata dalla previsione di un generale diritto di libertà dell'individuo, nel senso di un ambito di sviluppo individuale, che deve essere difeso anche dalle ingerenze statali ed affidato alla autodeterminazione ed autonomia del singolo.

In questo senso si è espresso anche il BverfGE, a proposito della decisione di togliersi la vita, affermando che, dalla tutela dell'uomo come persona (artt. 2 e 19 GG) si ricava il necessario riconoscimento costituzionale anche di una autonoma sfera di organizzazione della vita privata. A questa sfera di autonomia, sottratta al condizionamento del potere pubblico e soggetta solo alla autodeterminazione del singolo, appartiene anche la decisione di togliersi la vita; secondo i giudici costituzionali tedeschi, dunque, l'imposizione di un divieto generale di suicidio costituirebbe una limitazione della libertà inconcepibile ed in contrasto con la generale libertà di azione tutelata costituzionalmente[24].

---

[22] Così G. Dürig, in T. Maunz, G. Dürig, *GG, Art. 2 Abs 1*, Rn 73; U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 272. Nello stesso senso BverfGE 6, 32, 38 cit.

[23] C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen*, cit., 172; U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers*, cit., 301; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 32. L'unica possibilità che sia attribuito un contenuto autonomo al limite dell'ordine morale è quella di considerarlo come espressione di un ordine di valori superiore e pre-dato che funzioni come parametro di orientamento morale dei comportsamenti umani ed in quanto tale indirizzi il libero sviluppo della personalità individuale. Sul punto, in senso critico, U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers*, cit., 304 ss.

[24] BverfGE 6,32 f.41.

2.2. *La teoria della natura soggettiva dei beni giuridici, ossia l'integrazione tra diritto di autodeterminazione e bene fondamentale*

Il fondamento costituzionale del diritto di autodeterminazione viene talora affermato anche per un'altra via, alternativa a quella sopra individuata.

Secondo taluno, infatti, a tal fine non è necessario muovere dalla considerazione di norme costituzionali a carattere generale, ed in particolare dal riconoscimento della libertà di azione della persona fissato dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 della Costituzione, ma occorre tenere conto dei riflessi ricavabili da una valorizzazione della c.d. concezione soggettiva del bene giuridico in relazione agli stessi diritti fondamentali della persona, di rilevanza costituzionale[25].

La prospettiva indicata, cioè, si riallaccia ad una concezione che assume il bene giuridico come un dato insuscettibile di essere svincolato dal soggetto di riferimento, dando così spazio alla necessità di individuare nel bene stesso la compresenza di una componente oggettiva e di una soggettiva. In questa ottica, il diritto alla autodeterminazione si delinea perciò come un dato immanente allo stesso bene giuridico; non rappresenterebbe, infatti, un valore contrapposto alla dimensione oggettiva del bene, inteso come un dato astratto dal suo titolare, ma si identificherebbe quale necessaria ed intrinseca componente funzionale del bene stesso, che vede così subordinata la propria sfera di rilevanza alla libera disponibilità individuale del suo titolare[26].

La libertà di autodeterminazione, come nucleo del diritto alla autodeterminazione, diviene dunque elemento costitutivo del bene individuale, poiché il bene è tale per il suo titolare solo qualora egli può anche autonomamente disporne. In questo senso, il diritto di disporre è già insito nel bene e non necessita di una giustificazione esterna[27].

---

[25] D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 17 ss.

[26] Sulla concezione soggettiva del bene giuridico, cfr. T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 25 ss.; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 368 ss.

[27] D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 12, nota 1.

Se è vero che più volte anche il Bundeverfassungsgericht ha evidenziato che dal valore obiettivo dei diritti fondamentali si deve dedurre l'obbligo dello Stato di non ingerenza nei diritti e nelle libertà tutelate (c.d. sicurezza dallo Stato), ma anche quello di proteggere tali diritti e libertà dalle aggressioni di altri individui (c.d. sicurezza per mezzo dello Stato), bisogna tuttavia non dimenticare che tale obbligo finisce là dove il singolo, usando la libertà a lui garantita decide di utilizzare il bene tutelato[28]. Come mette bene in evidenza Artz, se non fosse dato al titolare del bene giuridico la possibilità di rinunciare al suo bene, la Costituzione non potrebbe adempiere alla funzione che le è propria di "massimizzazione" dell'ambito di libertà dell'individuo, e i beni giuridici, senza possibilità di efficace consenso, sarebbero per il loro titolare un peso, una costrizione al mantenimento dello *status quo*,una sorta di cavallo di Troia[29].

I sostenitori di tale impostazione, che si riallaccia evidentemente ad una concezione liberale, o neo liberale dello Stato e dei rapporti Stato-cittadino, pongono al centro dell'ordinamento giuridico la persona, il singolo uomo concreto, con i suoi bisogni e necessità. In questa ottica viene accentuato il carattere funzionale del bene giuridico, – anche, paradossalmente, dei beni giuridici c.d. universali – ma tanto più di quelli individuali, i quali esistono e sono protetti, in quanto rendono possibile lo sviluppo della personalità dell'uomo e la soddisfazione dei suoi bisogni, assicurandogli una sfera di libertà essenziale ad una gestione responsabile della propria esistenza. Contenuto del bene giuridico è, dunque, la relazione tra bene e titolare; il bene nella sua concreta attribuzione ad un soggetto. Il diritto penale ha come scopo precipuo la tutela della relazione tra individuo e bene giuridico, scopo che deriva la sua ragione di essere dalla concreta possibilità per il titolare di utilizzare il bene per la propria personale realizzazione e dunque di disporre del bene. La lesione del bene è, di conseguenza, ravvisabile nel momento in cui può ravvisarsi una lesione della possibilità di utilizzazione del bene stesso.

---

[28] *Ibidem* e pronunce ivi citate alla nota 26.

[29] G. Artz, *Willensmängel bei der Eiwilligung*, Frankfurt am Main, 1970, 42.

Indipendentemente dalle correnti di opinioni interne a tale impostazione, che attribuiscono una maggiore o minore rilevanza all'aspetto "sociale" o a quello "personale" del bene giuridico, un dato è tuttavia certo: tutti concordano sulla presenza costante dell'elemento personalistico nel bene giuridico, sul fatto che non esiste alcun bene giuridico, sia esso individuale, sia esso della collettività, senza un concreto potere di disposizione del singolo[30]. Gli interessi dei singoli e della collettività sono visti come intrecciati tra loro, lo Stato difende il "suo" bene giuridico nell'interesse di ogni cittadino; i beni dei singoli individui vengono tutelati come condizioni della partecipazione alla collettività[31].

L'elemento che differenzia, invece, le posizioni dei sostenitori della concezione personale del bene giuridico, e che ha notevoli conseguenze in materia di rilevanza ma anche di fondamento del consenso dell'avente diritto, è l'accoglimento o meno della concezione c.d. della integrazione. In sostanza la questione concerne il ruolo della volontà nel contenuto del bene giuridico; se cioè si sposa una opzione teorica, in base alla quale la tutela della relazione bene-soggetto avviene a priori, in modo astratto, la volontà concreta del titolare non assume alcun ruolo nella gestione del bene giuridico[32]; se, al contrario, si considera la libertà di disposizione del bene come elemento costitutivo del bene stesso, un consenso efficace alla lesione esclude la stessa lesione del bene giuridico e, dunque, la stessa tipicità del fatto[33].

Secondo i sostenitori del concetto personale di bene giuridico, nei termini fin qui schematizzati, tale impostazione – e lo stesso mo-

---

[30] Vedi W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Frankfurt am Main, 1973; K. Amelung, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972.

[31] H. Otto, *Einverständnis, Einwilligung und eigenverantvortliche Selbstgefährdung*, in *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für F. Geerds*, Lubeck, 1995, 603 ss.

[32] *Ibidem*.

[33] Tra gli altri, D. Kientzy, *Der Mängel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, Tübingen, 1970, 69 ss.; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht AT*, 1, Heidelberg, 1992, §17, Rn. 33 ss.; K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §13, Rn. 12 ss; H.J. Rudolphi, *Die verschiedene Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschr*ift *für R. Honig*, cit., 151 ss.

dello della integrazione –, non contrasterebbe con il modello di uomo emergente dalla Costituzione, né implicherebbe necessariamente una visione egoistica dell'individuo, come talvolta le obiezioni critiche hanno invece voluto evidenziare[34].

Alla base ci sarebbe, infatti, la necessaria e corretta consapevolezza che la tutela dell'interesse individuale non è mai tutela assoluta di un interesse assoluto, ma è tutela di un interesse in relazione ad altri interessi.

Dato questo elemento come acquisito, la centralità della autodeterminazione e della autonomia morale, nel senso di capacità di determinare se stessi, non verrebbe mai inteso come avulso da una nozione di libertà nel senso di libertà giuridica; da una nozione di libertà, cioè che implica una libertà limitata. La tutela del singolo individuo e della sua autonomia finiscono, dunque, là dove inizia il diritto di un altro individuo; una (de)limitazione legittima della libertà dell'uno, si ha solo a tutela della libertà dell'altro (conformemente, peraltro, ai dettami dell'art. 2 Abs. 1 GG.). In questa ottica, il principio di autonomia viene temperato dal principio di solidarietà che comprende, tra l'altro, la responsabilità del soggetto per i danni cagionati ad altri, nella gestione ed organizzazione della propria sfera di libertà garantita[35].

L'interpretazione, che abbiamo schematicamente delineato, giunge, come vedremo, per lo più, a negare che il fondamento del consenso dell'avente diritto possa essere riscontrato in un bilanciamento tra diritti contrapposti (in particolare il diritto di autodeterminazione e il contenuto oggettivo del bene di riferimento); in tal modo, infatti, si dovrebbe separare il titolare dal suo bene giuridico e porre un bilanciamento tra il diritto di autodeterminazione sul bene, da un lato, ed il valore obiettivo di questo stesso bene dall'altro, in modo da trarre, dalla prevalenza di quest'ultimo, l'esistenza di un obbligo di tutela a carico dello Stato.

Non siamo in presenza, infatti, di un conflitto tra la libertà di azione del terzo – aggressore del bene – e i beni aggrediti, ma di una

---

[34] In particolare, vedi *Einwilligung und Selbstbestimmung*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York, 1974, 775 ss.

[35] Per tali considerazioni, T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 51.

stratificazione di beni all'interno di un medesimo diritto[36]. La funzione di tutela dello Stato sarebbe limitata dal principio di autonomia dell'avente diritto e dalla sua libera decisione di accettare la perdita del bene.

Come vedremo più approfonditamente in seguito, i sostenitori della concezione soggettiva del bene giuridico, unita al c.d. modello di integrazione, tendono, sulla scia delle affermazioni evidenziate, ad attribuire al consenso il valore di causa di esclusione della tipicità sempre ed in ogni caso: una aggressione al bene giuridico, in presenza di una volontà adesiva del titolare, non può, nella loro ottica, infatti, rappresentare una lesione del bene giuridico e dunque non può realizzare alcun fatto di rilevanza penale[37].

3. *Il dibattito in Spagna*

3.1. *Premessa*

Il dibattito spagnolo tende a ripercorrere, per quanto concerne i profili più generali del problema, le argomentazioni proprie del dibattito d'oltralpe sopra evidenziato. Il parallelismo può essere colto, in particolare, con riferimento alla presenza di una recente corrente di opinioni, abbastanza diffusa – pur se ancora, anche a detta degli stessi sostenitori, minoritaria nel panorama scientifico complessivo – che, più o meno consapevolmente, abbraccia la c.d. concezione soggettiva del bene giuridico, giungendo così a ricomprendere il diritto di autodeterminazione come elemento costitutivo dei beni giuridici individuali, insieme alla dimensione oggettiva specifica.

Attraverso tale procedimento argomentativo si giunge a negare la duplice natura del consenso dell'avente diritto, tradizionalmente

---

[36] D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 40.

[37] Parzialmente difforme, vedi invece G. Stratenwerth, (*Zur begriff des Rechtsgutes*, in *Festschrift für T. Lenckner*, cit., 377 ss.) che considera il consenso una causa di giustificazione, pur sposando la concezione soggettiva del bene giuridico e lo stesso modello della integrazione.

distinto, anche in Spagna – come d'altra parte in Germania ed in Italia – tra "*consentimiento*" in senso proprio, quale causa di esclusione della antigiuridicità, e "*conformidad*", quale causa di esclusione del fatto tipico, per attribuire allo stesso natura ed effetto unitario, di esclusione della tipicità[38]. Trattandosi di tematiche che acquistano un rilievo particolare in relazione ai beni individuali, gli esempi maggiormente trattati sono quelli relativi alla rilevanza del consenso nel delitto di lesioni, e, dunque, della disponibilità del bene della integrità fisica, nonché quello concernente la *ratio* punitiva delle condotte di aiuto ed istigazione al suicidio, e, dunque, la disponibilità del bene vita.

In entrambi i casi il dibattito nasce e si sviluppa nella vigenza della disciplina, alquanto restrittiva e limitativa della autonomia del titolare del bene giuridico, contenuta nel codice penale spagnolo abrogato; in base a tale regolamentazione, era negata qualsiasi rilevanza al consenso nelle lesioni, salvo casi eccezionali, ed era punita molto severamente la cooperazione al suicidio, fosse essa necessaria o meno, con punte massime che, nella cooperazione c.d. esecutiva, raggiungevano la pena prevista per l'omicidio volontario. Solo in parte la tensione sul problema si è attenuata con le modifiche apportate dal nuovo codice penale, con il quale si è riconosciuta una – seppure relativa – maggiore rilevanza al ruolo della volontà del titolare del bene con la previsione della efficacia attenuante della pena attribuita al consenso nelle lesioni (art. 155) e con la riformulazione della disciplina della cooperazione al suicidio. Tale ipotesi ha oggi rilevanza penale, infatti, solo se la condotta di cooperazione si manifesta come "necessaria"; vede complessivamente attenuata la risposta sanzionatoria e si arricchisce di una specifica ipotesi attenuata concernente l'eutanasia attiva su richiesta.

---

[38] Cfr. E. Bacigalupo, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, «PJ», 1989-1990, 147 ss.; M. Bajo Fernández, *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, «ADP», 1979, 491; B. De la Gandaria Vallejo, *Consentimiento*, cit., *passim*; J.M. Tamarit Sumalla, in *Comentarios al nuevo Código penal*, dir. por Quintero Olivares, coord. por Valle Muñiz, Pamplona, 1996, 749 ss.

3.2. *La regolamentazione delle lesioni consentite e il dibattito sulla disponibilità del bene integrità fisica*

L'evoluzione normativa avente ad oggetto la disciplina penale del consenso in riferimento al bene integrità fisica, e quindi al ruolo attribuito dal legislatore penale al consenso nelle lesioni, può significativamente farsi risalire al 1963, anno in cui, in parziale riforma del codice penale, con l'art. 428 si inserisce nel codice una clausola che estende le pene previste dalle disposizioni precedenti anche ai casi in cui si sia in presenza del consenso del soggetto lesionato, con presa di posizione esplicita, dunque, in favore della indisponibilità del bene integrità fisica[39].

Questa scelta generale di politica criminale crea non pochi problemi interpretativi con particolare riferimento alla tematica della responsabilità medica, sollecitando così un serrato dibattito teso a trovare argomenti per affermare la liceità, sotto il profilo della non tipicità o della non antigiuridicità, della pratica medica[40].

Accanto a critiche "settoriali", tuttavia, il principio sancito dall'art. 428 riformato viene da taluno apertamente contestato e rifiutato nelle sue implicazioni di carattere più generale, per sostenere, invece, come principio generale, la piena disponibilità del bene integrità fisica da parte del titolare[41].

---

[39] Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa della disciplina delle lesioni consentite e del dibattito relativo, vedi, P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit., 440 ss.

[40] Sul dibattito relativo ai profili penali dell'attività medica, vedi M. Bajo Fernández, *Agresión médica y consentimiento del paciente*, «CPC», 1985, 127 ss.; M. Corcoy Bidasolo, *Consentimiento y disponibilidad sobre bienes personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en tratamiento médico-quirúrgico*, in *Libro Homenaje al Profesor Torío Lopez*, Granada, 1999; M.C. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del medico, Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2003; A. Jorge Barreiro, *La relevancia jurídicol-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, «CPC», 1982; Id., *La imprudencia punibile en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, 70 ss.; C.M. Romeo Casabona, *El médico y el Derecho penal*, Barcellona, 1981.

[41] In tal senso vedi, I. Berdugo Gómez de La Torre, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, 70 ss.; E. Gimbernat Ordeig, *Notas al Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, de Quintano Ripollés, tomo I, v. I, Madrid, 1972, 794 ss.; J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho penal espanõl*, *Parte Especial*, Madrid, 1980, 155.

Tale tendenza interpretativa si manifesta in modo ancor più evidente dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel dicembre del 1978, nella quale, come vedremo più in dettaglio, si ritiene possibile rinvenire le basi per una affermazione della libera disponibilità dei beni giuridici individuali; l'art. 428 viene così considerato un elemento estraneo, da valutarsi come incostituzionale[42].

Con la riforma del 1983, all'art. 428 vengono aggiunti due commi che pongono alcune eccezioni alla irrilevanza del consenso nelle lesioni, in riferimento a situazioni specifiche, quali i trapianti di organi, la sterilizzazione e la chirurgia transessuale. In questi casi il consenso libero ed espresso viene considerato causa di esclusione della responsabilità penale[43].

La riforma, lungi dal chiarire meglio quale sia il ruolo riconosciuto dal legislatore penale al consenso negli atti di disposizione dell'integrità fisica, complica ulteriormente la questione e, dunque, non contribuisce ad una soluzione del dibattito. Anzi, da parte di taluni autori, nonostante la presenza dell'art. 428, si continua a sostenere il principio della generale efficacia del consenso nelle lesioni, giustificando l'intervento legislativo con la volontà di ribadire il concetto per situazioni particolarmente problematiche come quelle elencate nel comma aggiunto[44].

---

[42] E. Bacigalupo, *El consentimiento*, cit.; M. Bajo Fernández, *Manual de Derecho penal, Parte Especial, I, Delitos contra las personas*, Madrid, 1987, 146 ss.; I. Berdugo Gómez de la Torre, *El delito de lesiones*, cit., 72 ss.; Id., *El consentimiento en las lesiones*, «CPC», 1981, 212; J.M. Gómez Benitez, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1984, 427; M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho penal, Parte General, Valencia*, 1996, 455; J.C. Carbonell Mateu, J. L. Gonzalez Cussac, *Comentarios al Código penal del 1995*, Coordinado por Vives Antón, Valencia, 1996, 806; Id., *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 1996, 127.

[43] Il comma 3 stabilisce poi che «El consentimiento a que se refiere el parrafo anterior no eximirà de responsabilidad penal en los supuestos del articulo 425 de este Código». L'art. 425 prevedeva la punibilità di chi cagionava una lesione ad un altro soggetto dietro suo consenso per esimerlo dal servizio militare e si prevedeva la pena anche per il soggetto che acconsentiva.

[44] Così F. Munōz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1990, 105; J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 1987, 163.

Un cambiamento evidente della disciplina normativa si ha solo con l'avvento del nuovo codice penale, nel 1995[45].

Il nuovo codice regolamenta il consenso nelle lesioni in due articoli, il 155 ed il 156.

L'art. 155 fissa in via generale l'efficacia attenuante del consenso – valido, libero, spontaneo ed espresso – nelle lesioni, laddove l'art. 156 elenca, sulla scia di quanto previsto dal vecchio codice, una serie di situazioni in cui il consenso può avere invece efficacia esimente.

Il legislatore spagnolo, dunque, ha ancora una volta ritenuto che il bene integrità fisica sia un bene non disponibile da parte del titolare e che la presenza del consenso alla lesione possa, eventualmente, incidere sulla quantità di disvalore del fatto[46]. Questa presa di posizione politico-legislativa ha trovato ancora una volta l'opposizione di quanti sostenevano, anche e soprattutto alla stregua dei principi costituzionali, la necessità di un'opzione nel senso della libera disponibilità dei beni giuridici individuali. In quest'ottica si è tentata una interpretazione restrittiva dell'art. 155 che ne limita l'ambito applicativo solo a quelle ipotesi di condotte di terzi direttamente rivolte all'evento lesivo, con conseguente esclusione di tutte quelle ipotesi in cui la condotta si limiti a creare un rischio per il bene giuridico, rischio cui abbia acconsentito il titolare stesso[47]. Ancora più radica-

---

[45] Un cenno a parte meritano il Progetto di Codice del 1980 e la *Propuesta de Anteproyecto* del 1983; in entrambi i testi, infatti, si inseriva il principio generale della non rilevanza penale delle lesioni poste in essere con il consenso dell'offeso, salvo casi espressamente previsti. Nel progetto di codice il consenso aveva efficacia solo attenuante nel caso in cui fosse ritenuto socialmente riprovevole; nella *Propuesta de Anteprioyecto* non veniva considerato efficace il consenso viziato, ovvero dato dietro compenso o dal minore o dall'incapace. Sui due testi normativi vedi P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit., 446 ss. cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

[46] Così ad esempio J.L. Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal, Parte especial,* I, Valencia, 1997, 566; P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit., 454; diversamente, J. C. Carbonell Mateu, J.L. Gonzalez Cussac, *Derecho penal*, cit., 132, secondo cui l'efficacia diminuente sarebbe legata ad una minor colpevolezza del soggetto.

[47] In questo senso, ponendo in evidenza il parallelismo esistente con la disciplina di cui all'art. 143 del codice penale in tema di aiuto esecutivo al suicidio, P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit., 459; J.L. Díez Ripollés, *La disponibilidad de la salud e integridad personales*, en *Delitos contra la vida e integridad física, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, 121 ss.

le la posizione di chi, per restringere l'ambito di operatività dell'art. 155, giunge ad interpretarne il contenuto quale eccezione e non quale regola generale: regola che sarebbe, invece, individuabile nella efficacia esimente del consenso nelle lesioni. Secondo questa interpretazione, infatti, l'art. 155 si applicherebbe solo a quei casi in cui la manifestazione del consenso da parte del titolare del bene non costituirebbe «esteriorizzazione del libero sviluppo della personalità»[48].

3.3. *Il principio di autodeterminazione e la Costituzione del 1978*

Per quanto più specificamente concerne gli aspetti del dibattito che si rivolgono al problema, oggetto del nostro studio, del fondamento e della legittimazione costituzionale del consenso dell'avente diritto, e, dunque, al fondamento e legittimazione costituzionale del principio di autodeterminazione della persona titolare del bene giuridico, prendiamo ora in esame la seconda delle due tematiche sopra evidenziate, e cioè la discussione sulla disponibilità o meno del bene della vita.

In relazione a tale problematica, infatti, le argomentazioni ed interpretazioni del testo costituzionale, proprio con riferimento al riconoscimento di un diritto di disporre – e dunque di autodeterminarsi nella gestione della propria vita – assumono un ruolo centrale e sono, a nostro parere, suscettibili di estensione e generalizzazione.

In linea di principio, nel dibattito spagnolo, si possono individuare due filoni interpretativi, pur non scevri da differenziazioni argomentative interne[49].

Da un lato, una interpretazione più tradizionale afferma la assoluta indisponibilità del bene della vita, anche alla stregua del dettato costituzionale, negando dunque una qualsivoglia ipotesi di contrasto della disposizione del codice penale, che incrimina la cooperazione al suicidio (vecchio art. 409, attuale art. 143), con la Carta costituzionale.

---

[48] F. Munõz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1996, 102 ss.; P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit., 485.

[49] Per una ricostruzione recente del dibattito, vedi M.J. Parejo Guzmán, *La Eutanasia. Un derecho?*, Barcelona, 2005, 278 ss.

Quest'ultima tutela, all'art. 15, il diritto alla vita nei termini seguenti: «Tutti hanno diritto alla vita e alla integrità fisica e morale, senza che, in nessun caso possano essere soggetti a torture, a pene o trattamenti inumani o degradanti. Viene abolita la pena di morte, salvo che la dispongano le leggi penali militari in tempo di guerra», ed esprime così, secondo suddetta impostazione teorica, una tutela assoluta della vita anche rispetto allo stesso titolare, in capo al quale non sarebbe configurabile alcun diritto di morire. Dal carattere assoluto ed intangibile del diritto alla vita, si desumerebbe inequivocabilmente, infatti, il dovere dello Stato di proteggere la stessa, indipendentemente dalla volontà di vivere e di morire dell'individuo[50]. La non punibilità del suicidio, caratteristica ormai propria della maggior parte degli ordinamenti giuridici moderni, sarebbe motivata solo da ragioni di politica criminale, che non negherebbero, comunque, un giudizio negativo rispetto a tale condotta da parte dell'ordinamento, e che non avrebbero alcuna ragione di permanere, in presenza alle condotte dei terzi che cooperino al suicidio altrui[51].

Se pure, quindi, taluno arriva ad ammettere, in tempi più recenti e in prevalenza dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, la liceità del suicidio, e dunque la disponibilità della vita da parte dello stesso titolare, si nega generalmente tale disponibilità quando si sia in presenza di un intervento di terzi soggetti[52].

---

[50] Tra gli altri, F. Munõz Conde, M. García Arán, *Derecho penal, Parte Especial*, 1996, cit., 25; J.M. Rodríguez Devesa, *Derecho Penal, Parte especial*, 1995, 68; G. Rodríguez Morullo, *Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte, en Comentarios a la legislación penal*, tomo, I, Madrid, 1982, 79; Id., *Art. 15: Derecho a la vida, en Comentarios a la constitucion española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, tomo II, 267 ss.; C.M. Romeo Casabona, *El consentimiento en las lesiones, en el Proyecto de Código penal de 1980*, «CPC», 1982, 279.

[51] Tale opinione sul carattere antigiuridico della condotta di suicidio era già diffusa anche prima dell'avvento della Costituzione del 1978; cfr. J. Antón Oneca, *Derecho penal. Parte especial*, I, 28; J. Rodríguez Munõz, *Derecho penal*, Madrid, 1949, 239.

[52] Cfr. ad esempio, B. Del Rosal Blasco, *La partecipación y el auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal*, «ADPCP» 1987, 86 ss.

La riprova, peraltro, secondo l'impostazione illustrata, della prevalenza del diritto alla vita su tutti gli altri diritti fondamentali – e dunque anche sul diritto alla libertà personale[53] – sarebbe individuabile nella posizione di apertura attribuita dal legislatore costituzionale all'art. 15, rispetto all'elenco dei diritti fondamentali contenuti nel titolo relativo.

Una delle più diffuse critiche di metodo che vengono rivolte a tali impostazioni riguarda proprio lo stesso riferimento costituzionale. In particolare, si obbietta la utilizzazione isolata dell'art. 15, quale riferimento normativo costituzionale, a fronte della necessità di una interpretazione sistematica dei principi costituzionali, che ruotano intorno alla proclamazione dei diritti fondamentali, e da cui si trae, come vedremo, una connotazione spiccatamente personalista dell'ordinamento, delineato dalla Costituzione del 1978.

In alternativa alla suddetta posizione tradizionale, si va sempre più diffondendo una interpretazione favorevole alla qualificazione del diritto alla vita come diritto disponibile che, attraverso una visione sistematica e dinamica delle disposizioni costituzionali, esclude che si possa riscontrare l'obbligo dello Stato a tutelare la vita se questo avviene contro la volontà del titolare della stessa. Il bene giuridico oggetto di protezione nelle disposizioni contemplanti i delitti contro la persona, dunque, d'accordo con il dettato costituzionale, non potrebbe che consistere nella vita desiderata dal soggetto, con conseguente incostituzionalità di una qualsivoglia incriminazione delle condotte di cooperazione al suicidio, siano esse esecutive o meno.

I più radicali sostenitori di questo punto di vista, sono probabilmente Jose Manuel Valle Muñiz, nonché Juan Carlos Carbonell Mateu, i quali, pur con alcune differenziazioni relativamente alle argomentazioni utilizzate, partono da premesse e giungono a conclusioni in linea di principio omogenee[54].

---

[53] G. Rodríguez Morullo, *Derecho a la vida y a la integridad personal*, cit., 79; M. Bajo Fernández, *La intervención médica*, cit.

[54] Ma nel senso della disponibilità della vita, vedi anche E. Casas Barquero, *El consentimiento en el Derecho penal*, Córdoba, 1987, 94. In parte anche S. Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1998, 136; G. Portillas Contreras, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la victíma de la situación de riesgo*, «CPC», 1991, 702.

Alla base troviamo un comune punto di partenza: la Costituzione riconosce alcuni valori superiori alla cui realizzazione è funzionale un catalogo di diritti fondamentali inviolabili, i quali si pongono quale limite al potere punitivo, da un lato, e quali principi informatori del diritto penale dall'altro[55].

Questo impone una dogmatica penale in accordo con la Costituzione, anche nel senso che i diritti in questione hanno una incidenza diretta nella delimitazione delle condotte tipiche: non è coerente, perciò, affermare la tipicità penale di condotte che costituiscono esercizio legittimo di diritti fondamentali. Altro assioma imprescindibile è quello secondo cui questi ultimi non sono realtà scollegate, né l'uno rispetto all'altro, né rispetto ai valori superiori che la Carta costituzionale riconosce. In particolare, la considerazione dell'art. 15 cost. non può essere isolata rispetto all'art. 1.1 cost., – che assume un rilievo basilare, laddove proclama che valori fondamentali dell'ordinamento giuridico sono la libertà, la giustizia, la eguaglianza ed il pluralismo giuridico – e rispetto all'art. 10.1 cost., in cui si afferma che la dignità della persona, i diritti fondamentali che le sono inerenti, il libero sviluppo della personalità sono le basi dell'ordine politico e della pace sociale[56].

In senso assolutamente maggioritario la dottrina costituzionalista spagnola ritiene, d'altra parte, che la proclamazione della dignità umana, quale valore superiore dell'ordinamento, impone una configurazione neopersonalista delle relazioni individuo e società, che significa, senza dubbio, la superiorità dell'individuo rispetto allo Stato[57] ed il divieto di una qualunque strumentalizzazione dell'uomo ai fini collettivistici.

La dignità umana appare, dunque, quale ispirazione e fondamento dei diritti fondamentali; come lo stesso Tribunal Costitucional ha avuto modo di affermare, l'art. 10.1 cost., che consacra la

---

[55] J. M. Valle Muñiz, *Relevancia juridico-penal de la eutanasia*, «CPC», 1989, 159; così anche M. Cobo De Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho penal parte general*, cit., 35.

[56] In tal senso, pur sposando una posizione meno radicale di quella sopra esposta, B. Del Rosal Blasco, *La partecipacion y el auxilio ejecutivo al suicidio*, cit., 85.

[57] Per tutti, S. Sánchez González, *Comentario introductorio al titulo I, Comentarios a la constitucion espanõla de 1978*, cit., 19 ss.

dignità della persona, «rappresenta il prius logico e ontologico per la esistenza e specificazione dei diritti»[58] e, sempre citando le parole del T.C., «la dignità è un valore spirituale e morale inerente alla persona che si manifesta in particolare nella autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita»[59].

In altri termini la dignità umana si materializza nel riconoscimento dei diritti costituzionali inviolabili e dunque si configura come principio dinamico che articola e sistematizza ognuno e tutti i diritti fondamentali.

Diviene, per quanto sostenuto, obbligata una interpretazione dinamica e articolata dei diritti stessi che dia contenuto e valore alla vigenza del valore-guida dignità della persona, la cui realizzazione e tutela diviene strumentale all'obiettivo, ultimo, del libero sviluppo della personalità dell'individuo.

L'interpretazione costituzionale che è alla base della considerazione della disponibilità del bene della vita, ma in generale anche degli altri beni altamente personali –, e dunque della efficacia di un consenso del titolare del bene alla lesione degli stessi – prende, cioè, spunto da una valutazione congiunta di più norme, che contribuiscono a delineare l'ambito di attività del potere dello Stato sociale e democratico di diritto, individuando una sintesi tra Stato liberale e Stato sociale e ponendo il cittadino al centro della organizzazione statale. Questo significa che vengono posti dei limiti all'intervento dello Stato nella libertà dei cittadini; limiti, cioè, alla facoltà di proibire, la quale può avere ad oggetto solo quegli aspetti della condotta umana che trascendano, nei loro effetti, la sfera del singolo stesso, per andare a toccare altri interessi, individuali o sovraindividuali, direttamente o indirettamente connessi all'esercizio delle libertà[60].

Una tale visione complessiva della tematica significa, secondo Carbonell Mateu «fondare il diritto penale sul principio di libertà e tutela, superando così concezioni basate sul principio di moralità o

---

[58] S.T.C. 53/1985, F.J. 3°

[59] S.T.C. cit., F.J. 8.

[60] J.C. Carbonell Mateu, *Constitucion, suicidio y eutanasia*, «CJ», 1993, n. 10, 26.

eticità, secondo cui si tratterebbe di uno strumento di imposizione dell'etica o della ideologia socialmente dominante, concezione, questa, incompatibile, con lo Stato democratico di diritto»[61].

Il parametro di riferimento diventerebbe, dunque, secondo questa impostazione, il libero sviluppo della personalità dell'individuo, come obiettivo principe alla cui realizzazione dovrebbe essere strettamente funzionale il potere di intervento dello Stato, con valorizzazione e concretizzazione, in tal senso, del principio di necessaria lesività: non sarebbe infatti ammissibile un intervento dello Stato che proibisse condotte non aggressive per il libero sviluppo della personalità altrui. Tutto questo non significherebbe che, in caso di conflitto, debba prevalere il diritto alla libertà rispetto al diritto alla vita, ma più semplicemente che solo «la vita compatibile con la libertà è oggetto di rilevanza costituzionale» e che il diritto penale non può intervenire quando la vita non sia liberamente desiderata dal suo titolare[62].

Una estensione del dibattito e della interpretazione costituzionale sopra schematizzata, rispetto allo specifico tema della disponibilità della vita umana, è certamente legittima anche sulla base di alcuni riferimenti più o meno espliciti riscontrabili nei vari autori. Un dato certo è, in ogni caso, la validità della interpretazione costituzionale, anche a prescindere da riferimenti con il diritto alla vita, come interpretazione sistematica che evidenzia la forte connotazione personalista della Carta costituzionale (così come è stato riconosciuto in modo ancora più insistente per la Costituzione tedesca, sicuramente modello per i redattori della Costituzione spagnola del 1978).

La centralità della persona, con specifico riferimento alla dignità umana e al libero sviluppo della personalità, viene allora, talvolta, ad essere vista quale plausibile fondamento costituzionale di un autonomo diritto di autodeterminazione del titolare del bene giuridico, ovvero, talaltra, quale connotato ineludibile dello stesso diritto tutelato. Senza dubbio diviene limite all'intervento punitivo-proibitivo

---

[61] *Ibidem.*

[62] M.A. Núñez Paz, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1999, 278.

del Stato, confine di una sfera personale entro la quale solo a determinate condizioni lo Stato può entrare[63].

3.4. *La posizione del Tribunal Costitucional*

Riguardo alla posizione del Tribunale Costituzionale spagnolo, va, in primo luogo, messa in evidenza una tendenziale ritrosia a riconoscere un fondamento costituzionale alla disponibilità della propria vita e, comunque, una costante ed esplicita negazione della configurabilità di un diritto – costituzionale – di morire. Le motivazioni ruotano quasi costantemente intorno all'art. 15 CE ed ai contenuti in questo riconoscibili. In particolare, il diritto alla vita, così come riconosciuto dall'art. 15, avrebbe un contenuto di protezione positiva, che impedirebbe di configurarlo come un diritto di libertà comprensivo di quello alla propria morte. Talora, pur con argomentazioni non del tutto chiare, ed al di là di affermazioni di principio perentorie, il Tribunale ha, tuttavia, riconosciuto che la libera disposizione della propria vita e della propria morte può essere considerata pur sempre una manifestazione di libertà dell'individuo, che fa parte del suo *agere licere*, pur non potendo assurgere a vero e proprio diritto soggettivo.

Una delle sentenze più interessanti, pur nella complessità e, talora, nella contraddittorietà delle questioni e degli argomenti toccati ed utilizzati, è senz'altro la n. 120 del 27 giugno 1990, relativa alla questione della costituzionalità dell'alimentazione forzata dei detenuti, in pericolo di vita a causa di un protratto sciopero della fame. Il Tribunale Costituzionale, nel caso concreto, giunse alla conclusione di considerare la alimentazione forzosa una pratica costituzionalmente legittima ma, almeno così sembra, solo in quanto lo sciopero, nello specifico, non aveva riflessi solo sugli stessi autori, ma aveva

---

[63] Nel senso che «la base del consenso è un atto di autodeterminazione da parte dell'individuo, costituzionalmente garantito in quanto espressione della libertà, del libero sviluppo della personalità e, in ultima istanza, del principio di dignità della persona», B. De La Gandara Valleio, *Consentimiento*, cit., 235; sempre in favore della libera disponibilità della vita come garanzia del libero sviluppo della personalità dell'individuo, P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit., 497.

una finalità illecita, quella, cioè di condizionare la amministrazione carceraria, lasciando così intendere che l'assenza del rapporto di soggezione insito nello stato di detenzione avrebbe potuto condurre a soluzioni differenti. La pronuncia ha infatti riconosciuto che l'alimentazione forzata costituisce una limitazione del diritto fondamentale e costituzionalmente protetto dell'individuo alla propria integrità fisica, nell'alveo del quale viene ricondotta ogni manifestazione di rifiuto di trattamento medico al quale, dunque, viene equiparato lo sciopero della fame; pur tuttavia, si aggiunge, l'attività di imposizione della alimentazione è necessaria per la tutela di un altro diritto fondamentale, identificabile con il diritto alla vita.

In effetti, dalla stessa pronuncia emerge la convinzione di una tutela costituzionale di carattere generale rispetto alla decisione di rifiutare i trattamenti medici, anche se salvavita, come manifestazione del fondamentale diritto alla integrità corporale, nel senso della tutela del diritto del soggetto al non vedere intaccata la propria integrità fisica. Viene invece escluso il riferimento alla tutela costituzionale della vita che, come detto avrebbe solo un contenuto positivo, con una conseguente netta differenziazione della considerazione della tematica del rifiuto di cure rispetto a quella del suicidio; viene, peraltro, esplicitamente escluso un altro profilo di notevole interesse, sostenuto invece da un larga fascia della dottrina che si è occupata della questione, e cioè che la protezione costituzionale di una condotta, quale il rifiuto di alimentarsi, con conseguente consapevole rischio di morte, possa ricondursi ad un generale diritto di autodeterminazione costituzionalmente fondato. La libertà, infatti, quale valore superiore dell'ordinamento in base all'art. 1.1 della Costituzione spagnola, non potrebbe secondo il Tribunale Costituzionale, operare come fonte di diritti diversi da quelli espressamente riconosciuti come diritti fondamentali dal testo costituzionale[64].

Come abbiamo precedentemente avuto modo di evidenziare, invece, la posizione dottrinale sul punto è tendenzialmente diversa, in quanto riconduce la legittimità costituzionale del rifiuto di cure al

---

[64] Sul punto cfr. C. Tomás-Valiente Lanuza, *La cooperacion al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal*, Valencia, 2000; cfr. nello stesso senso anche la STC 89/1987 del 3 giugno.

più generale diritto di libertà, coordinato con la tutela della dignità umana, con il divieto di trattamenti disumani, ex art. 15 CE e talora alla tutela della libertà religiosa prevista all'art. 16.

In questa medesima ottica sembrano, peraltro, andare due opinioni dissenzienti dei magistrati del Tribunale, nel caso in oggetto, quando affermano che il detenuto gode dei diritti e delle libertà proprie di ogni altro cittadino, quanto a grado di volontarietà in relazione alla assistenza medica e sanitaria[65]; e soprattutto, secondo le parole del giudice J. Leguina Villa «non essendo in gioco diritti di terze persone né beni o valori che sia necessario proteggere ad ogni costo, nessuna relazione di supremazia speciale può giustificare una coazione del genere, che anche se diretta a proteggere la salute o la vita, aggredisce il nucleo essenziale della libertà personale e della autonomia della volontà dell'individuo[66].

4. *L'esperienza statunitense*

4.1. *Il diritto alla autodeterminazione come diritto alla "privacy"*

Il concetto di *privacy* nasce nell'ordinamento americano alla fine dell'Ottocento sul terreno della Common Law ad opera di due autori, Brandeis e Warren, essenzialmente come diritto alla riservatezza, ossia come diritto dei singoli a non essere da soggetti terzi esposti al pubblico in relazione ad una sfera di vita privata non qualificata da un particolare interesse per il pubblico stesso. Circa sessanta anni più tardi, il concetto di *privacy* viene "scoperto" dal-

---

[65] Ci riferiamo in particolare alla opinione particolare del magistrato Rodriguez-Piñero e Bravo-Ferrer, che affermano «A mio giudizio, la obbligazione della Amministrazione penitenziaria di vigilare sulla vita e la salute degli internati non può essere intesa come giustificante un limite ulteriore ai diritti fondamentali del condannato, il quale, in relazione alla sua vita e alla sua salute gode degli stessi diritti e libertà di qualsiasi altro cittadino, e dunque gli deve essere riconosciuto lo stesso grado di volontarietà in relazione alla assistenza medica e sanitaria» (Sentenza 120/90, cit., 304).

[66] Cfr. Sentenza n. 120/1990, cit., 306; sul punto, vedi M.A. Núñez Paz, *Homicidio consentido*, cit., 303, nota 104; C. Ruiz Miguel, *Autonomia individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico jurídico)*, «REC», n. 14, 1993, 140 ss.

la Corte Suprema, trapiantato nel campo del diritto costituzionale e trasformato nella sua estensione e negli stessi suoi contenuti[67], fino ad arrivare a coincidere, aspetto che a noi specificamente interessa, con il concetto di autonomia o autodeterminazione personale.

In effetti viene generalmente evidenziata una linea evolutiva, in senso, per così dire, sincronico[68], del concetto di *privacy* che, partendo dall'esclusivo riferimento alla tutela delle informazioni, progressivamente si estende fino a ricomprendere tutti i diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti. In tal senso, in realtà, non si potrebbe nemmeno parlare di un unico diritto di *privacy*, pur dai confini vaghi, come talvolta si è voluto fare, ma di almeno tre accezioni differenti, attinenti ai tre gruppi di libertà civili contenuti ed espressamente nominati nel Bill of Rights[69]. Si è parlato, dunque, di una *privacy* politica, che farebbe riferimento alle libertà contenute nel Primo Emendamento (libertà di religione, di espressione, di associazione e di riunione); di una *privacy* della sfera intima, nella quale viene dalla Corte Suprema ricompresa la libertà sessuale, i diritti

---

[67] Cfr. per una sintetica ricostruzione delle origini del concetto di *Privacy*, G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, *I. La costituzione liberale*, Torino, 1998, 103.

[68] L'esperienza statunitense per quanto riguarda l'evoluzione propria dell'ordinamento costituzionale, in relazione naturalmente al concetto di *privacy*, denota, come è stato autorevolmente rilevato una duplice linea di tendenza. Da un lato, da un punto di vista dell'evoluzione storica, una progressiva emancipazione del concetto di *privacy-property* a quello attuale di *privacy-dignity*. Tale linea di tendenza segue in effetti il passaggio da una gerarchia di valori basata sulla proprietà privata ad un'altra dominata dalla centralità della persona quale valore in sé. In particolare, rispetto a questa evoluzione diacronica vengono generalmente riscontrate tre fasi; una prima fase, ottocentesca, che si conclude con il *new deal* dominata dalla proprietà privata, appunto, in cui l'uso del diritto di *privacy* è in funzione della tutela degli interessi del ceto dominante; una seconda fase, interlocutoria, che interessa più o meno la prima metà del Novecento, in cui vengono introdotti valori nuovi, quale quello della tranquillità spirituale; una terza fase, infine, che inizia dalla seconda metà degli anni Cinquanta, in cui si affermano i principi del c.d. liberalismo umanitario, fondati sull'individualismo personalistico, in cui si pone al centro di tutti i valori la persona umana nella sua libertà fisica ma anche spirituale. Per questa ricostruzione, vedi G. Bognetti, *Lo spirito*, cit.; A. Baldassarre, *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, 1974, 457 ss.

[69] Come noto con la denominazione di *Bill of rights* si vogliono indicare quei dieci emendamenti alla Costituzione statunitense adottati in blocco nel 1971 e concernenti alcuni dei più importanti diritti di libertà degli individui.

alla contraccezione e all'aborto, e in generale relativa a quei comportamenti svolti nell'ambito delle relazioni strettamente personali; di una *privacy* personale che farebbe prevalentemente riferimento al Quarto Emendamento (libertà da irragionevoli arresti, perquisizioni e sequestri), ma non solo, e che si comporrebbe della libertà di domicilio, diritti della difesa, diritto alla riservatezza[70]. Certo è che, pur permanendo una indeterminatezza e vaghezza del concetto, oggi si può ritenere che il diritto di *privacy* non sia un diritto a se stante, né un semplice ausiliario dei vari e specifici diritti di libertà; sicuramente non può più essere limitatamente ristretto al diritto alla riservatezza e al controllo relativo alle informazioni private. La stessa Corte Suprema, come vedremo, oscilla continuamente tra quest'ultima accezione e quella coincidente con l'autonomia privata, intesa come diritto dell'individuo a determinare da sé se compiere certi atti o subire certe esperienze. Come è stato autorevolmente affermato, la tutela della *privacy* ormai «rappresenta il fondamento, l'in sé di ogni libertà. Essa, infatti, postulando la protezione dei processi di formazione delle decisioni, garantisce propriamente la potenza di scelta, ossia il poter essere dei diritti di libertà individuali»[71].

Ma andiamo con ordine in questa intricata vicenda, cercando di tenere sempre presente ciò che si vuole evidenziare in questa fase del presente lavoro, e cioè se possa considerarsi plausibile un fondamento costituzionale del principio di autodeterminazione dell'individuo, con specifico riferimento ai diritti personali dello stesso, come limite al potere di intervento dello Stato nella interdizione di determinati comportamenti ed in ultima analisi, nelle scelte di criminalizzazione.

In tempi abbastanza recenti, come anticipato, la Suprema Corte degli Stati Uniti sembra aver riconosciuto una base giuridico-costituzionale al diritto di autodeterminazione, come diritto di decidere autonomamente della propria vita, attribuendogli la denominazione di diritto alla *privacy*. Il contenuto di tale diritto varia da caso a ca-

---

[70] Cfr. A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 460; G. Bognetti, *Lo spirito*, cit.

[71] Così A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 471; sul punto anche G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, «RDC», 2006, 371 ss.

so, ma le diverse accezioni hanno sempre un elemento comune riscontrabile nella c.d. sovranità personale. La sovranità personale costituisce una vera e propria difesa dalle interferenze statali e l'aver individuato una rilevanza costituzionale alla stessa, oltre che per il rango e la forza giuridica del principio e della fonte, diviene di fondamentale importanza perché estende la tutela che il diritto comune avrebbe potuto garantire solo nei rapporti tra privati, alla relazione individuo/Stato, diventando, inevitabilmente, punto di riferimento ineludibile nelle questioni concernenti la legittimazione statale nelle scelte di criminalizzazione[72].

La prima pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti che ha invalidato uno statuto penale in nome della tutela del diritto alla *privacy* fu quella relativa all'ormai celebre caso *Griswold v. Connecticut*, risalente al 1965, che dichiarò incostituzionale lo statuto del Connecticut in quanto proibiva l'acquisto e l'uso di contraccettivi anche per coppie sposate e puniva anche chiunque avesse favorito o consigliato (nel caso concreto un medico) l'acquisto o l'uso degli stessi[73]. L'assurdità di una tale normativa era percepita da tutti, ma non altrettanto immediato fu trovare un riferimento costituzionale su cui motivare una pronuncia di incostituzionalità dato che, né il Primo emendamento, né il Quarto nominavano uno specifico diritto di libertà corrispondente. La Corte, pur non senza contrasti al suo interno – i giudici Stewart e Black dissentirono infatti dalla maggioranza[74] e vari altri componenti, pur con opinioni conformi nelle conclusioni specificarono argomentazioni parzialmente diverse –, si

---

[72] cfr. J. Feinberg, *The Moral limits of the criminal law. Harm to self*, New York-Oxford, 1986, 52 ss. Sul punto torneremo comunque più approfonditamente nel proseguo del lavoro.

[73] Su tale pronuncia, vedi J. Menikoff, *Law and Bioethics. An Introduction*, Washington, D.C., 2001, 19; A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 354 ss.; J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 87 ss.

[74] Il dissenso del giudice Black toccò due punti fondamentali: da un lato negò la presenza di un generale diritto alla *privacy* nel *Bill of Rights*; dall'altro contestò il modo in cui la maggioranza della Corte aveva importato ed introdotto dal Common Law il diritto di *privacy* nella Costituzione, ribadendo che il termine *privacy* era un termine astratto, ambiguo ed idoneo a consentire alla Corte di eliminare qualsivoglia legge avesse voluto. La funzione del Nono Emendamento non sarebbe invece stata quella di dilatare i poteri della Corte o del Governo federale. Sul punto vedi J. Menikoff, *Law and bioethic*, cit., 21; A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 356.

ricollegò ad un generale diritto di *privacy* riferibile a varie norme costituzionali ed alla previsione contenuta nel Nono Emendamento, il quale stabilisce che «La elencazione nella Costituzione di certi diritti non deve negare o far escludere altri diritti propri delle persone». Tale Nono Emendamento, non ritenuto generalmente come una fonte autonoma di diritti, fu tuttavia considerato la dimostrazione della non esaustività della elencazione dei diritti contenuta nei primi otto emendamenti, e della possibilità di includere dunque tra i diritti costituzionali anche un diritto alla "*privacy* maritale"[75].

La novità fu tanto più evidente dato che sarebbe probabilmente risultato più diretto e comunque più conforme alla tradizione il collegamento con la c.d. *Due process law clause*, contenuta nel Quattordicesimo emendamento, tramite l'accoglimento di una interpretazione estensiva e comunque sostanziale della stessa. Tale disposizione, inserita nella Costituzione degli Stati Uniti nel 1868, prevede, infatti, che «nessuno stato deve privare una persona della vita, libertà o proprietà senza un giusto processo, né negare ad alcuno la uguale protezione da parte della legge». Le due garanzie, del giusto processo e della uguale protezione, sono da sempre state soggette ad una interpretazione estensiva che le ha connotate come il fondamento per importanti limitazioni nel potere statale, non solo, come a prima vista potrebbe apparire, sotto il profilo prettamente processuale, ma anche, e soprattutto, sotto il profilo del diritto sostanziale e dunque nella attività di determinazione dei reati[76].

Tornando alla pronuncia in questione, in particolare, la motivazione espressa dal giudice Douglas, estensore della stessa, individuava nella Costituzione alcuni diritti impliciti, qualificati quali "penombre", emanazione delle «specifiche garanzie contenute del Bill of Rights», le quali «contribuiscono a dare a tali garanzie vita e sostanza. Varie di queste garanzie creano zone di *privacy*»[77]. In tal modo, la Corte afferma che il diritto di *privacy*, pur non esplicita-

---

[75] Cfr. per questo specifico aspetto le puntualizzazioni della *concurring opinion* del giudice Goldberg, riportata in J. Menikoff, *Law and Bioethics*, cit., 31.

[76] Cfr. J. Menikoff, *Law and Bioethics*, cit., 18; sulla *Due Process Clause*, cfr. A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 315 ss.

[77] Così per stralci riportata da J. Menikoff, *Law and Bioetics*, cit., 19 ss.

mente previsto dalla Costituzione, ha rango costituzionale, in quanto garantito indirettamente da una molteplicità di norme, ed in particolare dal Primo, dal Terzo, dal Quarto, dal Quinto e dal Nono Emendamento[78].

La reazione della pubblica opinione fu generalmente positiva: un diritto costituzionale di *privacy* fu "considerato il benvenuto" nella società americana del tempo.

Il processo evolutivo subito, attraverso le pronunce della Corte Suprema, dal concetto di *privacy* e dal relativo diritto, continuò nel senso di una sempre maggiore identificazione con il concetto di autonomia personale[79], con il caso *Loving v. Virginia*, del 1967, nel quale vennero invalidate alcune leggi che vietavano i matrimoni tra razze diverse, e quello *Eisenstadt v. Baird*, relativo a normative che vietavano la vendita di contraccettivi fuori dalle farmacie e a minori. Anzi quest'ultima pronuncia, pur non avendo avuto la stessa risonanza pubblica delle precedenti e pur incentrandosi prevalentemente sulla utilizzazione della c.d. *equal protection clause*, costituisce una fondamentale tappa per il chiarimento dei limiti e dello stesso contenuto del right of *privacy* come annunciato in *Griswold v. Connecticut*. Si legge, infatti, nella opinione del giudice Brennan: «È vero che in Griswold il diritto di *privacy* in questione inerisce alla relazione maritale. Tuttavia la coppia sposata non è una entità indipendente con una propria mente ed un proprio cuore, ma una associazione di due individui ognuno dei quali con un separato *makeup* intellettuale ed emozionale. Se il diritto di *privacy* ha un qualche significato, questo consiste nel diritto dell'individuo, sposato o *singol*, ad essere libero da intrusioni governative in affari che afferiscano in modo così determinante alla persona come la decisione di avere un bambino»[80].

---

[78] Cfr. A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 323.

[79] Cfr. a questo proposito la critica di J. Feinberg, secondo il quale molti ostacoli al riconoscimento di un tale diritto e molti equivoci ed obiezioni suscitate dalla indeterminatezza dei contenuti della *privacy* sarebbero stati evitati se la Corte avesse parlato espressamente di diritto di autonomia personale (*Harm to self*, cit., 90).

[80] Così la opinione del giudice Brennan, come riportata in J. Menikoff, *Law and Bioethics*, cit., 31. In generale, sulla giurisprudenza costituzionale in materia di *privacy*, vedi di recente, V. Barsotti, *Privacy ed orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

La svolta radicale sul significato del concetto di *privacy* si ebbe tuttavia con il caso *Roe v. Wade*, del 1973, nel quale la Suprema Corte dichiarò incostituzionale la repressione penale dell'aborto volontario, prevista dalla maggioranza delle normative tradizionali ancora di stampo ottocentesco. Due furono i punti fondamentali affrontati: da un lato, se la scelta della madre di abortire, e la relativa condotta, fosse supportata da un interesse costituzionale; dall'altro, se tale interesse fosse limitabile da altri eventuali interessi concorrenti.

La Corte affermò che la decisione di interrompere la gravidanza, così come quella di concepire un figlio rientrava nella libertà della donna, protetta dalla già citata *due process clause* e che la limitazione da parte dello Stato di una tale libertà fosse legittimata solo dalla necessaria ed inevitabile protezione di interessi da "bilanciarsi" con il diritto della donna madre con parametri severi. La Corte, peraltro, nella decisione in oggetto individuò tali interessi nella vita della madre e nella salvezza di un feto vitale, cioè già in grado di vivere separatamente dalla madre stessa, e dunque riferibile solo al terzo trimestre di gravidanza[81].

Alla pronuncia relativa al caso *Roe v. Wade* seguirono altre pronunce che estesero sempre più la libertà della donna in tema di aborto fino a condizionare in parte anche le scelte legislative che negli anni Sessanta-Settanta furono, conformemente e talora anche in modo più accentuato rispetto a quanto accadeva in tutti i paesi occidentali, nel senso della liberalizzazione delle pratiche abortive[82].

Un'altra tematica di grande attualità e rilievo in relazione alla quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha avuto modo di riconoscere la rilevanza costituzionale del diritto alla *privacy*, nel senso di diritto a scelte e decisioni autonome attinenti ad interessi personali dell'individuo, è senz'altro quella relativa al rifiuto di cure mediche, anche salvavita, e, più in generale al c.d. diritto di morire.

---

[81] Cfr. A. Baldassarre, *Privacy*, cit., 342 ss.; G. Bognetti, *Lo spirito*, cit., 106; J. Menikoff, *Law and Bioethics*, cit., 53 ss.

[82] Si pensi al caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, in cui, ben diciannove anni dopo si può leggere una sostanziale riconferma, salvo alcune varianti, della fondamentale affermazione di principio contenuta in *Roe v. Wade*: la scelta di abortire è supportata da un diritto, il diritto alla *privacy*, costituzionalmente protetto; e al caso, recentissimo, *Stemberg v. Carhart* (2000).

Una delle pronunce più famose ed attuali, pur se ormai risalente al 1976 è quella della Corte suprema del New Jersey, relativa al c. d. caso *Quinlan* (*in re Quinlan*), avente ad oggetto la richiesta del padre di Karen Quinlan, da tempo in stato vegetativo permanente, di staccare i meccanismi di mantenimento artificiale in vita della figlia. Una delle argomentazioni più pregnanti utilizzata dalla Corte fu quella che si incentrava sul diritto di *privacy*. La Corte stabilì, infatti, che «sebbene la Costituzione non menzioni esplicitamente un diritto di *privacy*, decisioni precedenti della Suprema Corte hanno riconosciuto che un diritto di *privacy* personale esiste e che certe aree di *privacy* sono garantite dalla Costituzione. La Corte ha vietato intrusioni legislative e giudiziarie in vari ambiti legati a decisioni strettamente personali […]. In questo caso specifico gli interessi dello Stato sono essenzialmente la conservazione e la santità della vita umana e il diritto dei medici di amministrare le cure secondo il loro miglior giudizio … Noi riteniamo che l'interesse dello Stato soccomba nei confronti del diritto individuale di *privacy*… La scelta di Karen, se fosse stata in grado di effettuarla, sarebbe stata prevalente; […] in ogni caso abbiamo concluso che il diritto di *privacy* di Karen può essere asserito come esistente in capo al suo tutore, nelle circostanze specifiche…»[83].

Dopo il caso *Quinlan* molte Corti cominciarono a motivare l'esistenza di un diritto a rifiutare le cure sul diritto al consenso informato, già riconosciuto e tutelato dal diritto comune, da un lato, e sul diritto costituzionale di *privacy*, dall'altro[84].

Talvolta si abbandona il riferimento al diritto di *privacy*, troppo spesso tacciato di estrema genericità e mancanza di concretezza, per ritornare a menzionare la *Due process law clause* contenuta nel Quattordicesimo emendamento, da intendersi come manifestazione della tutela costituzionale di un generale interesse di libertà dell'individuo.

Una delle pronunce più note in questa direzione è senz'altro quella che ha risolto il caso di Nancy Cruzan (1990), nella quale, sebbene

---

[83] Sul caso Quinlan ed in generale sul rifiuto di cure, cfr. J. Menikoff, *Law and bioethics*, cit., 241 ss.

[84] Cfr. J. Menikoff, *Laws and Boiethics*, cit., 306; per una complessiva ricostruzione del percorso argomentativo della suprema Corte statunitense in tema di *right to die*, vedi D. Tassinari, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela*, cit., 147 ss.

i giudici non ritennero di autorizzare la interruzione del trattamento data la incapacità a manifestare la propria volontà della paziente, la non riscontrata sufficienza della prova in relazione alla sua volontà pregressa e dunque la prevalenza dell'interesse dello Stato alla tutela della vita, si riconobbe tuttavia, in linea generale ed espressamente un interesse dell'individuo a non subire trattamenti medici, anche salvavita, non voluti, in ossequio alla tutela del generale interesse alla libertà personale sancito dal Quattordicesimo emendamento[85].

5. *La Costituzione italiana*

5.1. *L'art. 2 cost. e la centralità della persona nell'ordinamento costituzionale italiano*

Anche la Costituzione italiana, come la maggior parte delle Costituzioni moderne, si apre con un amplissimo capitolo dedicato alle libertà civili e politiche.

Come è stato autorevolmente rilevato, è abissale la distanza tra le poche e disorganiche disposizioni che lo Statuto Albertino dedicava alle libertà, al più garantite, nei confronti dell'esecutivo, mediante la riserva di legge – che, d'altra parte, mancando ogni vincolo costituzionale, lasciava arbitro il potere legislativo di forgiare le libertà stesse a suo piacimento – e quelle contenute nella Costituzione repubblicana del 1948[86].

La norma che rappresenta in modo più evidente la svolta fondamentale nella storia costituzionale italiana è l'art. 2 cost. che ha ro-

---

[85] La pronuncia è pubblicata in «FI», 1991, IV 66 ss. con nota di A. Santosuosso, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*.

[86] Sul punto vedi P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984. In senso difforme, invece, ma in posizione minoritaria, cfr. A. Barbera, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 60, secondo il quale la Costituzione repubblicana avrebbe soltanto "aggiornato" in senso garantistico quanto già previsto dallo Statuto Albertino.

Per un ampio *excursus* storico sulla libertà personale nell'ordinamento albertino, cfr. G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 167 ss.

vesciato la visione tradizionale dei rapporti Stato-individuo, la quale si basava sulla anteriorità logica e storica dello Stato, quantomeno nel senso di Stato-legislatore, rispetto ai diritti fondamentali del cittadino, ed ha affermato invece la priorità e preesistenza di questi rispetto ad ogni potere costituito. Con questa scelta, l'art. 2 ha gettato un ponte verso la tradizionale concezione anglo-americana dei diritti dell'uomo, intesi come valori anteriori e/o superiori rispetto ad ogni potere pubblico e dunque come veri fondamenti costituzionali dell'intero ordinamento giuridico ed ha avvicinato così gli ordinamenti dell'Europa continentale e dei paesi anglo-americani fino ad allora tanto distanti ed isolati l'uno rispetto all'altro[87].

La formulazione dell'art. 2, il quale afferma «La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» è, come noto, una versione di compromesso, raggiunta dopo una faticosa opera di mediazione tra le opposte componenti presenti all'interno della Assemblea Costituente e grazie ad un sostanziale accordo trovato sull'ordine del giorno presentato dall'onorevole Dossetti, incentrato su tre punti fondamentali: a) anteriorità della persona umana rispetto allo Stato; b) rango primario dei valori della dignità umana e della solidarietà; c) anteriorità dei diritti della persona e delle comunità sociali rispetto allo Stato[88].

Tale compromesso ha dato vita ad una nuova ed originale concezione dei diritti inviolabili: da un lato, senza dover far ricorso a richiami di tipo giusnaturalistico, si è mantenuta la collocazione dei di-

---

[87] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 35 ss.; G. Bognetti, *Diritti dell'uomo*, «DDPr», Torino, 1999, D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, voce in «ED», XXXIII, 1983, 371 ss.

[88] A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 26. Già dagli stessi lavori preparatori emergono in modo evidente le differenti concezioni teoriche cui si riferivano le due componenti dei costituenti, ed in particolare una visione finalistica delle libertà, propria di una concezione tomistica cui si richiamavano, in modo più o meno univoco, i democratici cristiani e le concezioni marxiste, caratterizzate da una visione storicizzata dei diritti; cfr. F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 33 ss. Per una attenta e minuziosa ricostruzione dei lavori preparatori, cfr. N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, 1984, 28 ss.

ritti stessi al di sopra di ogni potere autoritativo pubblico; dall'altro si è stabilito un rapporto di condizionalità rispetto al principio democratico, rifiutando una visione che li identificasse con le tradizionali libertà negative individualistiche ed estendendone il contenuto anche ai diritti funzionali allo sviluppo sociale della persona[89].

Come è stato autorevolmente rilevato, infatti, l'intera Costituzione italiana è permeata dal principio personalistico, anche se valore e ruolo indiscutibilmente primario è svolto in questa ottica, dalle disposizioni di cui all'art. 2 e 3 cpv.

Il primo, vale la pena ribadirlo, espressione di una nuova ed innovativa concezione dei diritti fondamentali, postula infatti una indiscussa primarietà dell'individuo come tale, evidenziando così l'esigenza che vi sia uno spazio individuale al riparo da qualsiasi interferenza sociale e politica; lungi tuttavia dall'accogliere una visione individualistica dell'uomo, contiene già il riferimento all'aspetto sociale dello stesso; il secondo, il quale, prevedendo che «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica e sociale del paese», riprende in modo esplicito quel secondo profilo e, non soltanto esprime il rifiuto della logica utilitaristica, ma addirittura ne ribalta i presupposti, escludendo che l'uomo possa essere strumentalizzato per il bene dello Stato, e altresì affermando che quest'ultimo deve farsi strumento attivo per assicurare il pieno sviluppo della persona umana[90].

---

[89] A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 29.

[90] Vedi, G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., 304; V. Baldini, *Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in V. Baldini (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali*, Torino, 2004, 11; A. D'Aloia, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XIV ss.; N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana*, cit., 60 ss.; F.C. Palazzo, *Persona (Delitti contro)*, voce in «ED», XXXIII, Milano, 1983, 298 ss.

Sulla necessità di una relazione stretta tra le due disposizioni che mette in evidenza la impostazione personalistica ed allontani l'idea individualistico-liberale che una accentuazione della centralità dell'art. 2, sganciata dalla precisazione dell'art. 3 cpv. potrebbe indurre, cfr. F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato*, cit., 131 e riferimenti ivi citati.

Ciò che preme dunque evidenziare, in questa fase, è ancora una volta il ruolo centrale assunto dalla persona umana nel nostro ordine costituzionale e sottolineare che «le libertà individuali devono essere finalizzate alla persona» e che «le esigenze di tutela del regime democratico, come gli altri beni, valori ed interessi che si riassumono nel c.d. ordine costituzionale e nei doveri di solidarietà politica, economica e sociale possono agire soltanto quale limite esterno e non quale fondamento delle libertà individuali»[91]. In conclusione di ciò ci preme ribadire che, dunque, seppure l'immagine di uomo accolta dai costituenti non si identifica nell'uomo astratto dai rapporti sociali, tipico dei regimi liberali, pur tuttavia le libertà individuali sono attribuite al soggetto in quanto tale e non «nella sua specifica qualità di membro o partecipe di determinate comunità»[92].

5.2. *Autodeterminazione dell'individuo e libertà personale*

Uno dei problemi più discussi, e tutt'ora oggetto di dibattito, in riferimento all'interpretazione della Carta costituzionale italiana, riguarda senz'altro la natura dell'art. 2 cost. e, in particolare, se tale disposizione costituisca una norma "aperta", e quindi in grado di consentire la tutela di diritti di libertà non espressamente contenuti nel testo costituzionale, ovvero "chiusa" e, dunque, riferibile solo ai diritti espressamente menzionati agli artt. 13 e ss. cost. Non è questa la sede per affrontare ed esaminare tutti i termini di un dibattito peraltro assai complesso e diversificato. Opportuno, tuttavia, ci sembra un cenno a quelle opinioni, più o meno recenti, che, prescindendo dalla formale distinzione tra norma "aperta" e "chiusa", propongono interpretazioni che consolidano il valore centrale dell'art. 2 cost., pur nell'ambito di una visione sistematica delle disposizioni concernenti i principi fondamentali e i singoli diritti di libertà.

---

[91] Così A. Barbera, *Art. 2*, cit., 105; sul concetto di solidarietà e l'accezione costituzionale della stessa, da intendersi quale solidarietà umana, cioè volta a tutela della persona globale, vedi B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 31 ss.

[92] Cfr. A. Barbera, *Art. 2*, cit., 105.

Riteniamo che sia opportuno soffermarci sulla questione, ai fini di meglio intendere la portata del diritto alla libertà personale, (tutelato primariamente dall'art. 13 cost., ma non solo), e la eventuale riconducibilità a tale diritto, ma anche all'art. 2, di un diritto di autodeterminazione dell'individuo, oggetto specifico del nostro studio[93].

Secondo Baldassarre, all'art. 2 non può non attribuirsi una funzione espansiva, che consenta di legittimare una interpretazione delle singole e specifiche libertà, contenute agli artt. 13 e ss. cost., di carattere – per così dire – evolutivo, cioè comprensiva di aspetti e profili nuovi ma in quelle già originariamente ricomprendibili[94]. Tale tesi si basa sulla premessa fondamentale secondo la quale i «valori che si assumono come *ratio* giustificativa dei diritti inviolabili» sono connotati da una «irriducibile trascendenza», «la quale fa si che questi ultimi non possano mai esaurire nel loro concreto contenuto le potenzialità insite nel relativo fondamento di valore»[95]. Da tale premessa, discenderebbe, secondo l'autore, non solo la plausibilità, ma anche la "naturalezza" di un processo interpretativo che riconduca aree di libertà connesse necessariamente allo sviluppo della personalità umana, alla Costituzione, pur se non, espressamente o implicitamente, contenute in essa.

Solo parzialmente differente l'opinione di chi, come Barile, pur mantenendosi vicino ad una interpretazione chiusa dell'art. 2, nel senso di una più attenta considerazione del dato testuale, attribui-

---

[93] Riconosce apertamente che la Costituzione garantisca la libertà di autodeterminazione, o libertà morale, dell'individuo, G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale*, in Aa.Vv., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1640; questo sarebbe ricavabile, da un lato, dal fatto che la libertà umana in quanto primo ed indefettibile attributo e, a un tempo, prima basilare manifestazione della personalità umana sarebbe ricavabile dall'art. 2 cost.; dall'altro dall'art. 4 che tutela il diritto di scelta della professione; posto che, in un siffatto diritto, non può non essere incluso un potere di autoconvincimento e di interna determinazione. In fine un diritto di autodeterminazione sarebbe ricavabile da tutta una serie di norme costituzionali nelle quali, attraverso il riconoscimento e la guarentigia di altre libertà, si tutela implicitamente la libertà di coscienza o di pensiero o si rafforzano il riconoscimento e lo sviluppo della libertà di autodeterminazione stessa.

[94] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 54; per una ricostruzione del dibattito, cfr. F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato*, cit., 154.

[95] Così A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 54.

sce, tuttavia, un ruolo centrale alla norma in questione, che, come matrice e garante di tutte le libertà, sarebbe dotata di una duplice forza espansiva; da un lato infatti conferirebbe capacità espansiva allo stesso diritto dalla stessa specificamente ed autonomamente tutelato, e cioè il diritto allo sviluppo della personalità, dall'altro, legittimerebbe l'espansione dei singoli diritti di libertà che, dunque, potrebbero coinvolgere altre situazioni giuridiche, non espressamente contemplate dalle disposizioni costituzionali, sempreché a quelle strettamente conseguenti[96].

Spesso, si è precisato, si tratterebbe in realtà di un falso problema; se infatti si analizzano le disposizioni della nostra Costituzione relative ai diritti fondamentali, si può constatare che le loro potenzialità normative sono tali da consentire un rinvio ad una «qualsiasi ulteriore ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà» o la c.d. Costituzione materiale individuino come nuovi diritti, e che, spesso, non sono altro che aspetti di diritti già contenuti nella nostra carta Costituzionale[97].

A questo proposito, si deve evidenziare come una delle norme che maggiormente viene utilizzata per il riconoscimento di nuovi diritti – o presunti tali – è senza dubbio l'art. 13. In effetti tale articolo viene spesso citato a ricomprendere tutta una ampia serie di beni attinenti alla persona, quali il diritto alla integrità fisica e psichica, alla vita, alla libertà sessuale – fino anche al diritto di aborto e alla contraccezione – considerati nuovi diritti invece che semplici manifestazioni del più generale diritto che ogni persona ha in relazione al proprio corpo e alle proprie energie spirituali; e questo a causa di una interpretazione troppo restrittiva del concetto di libertà personale, retaggio di una visione tradizionale dello stesso[98].

In effetti il concetto di libertà personale ha subito nel tempo una evoluzione interpretativa che risulta fondamentale per i termini del

---

[96] Così P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., 56 ss. Per una sintesi delle varie interpretazioni concernenti la natura dell'art. 2, vedi F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato*, cit., 145 ss.; A. Barbera, *Art. 2*., cit., 83 ss.

[97] Cfr. P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., 58; V. Baldini, *Il politeismo dei valori*, cit., 11 ss.; A. D'Aloia, *Introduzione: i diritti come immagini in movimento*, cit., XVI ss.

[98] A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 278.

nostro percorso scientifico[99]; partita, infatti, da un significato limitato all'*habeas corpus* a tutela del soggetto fisico rispetto a minacce e violenze essenzialmente materiali, oggi ha assunto anche una dimensione legata a minacce alla propria integrità psichica o morale, quasi *un habeas mentem*, una libertà morale, che significa tutela della propria interiorità personale, della propria libertà di coscienza.

L'emergere di questi profili è strettamente legato, da un lato, all'evoluzione subita dal concetto stesso di libertà nel passaggio dagli ordinamenti liberali ai moderni regimi democratici; secondo tale processo evolutivo, al binomio libertà-proprietà si è progressivamente sostituito il binomio libertà-dignità, che rispecchia un concetto della personalità quale valore spirituale e che permea di carattere spirituale e morale anche le tradizionali libertà, quale la libertà personale, prima circoscritta, appunto, ai soli aspetti fisico-materiali[100]; dall'altro lato, il fenomeno evolutivo ricordato si riconnette ai mutamenti che hanno interessato il concetto stesso di "persona umana"; in conseguenza di tali mutamenti, infatti, la libertà di coscienza, che negli ordinamenti liberali veniva considerata solo in qualità di fondamento di ulteriori diritti di libertà – non avendo, nell'ambito di una concezione naturale della libertà[101] e di una visione ontologica della persona[102], alcuna rilevanza quale valore in sé autonomamente degno di tutela – acquista invece, negli ordinamenti democratici, che si basano su di una combinazione della libertà negativa con la libertà positiva – e dunque sulla autodeterminazione dell'uomo –, la

---

[99] Sul concetto di libertà personale nella Costituzione, cfr. A. Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, voce in «ED», XXIV, Milano, 1974, 287 ss.

[100] A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 280.

[101] Come noto, l'idea di libertà che per molti secoli ha dominato il diritto è stata quella di libertà naturale, secondo cui la libertà dell'individuo è negazione o assenza del potere della collettività o dello Stato o anche del diritto stesso. La libertà naturale è dunque la libertà dell'uomo in sé, isolato, astratto. Sebbene antinomica, sotto molteplici aspetti, rispetto ai caratteri costituzionali delle moderne democrazie pluralistiche, tuttavia tale concezione della libertà ha svolto un ruolo importante nel diritto costituzionale moderno proprio degli stati liberali. Sul punto, F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato*, cit.

[102] Per concezione ontologica, contrapposta alla concezione normativa della persona, si intende quella concezione, tipica dell'epoca liberale, secondo la quale l'individuo trae da se stesso il proprio valore e viene inteso quale individuo assoluto ed astratto dai nessi sociali.

veste di un vero e proprio diritto, anzi del diritto più profondo ed essenziale della persona.

Libertà negativa, dunque, quale "libertà da", quale "indipendenza" o "non interferenza", come garanzia che nessun soggetto altro, compreso lo Stato, possa intromettersi nello spazio assegnato all'individuo, all'interno del quale, dunque, egli può determinarsi come meglio crede; libertà positiva, invece, come potere, nel senso che è libero colui al quale si garantisce che la sua libertà di scelta non subirà condizionamenti e che coincide con l'essere padroni di sé ovvero con l'essere in potenza colui che progetta la propria vita nella società e che determina la propria storia[103].

Certo, in generale, come nello Stato liberale la libertà era prettamente una libertà negativa, nelle democrazie pluralistiche la libertà è per lo più "positiva" nel senso che si identifica prima di tutto nella autorealizzazione dell'individuo; autorealizzazione che, tuttavia, ricomprende, come condizione necessaria, in sé, la libertà negativa[104].

Il superamento di una visione della libertà, quale libertà esclusivamente negativa, si è avuto a causa dei mutamenti strutturali connessi all'avvento dei regimi democratici ed in particolar modo del dissolvimento della dicotomia rigida pubblico-privato conseguente all'avvento dello Stato sociale; in questo modo si è aperta «la possibilità di estendere i diritti di libertà all'intera gamma delle relazioni intersoggettive e di riconoscere la globale autodeterminazione di ciascun individuo come valore realmente supremo, come valore della persona totale che, nel suo nucleo essenziale, si impone anche allo Stato e ne limita originariamente i poteri»[105].

Questo stato di cose ha naturalmente posto problemi nuovi, primo tra tutti, la definizione del rapporto tra libertà negativa e libertà positiva. Non potendosi accogliere l'opinione tradizionale, che distingueva in modo netto le due "libertà", quali realtà autonome ed

---

[103] A. Baldassarre, *Diritti della persona*, cit., 242.

[104] Questa affermazione si deduce inevitabilmente da alcuni precisi dati normativi ed in particolare dagli artt. 2 e 3 cpv. della Costituzione, gli stessi che abbiamo individuato come più evidenti manifestazione della scelta personalistica dei costituenti.

[105] *Ibidem*, 272.

alternative, queste si devono invece considerare aspetti dei diritti di libertà che possono essere in ognuno di essi compresenti se pure non necessariamente in termini di equivalenza.

Normalmente, cioè, ogni libertà consiste in una miscela dell'una e dell'altra, con prevalenza di un aspetto o di un altro, a seconda della singola libertà cui ci si riferisce. Generalizzando, si può affermare che le libertà connotate da una natura essenzialmente negativa sono le libertà personali (art. 13, 14, 15 24 cost.), le quali concorrono a costituire quello che è stato definito «lo statuto di indipendenza della persona umana», indispensabile per l'affermazione della identità personale dell'individuo: una identità i cui confini sono determinati da una relazione negativa con l'alterità, cioè con lo Stato, (e i poteri pubblici in genere) e gli altri privati; la garanzia dell'"indipendenza", un tempo esclusiva essenza della libertà, diventa oggi fondamentale elemento costitutivo e di condizionamento della libertà positiva, ovvero della libertà-autonomia. In tanto, infatti, una persona può autodeterminarsi nel mondo di relazione, in quanto sia un soggetto indipendente, garantito, cioè, nella sua capacità di scegliere liberamente e di godere di una sfera di personale, i cui dati ed elementi non possono essere oggetto di interferenza e controllo altrui.

La libertà negativa è anche, nelle democrazie pluralistiche ed in particolare in quella italiana, elemento condizionante, o meglio, limite della libertà positiva: in questo senso la libertà-autonomia non può tramutarsi in fattore di distruzione delle libertà negative. A questa affermazione non mancano conferme riscontrabili nel dato positivo, che solo in particolari eccezioni pone dei limiti specifici alle libertà personali e che rafforza la loro inviolabilità ribadendola nella disposizione specifica: secondo la Costituzione italiana le libertà personali sono intangibili anche da parte delle altre libertà[106].

Il sistema delle libertà proprio delle democrazie pluralistiche è, dunque, assai più complesso di quello tipico degli ordinamenti liberali, e ciò deriva dal mutamento del concetto di personalità umana che si è avuto, e dal ruolo assolutamente primario che a tale concetto si attribuisce nella scala dei valori costituzionali.

---

[106] *Ibidem*, 224 ss.

5.3. *La Costituzione italiana e la libertà di autodeterminazione sul proprio corpo*

Come in Spagna, così anche in Italia, il dibattito sulla configurabilità di un principio di autodeterminazione come principio a rilevanza costituzionale è stato affrontato solo con riferimento alle tematiche connesse alle violazione del diritto alla vita e del diritto alla integrità fisica. Riguardo al primo dei profili, il dibattito è anche meno avanzato e consapevole di quanto non abbiamo visto per l'ordinamento spagnolo, mentre l'altro profilo è stato sicuramente più approfondito, causa anche le questioni interpretative che da tempo accompagnano l'ambito di efficacia dell'art. 5 del codice civile, dedicato, appunto, agli atti di disposizione del proprio corpo.

La disciplina della materia, nelle sue linee essenziali è, come noto, rinvenibile in un numero abbastanza limitato di disposizioni normative ed, in particolare, oltre che nell'art. 5 c.c. citato, nell'art. 50 del codice penale in tema di consenso dell'avente diritto e in talune disposizioni della Costituzione; ci riferiamo, in particolare, all'art. 2, in quanto, senza dubbio, il diritto all'integrità fisica è da annoverare tra i diritti fondamentali dell'uomo; all'art. 13, che qualifica come inviolabile il diritto alla libertà personale; all'art. 32, che definisce il diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'uomo e, al secondo comma, disciplina i trattamenti sanitari obbligatori[107].

Ciò che interessa individuare in questa sede è se da tali disposizioni sia ricostruibile una libertà di autodeterminazione del e sul proprio corpo e, dunque, non solo un diritto di libertà negativa (libertà dalle aggressioni che sul proprio corpo possono provenire da terzi soggetti, pubblici o privati), ma anche un diritto di libertà positiva e, quindi, autonomia, autodeterminazione (e quindi autoresponsabilità) relativamente ad atti che, sul proprio corpo, possono essere commessi da se stessi o da altri.

---

[107] Sulla tensione tra profilo soggettivo ed oggettivo del diritto alla salute cfr. B. Pezzini, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003, 51 ss.

La risposta affermativa è, a nostro parere, necessariamente conseguente alla stessa centralità, nella Costituzione, del principio personalista, nel senso sopra individuato, il quale, come è stato osservato, non può non costituire un preciso canone interpretativo nel senso di una considerazione della libertà dell'individuo come regola e non come eccezione[108]. Sulla base di tale principio, «la problematica in esame subisce o dovrebbe subire una profonda trasformazione di prospettiva» e cioè deve essere impostata – dato il valore unitario e inscindibile della persona – non più, come in passato, in termini di potere di disposizione sul corpo, ma «in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono ed interessano il proprio corpo»[109].

In senso positivo si è peraltro sul punto pronunciata la Corte Costituzionale che, come è stato da più parti rilevato, ha anche, di recente, per la prima volta, affermato in modo chiaro l'esistenza di una libertà di autodeterminarsi in relazione al proprio corpo, radicandola, non tanto, come in precedenza si tendeva a fare, nell'art. 2, interpretato quale fattispecie aperta, o nell'art. 32, ma nell'art. 13 1° comma cost. e, dunque, nello stesso diritto alla libertà personale[110].

Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 696, 1° comma del codice di procedura civile, nella parte in cui non consentiva di disporre accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona dell'istante, limitandosi a prevedere

---

[108] B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 45; F.C. Palazzo, *Persona (Delitti contro)*, cit., 298.

[109] Così R. Romboli, nel commento a Corte cost., 22 ottobre 1990, «FI» 1991, I, 17; ma già in *Art. 5 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1988, 229 e 239; sulla stretta consequenzialità tra autonomia e autodeterminazione e principio personalista, cfr. anche S. Canestrari, *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di Eutanasia: una legislazione possibile*, in Aa.Vv., *Eutanasia e diritto*, 216; F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, «RIDPP», 2001, 376 ss.

[110] Corte cost., 22 ottobre 1990, «FI», 1991, I, 14 ss., con nota di R. Romboli; per un richiamo ai contenuti "innovativi" della sentenza, cfr. A. Santosuosso, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, 202.

tali provvedimenti sullo stato di luoghi e cose; il caso da cui ebbe origine la istanza alla Corte, riguardava la richiesta effettuata da una donna di ottenere un accertamento tecnico sul suo stato di salute per provare i danni, a suo dire, subiti a seguito di interventi sanitari sbagliati. Si era dunque in presenza di un consenso, anzi addirittura di una iniziativa dello stesso titolare del bene integrità fisica. È opportuno evidenziare come la Corte avesse già rigettato, come inammissibile, una analoga questione di incostituzionalità del medesimo articolo, in relazione alla medesima disposizione della Costituzione, l'art. 24, la quale, tuttavia, era originata da una situazione differente: la richiesta da parte di un datore di lavoro di espletare accertamenti tecnici sullo stato di salute dei suoi dipendenti[111].

A prescindere dalle ragioni contingenti con cui venne motivata la pronuncia di inammissibilità, come la stessa Corte ha affermato e come è stato messo bene in evidenza dai commentatori della pronuncia, le due situazioni erano profondamente diverse nel merito e non richiedevano dunque necessariamente una soluzione analoga; in particolare, mentre la prima pronuncia aveva ad oggetto «la libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto passivo», nel secondo caso "la stessa si presentava invece nel suo aspetto attivo». Pur essendo strettamente connessi, infatti, i due aspetti, non possono non mantenere comunque una certa autonomia «nel senso che la libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo sta a significare il diritto del singolo di decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgono in qualche misura il suo corpo, mentre l'aspetto passivo della stessa libertà concerne il diritto del soggetto a non subire, contro la sua volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi e di opporsi quindi a che altri decidano circa l'effettuazione di interventi o di trattamenti sullo stesso»[112].

Le indicazioni nel senso dell'esistenza di un diritto, costituzionalmente garantito, alla disponibilità del proprio corpo, sono, dunque, a nostro parere evidenti.

---

[111] Corte cost. 30 gennaio 1986 n. 18, «GC», 1986, 118 ss. con nota di A. Pace.
[112] Così R. Romboli, *Commento a Corte cost.*, cit., 18.

A questo punto ritengo preliminare una considerazione su di un punto che non sempre nel dibattito italiano evidenziato è trattato con sufficiente chiarezza e cioè se la libertà di autodeterminazione sul proprio corpo costituisca oggetto di un diritto autonomo, rispetto al diritto alla integrità fisica, manifestazione, dunque di una più generale libertà di autodeterminazione dell'individuo, specificamente tutelata dalla Costituzione, il quale, dunque, può anche porsi in conflitto con il diritto alla integrità fisica stesso; ovvero se sia un aspetto costitutivo di quest'ultimo che, nei termini propri di quella interpretazione soggettiva o personale del bene giuridico, sopra brevemente illustrata, in quanto necessariamente connesso all'individuo titolare, non può esistere a prescindere dalla libera disponibilità che il soggetto ha del proprio corpo.

La prima delle opzioni sembrerebbe seguita da chi ritiene configurabile un conflitto tra i due diritti, in capo al medesimo titolare, risolvibile tramite un bilanciamento in concreto che stabilisca il diritto prevalente nella situazione data. Secondo tale posizione, la libertà di autodeterminazione avrebbe sempre la prevalenza nel caso in cui l'atto di disposizione si svolga ed esaurisca i suoi effetti nella sfera soggettiva del titolare, sia cioè rivolto allo stesso soggetto e da questi posto in essere (o, ci sentiamo di aggiungere,da questi autorizzata pur se eseguita da terzi)[113].

In caso contrario, infatti, il principio personalistico sarebbe scalzato da una logica utilitaristica o paternalistica, incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale[114].

---

[113] Ci riferiamo in particolare alla posizione di R. Romboli, che distingue tre situazioni tipiche: la prima ipotesi è quella in cui appunto l'atto di disposizione viene esercitato personalmente e direttamente dal soggetto interessato e gli effetti si esauriscono nella sua sfera soggettiva; la seconda è quella in cui l'attività richiede l'intervento di terzi per la sua esecuzione, e la terza è caratterizzata dal fatto che gli atti producono effetti nella sfera di terzi. Secondo R. Romboli le due ultime ipotesi richiederebbero sempre una valutazione in concreto dei motivi e delle finalità poste a fondamento dell'atto a disposizione (*Art. 5 c.c.*, cit., 242).

[114] Sul punto cfr. R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 241 ss. Sul paternalismo e la tutela dell'individuo da se stesso, vedi più approfonditamente *infra*, sub cap. 3.

La linea interpretativa che separa i due diritti, quali diritti autonomi, potrebbe essere, a nostro parere, forse avvalorata dalla parziale diversità dei riferimenti normativo-costituzionali utilizzati. Mentre, infatti, il diritto alla integrità fisica ha come referente immediato, se pure non esclusivo, l'art. 32 cost. 1 comma, la libertà di autodeterminazione si aggancia naturalmente all'art. 13, a tutela della libertà personale, che, inserita nella visione personalistica e correlata, dunque, all'art. 2, non può oggi che essere intesa, come abbiamo visto sopra, anche quale libertà morale.

D'altra parte anche l'altra posizione sarebbe facilmente suffragata dal riferimento allo stesso art. 32, in base ad una interpretazione collegata dei suoi due commi. In effetti tale disposizione viene generalmente considerata il riferimento essenziale per l'affermazione della rilevanza costituzionale del diritto alla salute, inteso anche come libertà alla propria salute. In particolare il II comma viene utilizzato normalmente a fondamento della accezione negativa della libertà alla salute, quale diritto a non subire interferenze non volute; mentre dal primo comma si dedurrebbe la tutela costituzionale di una libertà alla salute, anche in senso positivo[115].

La salute e/o integrità fisica, – ma lo stesso discorso può essere parallelamente riferito anche alla vita, in quanto diritto di libertà ricavabile dall'art. 2 cost.[116] – non potrebbe, dunque, essere oggetto

---

[115] Sull'art. 32 cost. e le sue implicazioni per il diritto di autodeterminazione, cfr. E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitati nel sistema penale*, Padova, 2000, 1 ss. Sul punto, cfr. anche B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 52 ss., la quale nota come, peraltro, l'aspetto negativo della libertà alla salute si ricava già dallo stesso primo comma, in quanto aspetto costitutivo della libertà in genere, insieme alla libertà positiva.

[116] Sul rilievo costituzionale del diritto alla vita, cfr. per tutti F. Bricola, *Teoria del reato*, cit., 568, il quale lo considera diritto implicitamente tutelato dall'art. 2 cost.; nello stesso senso, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, v. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2006, 2 ss.; diversamente di recente, V. Maiello, *Vita ed incolumità individuale (delitti contro la)*, voce in «ED», XLVI, Milano, 1994, 982 ss., secondo cui la vita sarebbe direttamente tutelata dal combinato disposto degli artt. 13, 4 e 27 commi 3 e 4 cost.

A maggior ragione, poi, come si vedrà più in dettaglio nel proseguo del lavoro, il tema della libertà di autodeterminazione, in relazione a diritti altamente personali, si pone in riferimento a beni, quali la libertà individuale o la riservatezza, sulla disponibilità dei quali comunque si discute.

di protezione contro la volontà del titolare stesso, pena una visione social-statalista di tali beni, incompatibile con la concezione personalistica del nostro ordinamento costituzionale[117].

Dovendosi interpretare, peraltro, come più volte evidenziato, le libertà, come situazioni soggettive dinamiche, cioè, vale la pena ribadirlo, in cui sono compresenti momenti negativi e momenti positivi, la tutela costituzionale non può non estendersi anche agli atti di autolesionismo o autodistruzione[118], non in quanto posizioni soggettive autonome (diritto di morire, diritto al suicidio), ma in quanto manifestazioni negative della libertà di autodeterminazione in ordine alla propria salute e/o alla propria vita[119].

---

[117] In senso contrario, F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 92, il quale trae dalla concezione personalistica la tendenziale indisponibilità della persona umana.

[118] Naturalmente qualora tali atti non interferiscano con altri interessi ugualmente meritevoli di tutela, pertinenti a soggetti diversi dal titolare (sul punto vedi *infra*, cap. 3).

[119] Sul punto, B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 54 ss.

Capitolo secondo

TUTELA DELL'INDIVIDUO DA SE STESSO?
(Ovvero i criteri di selezione della punibilità di comportamenti volontari posti in essere dallo stesso titolare del bene offeso o da terzi con il consenso del titolare)

1. *Il c.d. principio del danno ad altri*

Stuart Mill, nel suo saggio *On liberty*, formulava nel 1858, probabilmente per la prima volta, il c.d. principio "del danno ad altri" (*the harm to others principle*), così sintetizzandone i contenuti fondamentali: «Scopo di questo saggio è formulare un principio molto semplice, che determini in assoluto i rapporti di coartazione e controllo tra società ed individuo, sia che li eserciti mediante forza fisica, sotto forma di pene legali sia mediante la coazione morale dell'opinione pubblica. Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, ad interferire sulla libertà di azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualsiasi membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare il danno ad altri. Il bene dell'individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, nell'opinione altrui, è opportuno o persino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente. Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l'azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante

gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano»[1].

Come confermato da Feinberg[2], uno dei più autorevoli attuali sostenitori della visione liberale dei rapporti tra autorità e individuo, il principio del "danno ad altri", così come formulato da Mill, è generalmente accolto e condiviso da tutti gli autori e pensatori di impostazione liberale quale criterio di selezione delle scelte di criminalizzazione dei comportamenti da parte dell'ordinamento[3]. Se, tuttavia, tale principio è adottato in via esclusiva da Mill e dai sostenitori di quella corrente del liberalismo che Feinberg definisce "liberalismo estremo", posizioni più moderate tendono ad abbinarlo e/o a mitigarlo con altri principi od indicazioni tratte da altri principi[4].

Secondo la definizione data da Feinberg, alla stregua del principio del danno (o danno ad altri), «è sempre una buona ragione del fondamento della legislazione penale che essa sia efficace nella prevenzione (eliminazione, riduzione) di danni a soggetti diversi dall'attore (colui nei confronti del quale è posto il divieto di agire) e che non vi siano altri mezzi ugualmente efficaci»[5].

Una delle critiche che maggiormente sono state rivolte al "principio del danno ad altri" riguarda la indeterminatezza del concetto

---

[1] S. Mill, *On liberty*, trad it., Est., 1999, 12.

[2] Come noto, Joel Feinberg ha voluto dare un quadro teorico-ricostruttivo completo delle ragioni che sono generalmente addotte quale fondamento di un intervento coercitivo penale dell'ordinamento, trattando, nella sua opera *The moral limits of the criminal law*, i presupposti contenutistici dei principi di stampo liberale e le obiezioni nei confronti dei principi rifiutati dai liberali stessi, con particolare riguardo al principio del moralismo e del paternalismo giuridico. L'opera, infatti, si compone di quattro volumi, rispettivamente intitolati *Harm to others*, *Offense to others, Harm to self* e *Harmless Wrongdoing*; nell'ambito di primi due volumi sono illustrati i contenuti del principio del danno e dell'offesa ad altri, mentre il terzo ed il quarto sono dedicati alla confutazione dei presupposti del principio del paternalismo giuridico e del moralismo giuridico.

[3] Sulla necessità di una lesione degli interessi di terzi soggetti o della collettività per legittimare scelte di criminalizzazione limitative della libertà di scelta dei singoli, vedi D. Sternberg-Lieben, *Die Objektive Schranken*, cit., 121 ss.

[4] Sul punto vedi più in dettaglio quanto precisato *sub* par. 3.2.

[5] Cfr. J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law. Harm to others*, New York-Oxford, 1984, 26.

stesso di danno, con conseguente indeterminatezza dei risultati applicativi. Proprio in questa ottica Feinberg si è preoccupato di specificare e precisare che cosa debba intendersi per danno quale presupposto del principio suddetto, concretizzandolo così secondo un contenuto che è oggi quello comunemente accolto.

In particolare l'autore distingue un significato generico, o non normativo, del termine *danno*, quale offesa (*setback*) di un interesse, ed uno specifico, o normativo, che identifica, invece, il danno con la violazione di un diritto della persona (*wrong*). Non tutte le condotte che violano un diritto cagionano un danno, ma, d'altra parte, non tutti i danni sono originati dalla violazione di un diritto, come accade nei casi in cui la parte lesa abbia consentito alla condotta lesiva nei suoi confronti. Il principio del danno ad altri, nell'ottica liberale, è dunque un principio che viene sempre mediato dal brocardo *volenti non fit iniuria*, nel senso che non è danno, ai fini della legittimazione dell'intervento penale, il danno consentito[6].

I problemi interpretativi riguardanti il concetto del danno, e dunque anche la effettiva portata del principio che ad esso fa riferimento, corrono lungo altre questioni che Feinberg stesso cerca di risolvere nella sua opera ricostruttiva. Ad esempio, ci si può chiedere se causare un danno ad un soggetto equivalga al non impedirlo, ove se ne abbia la possibilità, e, quindi, entro quali limiti sia eventualmente compatibile con il principio del danno ad altri la risposta penale ad un comportamento omissivo di non impedimento di un evento dannoso; altra questione riguarda l'esatto contenuto da dare al concetto di danno alla collettività, ai fini di una sua eventuale rilevanza quale criterio legittimante l'intervento penale[7]. Non c'è dubbio, in effetti, che molte fattispecie di reato presenti negli ordinamenti attuali non sono impostate sulla dannosità della condotta rispetto ad interessi di uno o più individui singoli, ma rispetto ad interessi della collettività in genere (si pensi ad alcuni reati contro la personalità dello Stato, o contro la fede pubblica o ancora contro la pubblica incolumità). Se,

---

[6] Cfr. Id., *Harm to others*, cit., *passim*; Id., *Harm to self*, cit., 11.

[7] Per una rassegna delle questioni interpretative che possono porsi in relazione al principio del danno ad altri, cfr. E. Diciotti, *Il principio del danno nel diritto penale*, in «DPP», 1997, 3, 368 ss.

dunque, da un lato, senz'altro il concetto di danno ad altri necessita di una interpretazione ampia che ricomprenda anche il danno alla collettività in genere, d'altro lato diviene inevitabile la predeterminazione di criteri delimitativi tali da non legittimare una sorta di danno alla collettività in *re ipsa* in ogni fattispecie di reato, che giustifichi sempre e comunque l'intervento penale[8].

Per supplire ad alcune lacune che un esclusivo ricorso al "principio del danno ad altri" sembrerebbe far emergere, si è talora affiancato a quest'ultimo il c.d. principio dell'offesa ad altri (*offense to others principle*), in base al quale «è sempre una buona ragione, come fondamento di un intervento penale, la necessità di prevenire gravi offese ad una persona diversa dal soggetto agente»[9].

Ancor più del concetto di danno, il concetto di offesa necessita di una definizione precisa. E, a questi fini, ancora una volta Feinberg distingue un significato comune, od ampio, ed un significato specifico, o normativo, di offesa.

Secondo la prima accezione, offesa sarebbe qualsiasi stato mentale sgradito, mentre in base alla seconda accezione – la sola peraltro che possa rilevare nel principio dell'offesa ad altri – offesa è solo quello stato mentale sgradito che sia stato cagionato dalla condotta antigiuridica altrui ed abbia i connotati della serietà o gravità. La serietà dell'offesa si valuta in base ad alcuni elementi, individuati da Feinberg nella intensità e durata della sensazione di ripugnanza prodotta nel soggetto; nel fatto che il soggetto abbia o meno la possibilità di evitare di essere testimone della situazione offensiva; nella eventuale assunzione volontaria del rischio di essere offeso da parte del soggetto stesso (la massima *Volenti non fit injuria* si applica dunque anche al principio dell'offesa ad altri così come al principio del danno)[10].

---

[8] Si potrebbe giungere addirittura alla giustificazione dell'ideologia statalista dell'interesse della collettività organizzata alla conservazione del bene o alla confusione del principio del danno con il moralismo. Su tali difficoltà interpretative, E. Diciotti, *Il principio*, cit., 369.

[9] Così la definizione di J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law. Offense to others*, New York-Oxford, 1985, XVI.

[10] Così J. Feinberg, *Offense to others*, cit., 26.

2. *Il concetto di paternalismo*

Come abbiamo visto, secondo Mill, l'unico principio che possa legittimare limitazioni della libertà dell'individuo, da parte dell'autorità, è il principio del danno ad altri, essendo invece inaccettabili, sia le ragioni teorizzate poi nel principio paternalistico, che quelle teorizzate dai moralisti.

Con il termine "paternalismo", si fa oggi riferimento alla riduzione della libertà di scelta di un individuo, operata dall'ordinamento, al fine di assicurare alla persona (o ad una categoria di persone) una protezione da atti contrari al suo stesso interesse[11].

Secondo la definizione proposta da Feinberg, il principio paternalistico, quale principio limitativo della libertà dell'individuo, si chiede, dunque, se possa rappresentare una ragione sufficiente per intervenire con il diritto penale l'esigenza di evitare che il soggetto agente ponga in essere una condotta dannosa verso se stesso (*one party cases paternalism*), ovvero che il soggetto consenta ad una condotta dannosa nei propri confronti posta in essere da terzi (*two parties cases paternalism*).

Varie sono le distinzioni che sono state proposte all'interno del principio suddetto, alcune con una valenza più marcatamente teorico-definitoria, altre invece con riflessi pratici rilevanti: da un lato, infatti, si è distinto tra paternalismo attivo e passivo, a seconda che le norme coercitive di riferimento consistano in un comando (es: obbligo delle cinture di sicurezza o del casco) o in un divieto (divieto di assumere sostanze stupefacenti); da un altro lato, si è distinto tra paternalismo puro ed impuro (o misto e non misto), a seconda che le norme in questione siano giustificabili solo sulla base dell'esigenza di prevenire offese allo stesso soggetto agente (o al soggetto che

---

[11] F. Cosentino, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, *Quadrimestre*, 1993, 120, il quale mette in evidenza le conseguenze negative che una disciplina paternalistica ha nell'ottica dell'analisi economica del diritto; in tema vedi, anche, F. Cosentino, *Autonomia privata e paternalismo del legislatore nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, RCDP, 1988, 490 ss. In riferimento alla norma di diritto privato vedi anche recentemente, R. Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, «RDC», 2005, 771 ss.

consente alla condotta offensiva), o siano, invece, giustificabili anche in base ad altre ragioni, quali ad esempio l'evitare un danno ad altre persone o alla comunità in genere[12].

Una ulteriore distinzione concerne le ipotesi in cui l'atteggiamento paternalistico riguardi un solo soggetto, altresì definite da taluno come ipotesi di paternalismo diretto, (si pensi al divieto di suicidarsi o di automutilarsi), ovvero riguardi due parti (come nel caso della eutanasia o dello sfruttamento della prostituzione); si parla in tal caso di paternalismo indiretto[13].

Il paternalismo indiretto presenta caratteri di stretta affinità strutturale rispetto al principio del danno ad altri, tanto che in talune ipotesi possono apparire coincidenti nel meccanismo di funzionamento e, dunque, nei risultati: viene considerata penalmente rilevante la condotta di un soggetto (agente), in quanto lesiva di un bene di un altro soggetto (consenziente); si giustifica, dunque, l'intervento del diritto penale, per prevenire un danno ad un soggetto diverso dall'agente. In realtà la coincidenza è solo apparente, in quanto il paternalismo, sia esso diretto o indiretto, è totalmente impermeabile al consenso del soggetto interessato e legittima, dunque, l'intervento proibitivo a prescindere (anzi, generalmente contro) la volontà adesiva dello stesso. Il principio del danno ad altri, invece, come già messo in evidenza – e secondo la definizione di Feinberg – è sempre mediato dalla massima *volenti non fit iniuria*, in quanto il concetto di danno rilevante è solo ed esclusivamente il danno come violazione di un diritto e, quindi, necessariamente non consentito[14].

Una ulteriore, rilevante, classificazione è quella che distingue tra "paternalismo forte" e "paternalismo debole".

Secondo tale classificazione, con la locuzione "paternalismo debole" si indica quell'atteggiamento dello Stato che intervenga a proibire condotte autolesive ovvero lesive, in presenza del consen-

---

[12] Per le varie distinzioni ed accezioni, vedi G. Dworkin, *Paternalism*, in *Morality and the Law*, Belmont, 1971, 197 ss.; J. Feinberg, *Harm to self*, cit.; J. Kleinig, *Paternalism*, Manchester, 1983; R. Sartorius (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis, 1983; D. Van De Wer, *Paternalistic intervention*, Princeton, 1986.

[13] Cfr. G. Dworkin, *Paternalism*, cit., 197; J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 9.

[14] Sulla distinzione tra paternalismo indiretto e principio del danno ad altri, vedi J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 11 ss.

so dell'interessato, quando – e solo quando – tali condotte siano sostanzialmente involontarie o il consenso non sia genuino. La situazione di concreta incapacità che impedisce al soggetto l'efficace gestione dei propri interessi, intesa come una sorta di minorata difesa, rappresenterebbe il fondamento per una legittimazione di tale forma di paternalismo, riscontrabile, peraltro, quale *ratio* giustificatrice di varie norme del nostro codice penale, quali, ad esempio, la fattispecie di circonvenzione di incapaci o l'usura[15].

L'accettazione senza riserve del paternalismo debole, quale fondamento dell'intervento penale, è pressoché unanime ed è generalizzata anche tra i sostenitori di una rigida ideologia liberale[16]. Tuttavia, la facilità con cui vengono giustificati ed accettati i meccanismi propri del paternalismo debole sarebbe da imputare, secondo autorevoli voci, al fatto che quest'ultimo, in realtà, non dovrebbe essere affatto annoverato tra le ipotesi di paternalismo, né, tantomeno, tra i principi limitativi della libertà, mancando una vera e propria azione volontaria del soggetto, la cui libertà e/o autonomia non viene, dunque, in alcun modo coartata.

Molto vicino per quanto concerne la *ratio*, al principio del danno ad altri, viene a questo da taluno addirittura assimilato, come sua specifica versione, attraverso una sorta di finzione logica: «quando un soggetto danneggia se stesso involontariamente ed inconsapevolmente e noi interveniamo per proteggerlo, non stiamo proteggendolo da se stesso ma da qualche fattore esterno alla sua volontà» e ancora «non è questione di proteggere un uomo contro se stesso o di interferire con la sua libertà di azione. Egli non sta agendo. Egli necessita di protezione da qualcosa che non è precisamente se stesso, o un suo proprio agire»[17].

Estremamente affine al principio del danno può considerarsi, in effetti, il paternalismo debole, quando siamo in presenza di due soggetti, agente e vittima consenziente. In questa ipotesi, infatti, l'intervento punitivo sarebbe legittimato al fine di evitare che la condotta

---

[15] Per questi rilievi, cf., B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 39.

[16] Vedi in proposito E. Diciotti, *Giustificazione paternalistica*, cit., 84.

[17] Così T. Beauchamp, *Paternalism and Bio-Behavioral Control*, in *The Monist*, vol. 60, n. 1, 1976, 67, come riportato da J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 13.

del terzo (agente) ponga in essere un danno nei confronti di chi abbia consentito (vittima), ma non in modo genuino[18].

Ma la forma di paternalismo che realmente crea delle perplessità, sia dal punto di vista morale, che del rispetto della autonomia degli individui e della loro capacità di scelta, rispetto ai propri beni fondamentali, è il c.d. paternalismo forte, o, come qualcuno lo definisce, "paternalismo dei migliori interessi"[19].

È infatti a questa forma di paternalismo che si riferiscono le definizioni generalmente riservate a tale fenomeno, quale atteggiamento, indifferente o, addirittura, lesivo della autonomia e libertà di scelta degli individui, caratterizzato dal fatto che l'ordinamento si sostituisce al diretto interessato nella individuazione di quale sia il bene o il meglio per lui, a prescindere da qualsiasi ulteriore valutazione e dalla implicazione di interessi di terzi soggetti. È la tutela del singolo da se stesso anche contro la sua diversa autonoma scelta.

Due sono i problemi che maggiormente si pongono a questo proposito. Il primo, sarà qui solo menzionato, per essere trattato *ex professo* in seguito, e concerne la individuazione dei criteri in base ai quali determinare quando un soggetto possa essere considerato au-

---

[18] Terreno usuale del c.d. paternalismo debole è il campo dell'assistenza sanitaria, ove, in relazione ad individui incapaci l'atteggiamento paternalistico viene considerato come inevitabile. Al posto di soggetti privi di capacità ed autonomia devono necessariamente scegliere altri. Esso, secondo la terminologia cara alla bioetica, trova la sua giustificazione nel principio di beneficenza senza subire alcuna limitazione da parte del principio del permesso, da considerarsi altrimenti preponderante fonte dell'autorità morale. Tale forma di paternalismo giocherebbe un ruolo non solo nei confronti dei soggetti che non sono mai stati capaci di intendere e di volere, ma anche di coloro che hanno perso tale capacità ma non hanno lasciato istruzioni specifiche sul come avrebbero voluto essere trattati in caso di intervenuta incapacità. Gli altri devono scegliere al loro posto e devono farlo facendo appello «o al criterio della persona ragionevole e prudente (all'interno di una particolare comunità morale) o a quello messo a punto da una particolare comunità di individui legato da un particolare insieme di convenzioni e di valori». Entrambi questi criteri pongono problemi. Una delle questioni maggiormente problematiche legate al paternalismo è infatti proprio rappresentata da chi debba scegliere i criteri da usare nella definizione del migliore interesse per il soggetto interessato e su quale base una tale scelta possa o debba essere fatta (T.H. Engelhardt, *Manuale*, cit., 120 ss.).

[19] Così T.H. Engelhardt, *Manuale*, cit., 345. Su di una «concezione antipartenalistica della responsabilità» come profilo che necessariamente deve caratterizzare un ordinamento ed un diritto penale laico, cfr. S. Canestrari, *Laicità e diritto penale*, cit.

tonomo e dunque un suo consenso possa dirsi genuino. Il secondo riguarda la ricostruzione corretta delle norme effettivamente paternalistiche, cioè giustificabili solo, o prevalentemente, sul presupposto della tutela dell'individuo da se stesso. Nella maggior parte dei casi, infatti, la *ratio* della tutela del singolo da se stesso risulta essere compresente con la tutela di altri interessi, di terzi, ma soprattutto della collettività in genere, o anche solo riflesso indiretto di una *ratio* differente, non paternalistica[20].

Il criterio giustificativo, dunque, potrebbe non essere, al di là delle apparenze, quello paternalistico, ma, ad esempio, quello del danno ad altri, che assume, generalmente, nelle ipotesi di paternalismo impuro, o misto, le sembianze di danno alla collettività. In tal caso, tuttavia, soprattutto in presenza di condotte incidenti su beni strettamente personali dell'individuo, sarà necessaria un'opera di bilanciamento secondo parametri rigorosi.

Sul punto avremo modo di ritornare in seguito. Basti in questa sede anticipare che se, come sembra poter emergere dalle pagine che precedono, la libertà di autodeterminazione è una libertà che ha fondamento costituzionale, la sua protezione potrà essere sacrificata solo in funzione di istanze di tutela di beni di pari rango, e quindi, senza dubbio costituzionalmente rilevanti. Anche qualora peraltro, tutti gli interessi in gioco abbiano rango costituzionale, sarà necessario in concreto stabilire una scala di valori, considerando che la libertà di autodeterminazione dell'individuo non può non occupare un posto di tendenziale preminenza. Naturalmente, affinché un bilanciamento in questo senso sia concepibile, gli interessi confliggenti dovranno essere determinati o determinabili nel loro contenuto specifico, non essendo ad esempio, sufficiente un mero riferimento all'interesse pubblico in genere, o un generico interesse alla conservazione dei beni. A questo proposito, bisogna considerare che un pubblico interesse è, in pratica, sempre coinvolto, anche quando un soggetto offende se stesso. Da un lato, infatti, la società è privata dei servizi della parte offesa, dall'altro non possono non venire in considerazione inevitabili costi sociali. «Se cinquantamila persone si uccidono ogni

---

[20] Sulla compresenza di modelli diversi di giustificazione di norme, E. Diciotti, *La giustificazione paternalistica*, cit., 84 ss.

anno per scelta o per comportamenti colposi, allora milioni di dollari di tasse non vengono pagati all'erario, milioni di dollari vengono spesi in assicurazioni sociali, o in interventi della polizia, ambulanze, ospedali… Morti ed offese auto-cagionate, considerate cumulativamente, sono un considerevole inconveniente pubblico»[21].

Naturalmente, perché si possa anche solo porre una questione sul paternalismo, bisogna assumere come valida l'affermazione secondo cui «ci sono società in cui è possibile tracciare una linea di demarcazione tra condotte che riguardano gli altri e condotte che primariamente e direttamente riguardano se stessi e che solo indirettamente, da lontano, in modo insignificante, producono effetti su altri»[22]; condotte, la cui proibizione, dunque, non potrebbe essere legittimata sulla base del principio del danno ad altri.

Alla difficoltà di tenere distinte norme paternalistiche da norme motivate dal danno ad altri, si può affiancare, poi, quella di tener distinte norme paternalistiche e norme moralistiche, la cui *ratio* di tutela cioè si basa essenzialmente sulla repressione di condotte giudicate immorali, anche se, in questo caso, saremmo comunque in presenza di norme difficilmente legittimabili dal punto di vista costituzionale[23].

3. *Il principio del moralismo giuridico*

Per moralismo giuridico si deve intendere quel principio che pone a fondamento della proibizione (penale) di determinati comportamenti il fatto che essi siano immorali anche se non cagionano alcun danno od offesa all'agente stesso o a terzi soggetti.

Si distingue un moralismo in senso ampio ed un moralismo in senso stretto. Il primo ricomprende tra le ragioni giustificatrici di un intervento penale, limitativo della libertà di autodeterminazione del singolo, la difesa e conservazione di un tradizionale modo di vita, il rafforzamento della moralità, il perfezionamento della natura umana.

---

[21] Così J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 22.
[22] *Ibidem.*
[23] Sul principio del moralismo giuridico, vedi il paragrafo successivo.

Il secondo si limita a considerare la seconda di tali ragioni, legittimando così la punibilità di condotte immorali solo per il fatto di esserlo, anche se non commesse pubblicamente o se consentite dagli interessati e, dunque, prive di qualsiasi potenzialità offensiva[24].

Anche il moralismo, come il paternalismo, può inoltre distinguersi in moralismo puro ed impuro. Il primo, che adotta quale unica esclusiva ragione giustificatrice dell'intervento penale la immoralità in sé del comportamento, è, in realtà, raramente seguito come teoria di carattere generale[25]; il secondo invece, molto più diffuso, aggiunge alla immoralità in sé della condotta, altre motivazioni, spesso riconducibili ad una forma di danno ad altri (si pensi in special modo alla tesi della disgregazione sociale, sostenuta da Devlin, in base alla quale la criminalizzazione di una condotta potrebbe essere legittimata per il mantenimento della coesione della società la cui disgregazione sarebbe un danno per la collettività; ovvero alle posizioni di chi giustifica la punizione di comportamenti sessuali considerati immorali, non in quanto tali, ma in quanto possibili stimoli alla commissione di reati a sfondo sessuale)[26].

I sostenitori del moralismo giuridico contestano, dunque, in modo più o meno radicale, le ragioni di chi, sposando una prospettiva liberale, ritiene che unica rilevante e giusta ragione per legittimare un intervento penale sia la prevenzione di un danno od una offesa ad altri soggetti, affermando, tra l'altro, che il principio del danno (ma ancora più quello dell'offesa) sarebbe indissolubilmente connesso alle basi del moralismo; i comportamenti dannosi od offensivi sarebbero infatti tali, in quanto immorali ed, inoltre, per applicare una determinata nozione di danno dovrebbe necessariamente essere preventivamente risolta una questione morale su quale tra gli interessi in conflitto meriti di essere oggetto di protezione. Il principio del danno, dunque, non sarebbe neutrale dal punto di vista morale.

---

[24] Sul moralismo giuridico, vedi Id., *The moral limits of the criminal law. Harmless Wrongdoing*, New York-Oxford, 1988, *passim*.

[25] Probabilmente uno dei più autorevoli sostenitori del moralismo puro è J.F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity, and trhee brief Essays*, Chicago, 1991 (rist.), sulle cui posizioni, cfr. E. Diciotti, *Il principio*, cit., 366 e, più in dettaglio, J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, cit.,155 ss.

[26] P. Devlin, *The enforcement of Morals*, London, 1965; sul punto vedi approfonditamente J. Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, cit., 133 ss.

Queste obiezioni, ed in particolare quella legata alla non neutralità morale del principio del danno, vengono considerate pertinenti anche dai teorici del liberalismo, tanto è vero che Feinberg giunge, a conclusione delle sue riflessioni, a seguire un liberalismo da lui stesso definito "cauto", rifiutando il liberalismo radicale inizialmente accolto. L'autore ammette, cioè, che i principi dell'offesa e del danno ad altri possano essere integrati con altri principi e perfino con le ragioni del moralismo giuridico, ma solo eccezionalmente: solo in taluni casi, infatti, sarebbe accettabile, come giustificazione di un intervento penale, l'esigenza di reprimere od evitare condotte immorali, pur non direttamente dannose.

Ciò che tuttavia a Feinberg preme ribadire è che il principio del danno, a differenza dagli altri principi limitativi della libertà individuale è un principio che tutela l'autonomia personale e il valore morale del rispetto della persona che con l'autonomia si associa.

Esso rafforza senza dubbio, dunque, alcuni principi morali, e in quanto tale non può dirsi eticamente neutrale, ma solo i principi morali che proteggono le scelte e decisioni individuali necessarie allo sviluppo della personalità dei singoli. Il principio del danno, dunque, si occupa solo del rispetto della autonomia personale e dei diritti umani, prescindendo da altri principi morali, ben fondati o meno[27].

4. *La giustificazione paternalistica di norme: casi emblematici e casi problematici*

4.1. *L'obbligo di indossare il casco per i motociclisti e l'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza per gli automobilisti: casi riconducibili al paternalismo impuro o al principio del danno ad altri?*

Per affrontare il discorso su di un piano più concreto, proviamo ad esaminare alcune delle ipotesi che con maggiore frequenza vengono additate ad esempio di manifestazioni del principio paternalistico.

---

[27] Cfr. E. Diciotti, *Il principio*, cit., 369, ma soprattutto le conclusioni cui giunge J. Feinberg, in *Harmless Wrongdoing*, cit., 318 ss.

Oggetto frequente di dibattito, sia sul piano teorico che applicativo, è senza dubbio la normativa che prevede l'obbligo di indossare il casco per i motociclisti, ovvero quella che prevede l'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza per gli automobilisti. Nell'ordinamento italiano, il problema della legittimazione di un intervento dello Stato in senso limitativo della libertà di autodeterminazione dell'individuo, si pone, in tali ipotesi, in modo meno pregnante e comunque parzialmente differente, in quanto ipotesi attinenti al diritto amministrativo[28], mentre violazioni di natura penale sono considerate dall'ordinamento tedesco e da alcune normative statunitensi[29].

Il problema specifico che si pone in questi casi è la esatta individuazione della *ratio* di tutela delle disposizioni, e cioè se oggetto della tutela sia solo ed esclusivamente la salute (integrità fisica e vita) dello stesso soggetto – e dunque si sia in presenza di disposizioni che tutelano l'individuo da se stesso – ovvero se siano riscontrabili

---

[28] Gli artt. 171 e 172 del dl 30 aprile 1992 n. 285 e successive modifiche prevedono una sanzione amministrativa pecuniaria in caso di violazione dell'obbligo di indossare il casco o di allacciare le cinture di sicurezza. La sanzione amministrativa, rispetto alla sanzione penale, dovrebbe rappresentare una forma di intervento limitativo della libertà individuale meno invasivo e, dunque, maggiormente tollerabile. Minore rigore si dovrebbe poter quindi richiedere in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolti. La questione potrebbe porsi diversamente, dunque, nei casi in cui la sanzione amministrativa vada ad incidere, direttamente o indirettamente, in modo più o meno definitivo, su libertà individuali costituzionalmente garantite. Su tale problematica vedi anche quanto precisato *infra* a proposito delle misure previste dalla normativa sull'uso di sostanze stupefacenti. Sul punto cfr. E. Rossi, *Problemi di costituzionalità della nuova legge sugli stupefacenti: la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali*, «PD», 1990, 678 ss. Sulla natura delle sanzioni amministrative ed in generale sui criteri distintivi rispetto alla sanzione penale, vedi, tra gli altri, F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta reale nella politica criminale*?, «PD», 1982, 359 ss., oggi in S. Canestrari, Al. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo II, 1439 ss.; E. Dolcini *et al.*, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982; E. Dolcini, *Sanzione penale o sanzione amministrativa:problemi di scienza della legislazione*, «RIDPP», 1984, 589 ss.; M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 59 ss.; P. Nuvolone, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, 1968, C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, voce in «ED», XLI, 1989, 345 ss.; F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, «IP», 1983, 253 ss.

[29] Per una accurata analisi delle implicazioni relative alla legittimazione di una normativa che prescriva l'obbligo di indossare il casco per i motociclisti ma talora anche per i ciclisti, cfr. J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 134 ss.

altri interessi rilevanti ed, in tal caso, quali e se di rango tale da poter prevalere sulla libera autodeterminazione dell'individuo[30].

La Corte costituzionale tedesca si è occupata di questo argomento con una interessante pronuncia[31], nella quale, tuttavia, pur affermando, in via di principio, che «ogni ingerenza dello Stato in una posizione giuridica tutelata necessita di una giustificazione costituzionale che limiti il diritto offeso» è poi giunta a considerare l'art. 21 a Abs. 2 del Codice della strada (StVO), oggetto del ricorso, compatibile con il diritto al libero sviluppo della personalità ex art. 2 Abs.1 della Costituzione, sulla base di molteplici motivazioni non del tutto condivisibili.

Il ricorrente assumeva che l'obbligo di indossare il casco, sanzionato con pena pecuniaria dall'art. 21 Abs 2 del Codice della strada (StVO), fosse lesivo del suo diritto fondamentale, derivante dall'art. 2 Abs 1, in quanto lo Stato non avrebbe potuto costringere i propri cittadini a tenere determinati comportamenti solo perché questi appaiono consoni al loro stesso interesse. Il cittadino maggiorenne avrebbe dovuto poter valutare da solo il rischio ed indirizzare il proprio comportamento di conseguenza.

Il *Bundesverfassungericht* ritenne la questione manifestamente infondata utilizzando due linee argomentative.

In primo luogo, la Corte si preoccupò di giustificare la limitazione della sfera di libertà del singolo solo sulla base della tutela dello stesso motociclista. Individuò, infatti, una soglia di rilevanza sotto la quale la limitazione della posizione giuridica individuale garantita non sarebbe stata da considerare lesione del diritto fondamentale ed il cui superamento avrebbe richiesto, per una sua legittimazione, uno scopo proporzionato, ritenendo poi, che il fastidio provocato al soggetto dall'indossare il casco non determinava affatto il superamento di tale soglia e che comunque, senz'altro proporzionato sarebbe stato lo scopo per il quale tale limitazione veniva posta: la protezione del motociclista stesso.

---

[30] Sulla complessità delle ragioni che spesso possono essere addotte a giustificazione di una fattispecie e sulla necessità di distinguere tra condotte *self-regarding* e *others-regarding*, cfr. quanto precisato *supra*, sub. par. 3.2.

[31] Bverf.GE, 59, 275

Con una seconda argomentazione la Corte, invece, cambiò percorso, adducendo, quale ragione giustificatrice dell'ingerenza nella sfera di libertà del singolo, la lesione (potenziale) di interessi di terzi e della collettività in genere.

Questa l'argomentazione della Corte: un motociclista che non indossa il casco protettivo, ed a seguito di ciò riporti una lesione grave, alla testa, non danneggia solo se stesso ma, potenzialmente, anche i terzi soggetti, eventualmente coinvolti nell'incidente, a vantaggio dei quali, a causa della perdita di coscienza, non sarebbe in grado di apportare alcun aiuto. La Corte individuò così, in capo al motociclista, una sorta di obbligo preventivo di adottare misure di autotutela, affinché si mantenga capace di portare ad altri un aiuto, anche in caso di incidente, senza però chiarire da dove siffatto obbligo potesse essere tratto[32].

Oltre a questo potenziale interesse di terzi partecipanti alla circolazione, la Corte individuò lo scopo di tutela nell'interesse della società: il circolare con una motocicletta, infatti, avrebbe in questa ottica, integrato una attività pericolosa, diversa da altre forme di attività pericolose, quali ad esempio taluni sport, perché svolta «in un contesto pubblico importante per la collettività e in relazione al quale lo Stato ha una particolare responsabilità»; in tal modo la Corte, tuttavia, creò una sorta di presunzione di danno all'interesse pubblico, sulla base del mero svolgersi dell'attività in un contesto pubblico[33].

---

[32] Cfr. il commento negativo di C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen*, cit., 97 ss., il quale mette in evidenza come anche l'art. 323 StGB prevede un obbligo di soccorso solo nel caso in cui, al momento dell'incidente, il soggetto sia fisicamente nella capacità di attivarsi. Un obbligo preventivo non potrebbe nemmeno, inoltre, derivare dalla attività pericolosa che il partecipante al traffico pone in essere con l'uso del mezzo. Una tale responsabilità preventiva potrebbe infatti sorgere solo nel senso che il soggetto può circolare con un mezzo adeguato alla circolazione. Mancando un qualsiasi legame tra il guidare senza casco e l'attività pericolosa connessa alla motocicletta, mancherebbe una qualsiasi ragione a giustificazione dell'obbligo del casco come compensazione del pericolo.

[33] Cfr. ancora le osservazioni critiche di C. Hillgruber (*ibidem*) secondo cui un interesse pubblico al divieto di una condotta di autoesposizione al pericolo sussiste solo qualora vengano contemporaneamente lesi degli specifici interessi della società. Condivide invece la prospettiva della legittimità dell'obbligo di indossare il casco o di allacciare le misure di sicurezza, in funzione dei costi sociali del dovere di solidarietà, F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale*, «RIDPP», 1997, 118.

Infine, e questo sembra essere l'unico argomento suscettibile di una valutazione effettiva, la Corte individuò l'interesse pubblico leso nei costi, – impiego di mezzi di salvataggio, cure mediche, misure riabilitative, assistenza agli invalidi, etc. –, che incidenti con gravi lesioni alla testa comporterebbero e che, indirettamente, graverebbero sulla collettività[34].

Stesso parametro di riferimento sembra aver utilizzato la nostra Corte Costituzionale, nel rigettare una delle questioni di illegittimità costituzionale sollevate nei confronti degli art. 1, 2, e 3 l. n. 3/1986, vecchio Codice della Strada, aventi ad oggetto l'obbligo di indossare il casco per i motociclisti. In particolare, nella questione che ci interessa, si assumeva violato l'art. 32 cost. in quanto «l'ingerenza statale nella sfera del cittadino sarebbe consentita solo se sia posto in pericolo il diritto alla salute di terzi individui». La Corte ha rigettato la questione affermando che «specie quando, come nella materia in esame, si è in presenza di modalità, peraltro neppure gravose, prescritte per la guida di motoveicoli, appare conforme al dettato costituzionale, che considera la salute dell'individuo anche interesse della collettività, che il legislatore nel suo apprezzamento prescriva certi comportamenti e ne sanzioni l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali. Non può infatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotano in termini di costi sociali sull'intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili»[35].

---

[34] In realtà, e al di là delle affermazioni di principio, la Corte sembra legittimare una prescrizione di natura spiccatamente paternalistica, in quanto esclusivamente motivata dalla tutela della salute dello stesso obbligato cfr. in tal senso C. Hillgruber (*Der Schutz des Menschen*, cit.).

[35] Corte cost. 16 maggio 1994, n. 180, «FI», 1994, I, 1637; per un commento, adesivo, della sentenza, vedi R. Sapia, *Casco cinture e sistemi di protezione: a tutela di che cosa*?, «RGCT», 1996, 92 ss. Diversamente, invece, G.B. Agrizzi, *Irrilevanza ai fini della responsabilità del fatto illecito delle violazioni da parte del danneggiato di norme a lui dirette e finalizzate esclusivamente alla sua incolumità*, *ivi*, 96 ss.

In una decisione del 1986 la Corte Costituzionale tedesca si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di portare le cinture di sicurezza in automobile e della corrispettiva sanzione pecuniari[36]. Le norme costituzionali di riferimento erano in questo caso due: l'art. 2 abs 1 GG, a garanzia, come noto, del diritto al libero sviluppo della personalità, ma anche l'art. 2 abs 2, che tutela, tra l'altro, il diritto alla vita e all'integrità fisica. La particolarità dell'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza, rispetto a quello di indossare il casco, viene infatti individuata nel fatto che le cinture di sicurezza talvolta, pur se in rarissimi casi, accentuano le conseguenze dovute all'incidente o, addirittura, sono la causa degli stessi danni che ne conseguono[37]. Perché un tale obbligo possa esser ritenuto conforme alle previsioni costituzionali, sarà, quindi, necessario individuare una giustificazione adeguata anche in relazione alla offesa che può determinare al bene della vita e della integrità fisica del soggetto obbligato.

Anche in questo caso la Corte ha ritenuto la questione manifestamente infondata, affermando che l'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza ha una efficacia preventiva anche nei confronti dei terzi soggetti, diversi dall'obbligato, partecipanti alla circolazione stradale. Ancora una volta, tuttavia, tale affermazione di principio viene smentita da altre argomentazioni che lasciano trapelare argomentazioni di tipo paternalistico, quale quella secondo cui «un tale obbligo, infatti, può anche prevenire il fatto che il passeggero sia catapultato contro un altro passeggero dello stesso veicolo».

In tal caso, da un lato non si richiede il danno ad un terzo partecipe alla circolazione stradale, e dall'altro non si considera che per il passeggero, se in grado di agire e decidere autonomamente, non può non valere il principio di autoresponsabilità, in base al quale, se decide consapevolmente di entrare in un autoveicolo il cui autista non abbia ottemperato all'obbligo di allacciare le cinture, questa decisione, e le conseguenze che ne derivano, riguardano solo lui stesso e non l'ordinamento[38]. La Corte, d'altra parte, conclude che la libera

---

[36] BverfG, «NJW», 1987, 180.

[37] Sul punto, G.B. Agrizzi, *Irrilevanza*, cit., 97.

[38] Così C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen*, cit., 103.

scelta del soggetto «non ha alcuna rilevanza in relazione alla tutela della vita e della integrità fisica, protetti dall'art. 2 abs», dimostrando così di abbracciare una visione "non liberale" che giustifica anche la tutela di un individuo "da se stesso"[39].

4.2. *Le problematiche connesse alla criminalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti*

La questione della legittimità, oltre che della efficacia, di una scelta nel senso della criminalizzazione delle condotte di consumo di sostanze stupefacenti, e dunque della sottoposizione a sanzione penale del tossicodipendente o, comunque, dell'assuntore della sostanza, è questione da sempre oggetto di dibattito e discussione. La difficoltà di una soluzione è sicuramente legata alla mancanza di indicazioni univoche sulle strategie di contenimento del fenomeno droga concretamente efficaci, ma anche dall'inevitabile interferenza che in questa materia da sempre assumono le pregiudiziali ideologiche e culturali.

Come noto, le alternative di risposta al fenomeno droga possono, schematicamente, essere ricondotte a due direttrici fondamentali: una posizione di rigore estremo, che richiede un intervento repressivo-punitivo per ogni aspetto del fenomeno, ed una posizione che auspica una "legalizzazione" della droga, cioè un regime che, in misure e modalità variabili, ne permette e regola la produzione e l'uso[40].

Il punto di partenza, unico dato certo ed imprescindibile, è la necessità di abbandonare valutazioni e coinvolgimenti di natura etico-morale, che non possono più trovare cittadinanza nelle scelte di criminalizzazione delle condotte, in un diritto penale laico, quale quello che deve, o dovrebbe essere nella nostra epoca e secondo i valori oggi riconosciuti nelle civiltà occidentali[41].

---

[39] Per tale considerazione critica, cfr. *ibidem*.

[40] G. Arnao, *Perché legalizzare la droga significa ridurne la pericolosità*, in L. Manconi (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Bologna, 1991, 52 ss.

[41] Sul processo di laicizzazione del diritto penale odierno, vedi, *supra*, sub. par.1.5.

Una volta dato per assodato questo punto di partenza, il problema va posto nel senso di verificare se il consumo e/o la detenzione a fini di consumo personale di sostanze stupefacenti sia comportamento di per sé connotato da una dannosità sociale concretamente determinabile e, più in particolare, se sia dotato di un potenziale offensivo rispetto a beni giuridici di rango costituzionale, tale da legittimare un divieto penale; ovvero, se la proibizione di una tale condotta risponda solo ad una logica paternalistica – se non addirittura moralistica – di tutela della salute dello stesso consumatore, ovvero di moralizzazione dell'individuo, incompatibile – come abbiamo visto – con le indicazioni plausibilmente ricavabili dalle stesse costituzioni moderne.

L'evoluzione della disciplina normativa della materia, in Italia, è connotata, come noto, da soluzioni alquanto diversificate. Fermo restando, infatti, il principio della rilevanza penale della condotta di spaccio, le scelte legislative si sono alternate nel senso di considerare il tossicodipendente come un delinquente da punire, ovvero un malato da curare.

La prima disciplina organica della materia, contenuta nella L. 22 ottobre 1954 n. 1041, prevedeva, infatti, la punibilità della detenzione (non autorizzata) di sostanze stupefacenti, anche se finalizzata ad uso personale[42].

Dall'ottica del drogato-delinquente si passò, poi, alla logica del drogato malato, con la sofferta legge n. 685 del 1975, che, pur non optando per una decriminalizzazione assoluta delle condotte di detenzione e/o uso personale, ritenuta in contrasto con le indicazioni prove-

---

[42] Cfr. G.M. Flick, *Droga e legge penale, miti e realtà di una repressione*, Milano, 1979; A. Manna, *Legislazione simbolica e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa*, in F. Bricola, G. Insolera (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, «QuadIP», Padova, 1991, 20; V.B. Muscatiello, *La giustizia bendata*, «IP», 2003, 402 ss.; F.C. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, Padova, 1993. Ritiene invece che l'evoluzione normativa non sia indice di una altalenante inversione di tendenza della politica criminale in materia di droga, nel nostro paese, ma di una tendenza all'inasprimento della disciplina, L. Stortoni, *La legge sulla droga. Profili storici e valutazioni di politica criminale*, in F. Bricola, G. Insolera (a cura di), *La riforma*, cit., 9 ss. Nel senso che, non tanto il testo della legge, quanto piuttosto l'interpretazione scientifica ed applicativa rispecchiassero la tendenza ad una netta criminalizzazione della detenzione per uso personale, L. Stortoni, *Stupefacenti (diritto penale)*, voce in «NssDI», XVIII, Torino, 1971, 562 ss.

nienti dalle fonti di diritto internazionale, inserì una soglia di non punibilità per le condotte di detenzione per uso personale non terapeutico (la c.d. modica quantità). La legge, dunque, pur prevedendo la confisca obbligatoria della sostanza – e quindi stigmatizzando come illecita la condotta –, non considerava punibile l'acquisto o la detenzione di sostanze stupefacenti allo scopo di farne uso personale non terapeutico relativamente a modiche quantità di prodotto, con conseguente scissione della posizione del tossicodipendente da quella del trafficante[43].

Un ulteriore intervento riformatore si ebbe dopo quindici anni, con il D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, modificato peraltro, dopo appena tre anni, da un referendum abrogativo che ne mutò lo stesso impianto di base. Mutuando gran parte delle indicazioni provenienti dalle convenzioni internazionali (ultima tra tutte la convenzione di Vienna del 1988) la disciplina del 1990 adottò una soluzione volta a stigmatizzare l'uso della droga, in qualsiasi forma e quantità. La legge si apriva, infatti, con una sorta di manifesto programmatico che proclamava come «vietato l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope» optando per la illiceità di qualsiasi condotta connessa al fenomeno droga – anche della detenzione per uso personale non terapeutico – pur differenziando le ipotesi di detenzione di una quantità inferiore alla "dose media giornaliera", sanzionate solo in via amministrativa, da quelle di detenzione di quantità superiori, cui veniva attribuita rilevanza penale[44].

Dopo soli tre anni, il D.P.R. 5 giugno 1993, n. 171, conseguente al referendum abrogativo dell'aprile 93, cancellò l'art. 72, I comma, manifesto programmatico della legge, ed eliminò, tra l'altro, il limite della "dose media giornaliera" quale dato di discrimine tra rilevanza amministrativa e penale della detenzione: il passaggio dalla rilevanza amministrativa alla rilevanza penale della condotta di detenzione risultava così tutto incentrato sulla presenza o meno della finalità di uso personale.

---

[43] V.B. Muscatiello, *La giustizia*, cit., 408.

[44] Cfr. Aa.Vv., *La nuova normativa sugli stupefacenti, Commento alle norme penali del Testo Unico*, a cura di G. Flora, Milano, 1991. Sulla natura delle indicazioni contenute nella Convenzione di Vienna non sussiste in realtà una posizione unanime. Sul punto vedi A. Manna, *Legislazione simbolica*, cit., 23.

Attualmente la disciplina della materia è stata ulteriormente riformata dalla legge n. 49 del 2006 che, pur mantenendo inalterata la scelta di base improntata alla separazione tra rilevanza penale della detenzione a fini di spaccio e rilevanza amministrativa della detenzione per uso personale, ha introdotto alcune innovazioni che, se da un lato non giovano alla chiarezza e tassatività, dall'altro sono senza dubbio ispirate ad una accentuazione del rigore verso il fenomeno[45].

In particolare l'art. 73 comma I *bis* punisce talune condotte, quali la importazione, l'esportazione, acquisto, ricezione ed illecita detenzione, se caratterizzate dalla destinazione ad uso non esclusivamente personale della sostanza. Questa caratterizzazione, che dovrebbe dunque considerarsi la linea di discrimine tra rilevanza amministrativa e rilevanza penale delle condotte in questione, dovrebbe essere ricavata da tre indizi legati alla quantità (superamento dei limiti tabellari), alle modalità di presentazione, ovvero ad altre circostanze dell'azione.

Si ritiene che il requisito della destinazione ad uso non esclusivamente personale miri, tra l'altro, a contrastare l'orientamento giurisprudenziale che includeva nell'alveo della responsabilità amministrativa la co-detenzione per uso di gruppo anche nella versione del mandato ad acquistare nell'interesse di altri appartenenti al gruppo che, poi, si suddividano la sostanza, con conseguente riconduzione, anche di queste ipotesi, all'ambito di rilevanza penale[46].

Il dato, tuttavia, che vale la pena evidenziare riguarda l'inasprimento delle sanzioni amministrative già previste dalla normativa precedente e, soprattutto, l'inserimento di ulteriori misure sanzio-

---

[45] Sulle problematiche interpretative e i dubbi di legittimità costituzionale della legge di riforma, vedi, V. Manes, *La riforma della disciplina penale in materia di stupefacenti*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 95 ss.; C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, «RIDPP», 2006, 234 ss. Sulla nuova disciplina vedi altresì le considerazioni di L. Eusebi, *L'Assunzione di stupefacenti non è un diritto, ma il tossicodipendente non è un "nemico"*, «LP», 2007, 483 ss.; D. Petrini, *Per una disciplina giuridica degli stupefacenti che sostenga il disagio senza criminalizzarlo*, ivi, 479 ss.; M. Ronco, *Il controllo penale delle droghe alla luce del principio di offensività*, ivi, 475 ss.

[46] Gius. Amato, *Piena rilevanza penale anche all'uso di gruppo*, «GD», 12/2006, 79; V. Manes, *La riforma della disciplina sanzionatoria*, cit., 110; C. Ruga Riva, *La nuova legge sulla droga*, cit., 241.

natorie che, pur formalmente riconducibili all'alveo delle sanzioni amministrative, tuttavia presentano una capacità afflittiva delle libertà fondamentali tale da connotarle, nella sostanza, come «intrinsecamente penali»[47]. Se, cioè, può essere considerata in termini positivi la scelta di politica-criminale che rifiuta lo strumento penale per l'uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope – per la regolamentazione cioè di condotte "autolesionistiche" – e che, tuttavia, non si astenga *in toto* da un giudizio, ma operi comunque nel senso di una stigmatizzazione del fatto attraverso lo strumento amministrativo, non può che essere invece negativo il giudizio quando tale opzione politico-criminale nasconde, secondo il classico metodo della "truffa delle etichette", una ottica repressiva differente.

Sono infatti state mantenute sanzioni presenti nella normativa precedente – quali la sospensione della patente di guida o il divieto di conseguirla, o la sospensione del passaporto o divieto di conseguirlo, così come la sospensione o il divieto di conseguire il permesso di soggiorno per motivo di turismo per i cittadini extra comunitari – misure già particolarmente gravose sui diritti di libertà costituzionalmente garantiti che, dunque, già suscitavano perplessità in ordine al giudizio di proporzione rispetto a condotta prive di accertata dannosità sociale.

A ciò, tuttavia, si deve aggiungere quanto previsto dall'art. 75 bis, che dispone ulteriori misure punitive, per l'interessato che risulti già condannato, anche non definitivamente, per i reati contro la persona, contro il patrimonio o per quelli previsti dalle disposizioni del presente testo unico o dalle nome sulla circolazione stradale, oppure sanzionato per violazione delle norme del presente testo unico o destinatario di misure di prevenzione o di sicurezza, qualora «possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica». In tale ipotesi sono previsti a carico del soggetto tutta una serie di ulteriori obblighi restrittivi della libertà personale e di movimento, tali da porsi in contrasto evidente con quel "presupposto inderogabile" individuato autorevolmente nella «necessità (al fine di evitare la c.d. truffa delle etichette) che le sanzioni sul piano amministrativo rimangano cir-

---

[47] Così V. Manes, *La riforma della disciplina sanzionatoria*, cit., 122.

coscritte all'ambito pecuniario o interdittivo…, e non si estendano al settore delle restrizioni della libertà personale (o di diritti in cui quest'ultima si estrinseca)»[48].

Come sopra accennato, la questione deve porsi nel senso di individuare se nel consumo o comunque nella mera detenzione per uso personale di droga sia riscontrabile realmente una condotta espressione di una libertà individuale che esaurisce i propri effetti nella sfera di disposizione del soggetto titolare, ovvero un comportamento idoneo quanto meno a porre in pericolo beni giuridici che, direttamente o indirettamente, godano di un riconoscimento costituzionale.

Di solito, chi ritiene ammissibile un atteggiamento punitivo nei confronti della mera detenzione o consumo di droga si basa sulle seguenti considerazioni: esiste, seppure non in via immediata e diretta, un collegamento causale tra l'assunzione di droghe e l'offesa di beni giuridici di rilievo costituzionale; meglio, tale collegamento, pur non immediato né certo, se si considera la singola condotta di assunzione, diventa tale «se visto nella dimensione sociale della produzione c.d. seriale del pregiudizio»[49]. Il fenomeno del consumo di droga viene ritenuto dannoso per la salute pubblica, «nella duplice accezione della salute di molti e della salute degli altri. Di molti perché il fenomeno del consumo tende ineluttabilmente a spandersi a macchia d'olio, comportando una diminuzione della propria salute non solo psichica ma anche fisica ben al di là dei limiti di cui all'art. 5 c.c. Ma anche la salute degli altri è in gioco, non foss'altro per gli effetti teratogeni connessi all'assunzione di droga»[50].

Oltre a questo si pone l'accento sugli effetti criminogeni diretti, in quanto direttamente connessi alla alterazione psicofisica conse-

---

[48] Così F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis, G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 3 ss., oggi in S. Canestrari, Al. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo II, 1540.

[49] Così F.C. Palazzo, *L'uso personale degli stupefacenti nella nuova legge antidroga*, «LP», 1992, 1°, 159.

[50] Id., *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*, «RIDPP», 1992, 315.

guente alla assunzione (disturbi della percezione psico-fisica) ovvero alla attenuazione dei freni inibitori conseguente alla assunzione di sostanze eccitanti[51]; da taluno, inoltre, si fa riferimento al costo sociale del dovere di solidarietà nei confronti del tossicodipendente (che naturalmente ne faccia richiesta o comunque vi consenta) derivante allo Stato ex art. 32 comma 1 cost.[52].

La salute pubblica, insieme alla sicurezza pubblica ed alla pace sociale sono i beni giuridici che si assumono minacciati dalle condotte di detenzione (in quantità superiore alla dose media giornaliera) e di consumo, anche secondo la Corte Costituzionale, che rigettò tutte le eccezioni di incostituzionalità rivolte alla legge del 1990 (prima della modifica operata dal referendum) ed in particolare, per quanto qui interessa nello specifico, quella che si basava sulla violazione del principio di necessaria lesività del reato[53].

Le considerazioni sopra riportate vengono generalmente ritenute valide anche in relazione al consumo di "droghe leggere", ipotesi riconosciuta in ogni caso come maggiormente problematica, anche per l'assenza di dati empirici che forniscano indicazioni univoche in ordine alla questione, di massima importanza, del passaggio dal consumo delle "droghe leggere" a quello delle "droghe pesanti"[54].

L'altra verifica che, come noto, si rende necessaria al fine di stabilire la legittimità di una scelta repressiva-punitiva nei confronti di condotte di uso o detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti, ha ad oggetto la efficacia di una tale scelta[55]. La tematica esula dall'oggetto della presente ricerca ed un suo approfondimento porterebbe assai lontano. Sembra tuttavia doveroso

---

[51] F.C. Palazzo, *L'uso personale*, cit., 160.

[52] Così F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 118, secondo il quale, il dovere di solidarietà dovrebbe ritenersi in tali ipotesi reciproco, limitativo, dunque, della libertà di disposizione di sé.

[53] Corte cost. 11 luglio 1991 n. 333, pubblicata in «FI», 1991, I, 2628, con nota di G. Fiandaca e in «RIDPP», 1992, 285 ss., con nota di F.C. Palazzo.

[54] Vedi sul punto, pur in modo un po' sbrigativo, F.C. Palazzo, *Dogmatica ed empiria*, cit., 315 ss.

[55] G. Fiandaca, *La nuova legge antidroga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, «FI», 1991, I, 2631 (nota a Corte cost. 11 luglio 1991 n. 333 cit.); C.E. Paliero, *Il principio di effettività*, cit., 430 ss.

accennare al fatto che le indicazioni al riguardo portano a negare una efficacia di opzioni di criminalizzazione del consumatore come mezzo per il raggiungimento dell'unico scopo plausibile che una normativa sulla droga dovrebbe perseguire: debellare o comunque ridurre il fenomeno[56].

Se pure, comunque, si volesse ritenere, con la Corte Costituzionale e con chi con essa concorda, che la soluzione "proibizionista" non si giustifichi solo in ottica paternalistico-autoritaria o comunque simbolico-moralistica, ma anche di prevenzione del danno ad altri e di offesa a beni giuridici (altrui) meritevoli di protezione penale, si dovrà in ogni caso verificare se, nel rispetto del principio di sussidiarietà, o di necessità di pena, l'intervento penale sia effettivamente un intervento efficace[57].

Fin qui le ragioni di chi ritiene legittima la incriminazione del consumo di sostanze stupefacenti[58].

Chi invece critica la legittimità (oltre che l'efficacia) di una siffatta scelta, si basa generalmente su due ordini di considerazioni strettamente collegate l'una all'altra: da un lato, il consumo di droghe dovrebbe essere valutato come manifestazione della libertà individuale, nel senso di libertà di disposizione del proprio essere fisico e psichico; dall'altro, il consumo in sé, specie se di "droghe leggere" – ovvero anche di "droghe pesanti" se occasionale –, non necessariamente è comportamento offensivo di beni giuridici, altrui, di rilievo costituzionale. Qualora poi si riscontrasse in concreto una lesione o messa in pericolo di beni diversi dalla salute,

---

[56] Cfr. G. Arnao, *Perché legalizzare la droga*, cit., 60 ss.

[57] F.C. Palazzo, *L'uso personale*, cit., 261 ss.

[58] In posizione critica, ma senza arrivare ad affermare la illegittimità costituzionale della scelta, se non altro in riferimento alla legge del 1990, nella sua stesura originaria, G. Fiandaca, *La nuova legge antidroga*, cit., 2631. Così, infatti l'autore: «In effetti, se si condividono i principali punti di approdo della più aggiornata riflessione penalistica circa gli scopi e i limiti del diritto penale, la filosofia di fondo sottesa alla nuova legge appare quanto meno discutibile…; la nuova disciplina penale (o para-penale: truffa delle etichette) è strutturalmente articolata in modo tale da tutelare "sempre" un quid che rientra nel novero dei beni fondamentali della convivenza ovvero finisce con l'operare una inammissibile commistione tra disvalore penale e semplice ritenuta immoralità… ricadendo così nella tentazione paternalistico-autoritaria di affidare alla legge penale il compito di restaurare valori morali ormai smarriti?».

fisica o psichica dello stesso assuntore, difficilmente dal necessario bilanciamento dei beni in gioco potrebbe risultare soccombente la libertà individuale»[59].

Non riteniamo, in effetti, si possa liquidare la questione in modo radicale, come talora è stato fatto, ritenendo cioè che l'assunzione di droga mai ed in nessun modo sia riconducibile al concetto di libertà fondamentale delineato dall'art. 2 cost., – in quanto comportamento contrario sempre e comunque alle istanze di solidarietà sociale – e che, in ogni caso, una siffatta condotta rientri certamente nel divieto generale previsto dall'art. 5 c.c.[60].

Il discorso non può essere assolutizzato.

È a nostro parere, invece, certo, che tale questione si inserisce nel più ampio e fondamentale interrogativo: «fino a che punto lo Stato ha il dovere di rispettare la libertà del singolo ad autodeterminare la propria condotta? È ammissibile tale intervento nei casi in cui il soggetto consapevolmente decide di porre in esser condotte e comportamenti che, pur se non accettati dalla collettività, non ledono diritti altrui?»[61].

In effetti, non è possibile una risposta unitaria, in quanto non tutte le condotte di consumo possono essere considerate come "*self regarding*", ma, d'altra parte, non è sostenibile che tutte siano "*others regarding*"[62]. Oltre alle situazioni degli assuntori primari ed occasionali, infatti, si deve tener presente – ed è ormai un dato assodato – che molte delle sostanze stupefacenti, tra cui gli oppiaci, non

---

[59] Per una schematica ricostruzione delle contrapposte posizioni, vedi G. Pisapia, *Dalla modica quantità alla modica punibilità. Commento alla legge 162/90*, in L. Manconi (a cura di), *Legalizzare la droga*, cit., 108 ss. Nel senso che «il divieto e la punizione dell'uso personale di droghe viola un postulato fondamentale della tradizione giuridica liberale: la non punibilità degli atti contro se stessi», L. Ferrajoli, *Proibizionismo e diritto*, in L. Manconi (a cura di), *Legalizzare la droga*, cit., 136 ss.

[60] Così invece F.C. Palazzo, *L'uso personale*, cit., 159. Sulle perplessità suscitate da una interpretazione dell'art. 5 c.c. quale principio generale dell'ordinamento a fondamento di una concezione di indisponibilità dell'integrità fisica, vedi quanto precisato *infra*, sez. II, par. 3.3 e ss.

[61] In questo senso pone il problema G. Pisapia, *Dalla modica quantità*, cit., 108.

[62] Sulla distinzione tra condotte *self-regarding* e *others-regarding*, vedi J. Feinberg, *Harm to self*, cit., 56.

sono affatto incompatibili con una vita normale e perfettamente integrata, così come che ci sono sostanze che non danno alcuna forma di dipendenza[63].

Una equiparazione delle situazioni nel senso di una criminalizzazione generalizzata, basata sull'assunto della pericolosità per la salute pubblica e per la sicurezza pubblica delle condotte di consumo *tout court*, rappresenterebbe, in realtà, un voler mascherare una concezione di indisponibilità del diritto alla integrità fisica «ripristinando principi (quali quelli legati allo Stato paternalista) che si pensavano ormai superati dall'evoluzione della società e della cultura del nostro Paese»[64].

In conclusione, ci sembra che il ragionamento svolto si possa così schematizzare: sotto il profilo della legittimazione di una scelta di criminalizzazione delle condotte di consumo, pare si imponga una valutazione comunque differenziata delle situazioni; per le ipotesi in cui si possa effettivamente riscontrare un connotato di pericolosità rispetto a beni giuridici di rilevanza costituzionale, una particolare attenzione dovrà essere dedicata al bilanciamento tra gli interessi in gioco, nell'ambito del quale non può essere negato un ruolo alla libertà di autodeterminazione, relativamente al proprio essere fisico e psichico (naturalmente nei casi in cui la capacità del soggetto consenta ancora di parlare di "libertà"); in ogni caso il giudizio dovrà essere completato dalla – imprescindibile – valutazione in ordine alla efficacia di un intervento punitivo sull'assuntore.

4.3. *Una normativa recente: la legge sul doping (L. 14 dicembre 2000, n. 376)*

Il fenomeno del doping si è posto, soprattutto negli ultimi anni, all'attenzione dell'opinione pubblica in modo eclatante. Dal ciclismo al calcio, all'atletica leggera – ma al di là delle vicende più famose e conosciute si è dimostrato che nessuno sport può dirsi "senza

---

[63] Per una ricostruzione dei profili "farmacologici" del fenomeno, vedi G. Arnao, *Perché legalizzare la droga*, cit., 60 ss.

[64] L. Rossi, *Problemi di costituzionalità*, cit., 678 ss.

peccato" – la pratica di assumere e far assumere sostanze che alterino, tendenzialmente in meglio, il livello di prestazioni dei competitori, è pratica ormai, purtroppo, normale.

La risposta "forte" che si esigeva dopo le "scandalizzanti" denunce, in relazione al doping nel calcio, ma, e forse soprattutto, dopo la triste vicenda che ha interessato il noto campione del ciclismo, Marco Pantani, si è fatta sentire in Italia con l'emanazione della l. 376/ 2000 che ha optato per una disciplina di rigore in cui si punisce, con sanzione penale, sia il c.d. "autodoping", sia "l'eterodoping".

In particolare la legge, che, in ossequio ad una tendenza sempre più diffusa, soprattutto per le leggi con particolare valenza simbolica, si apre all'art. 1 comma 1 con un preambolo[65], sorta di dichiarazione di intenti del legislatore[66], punisce all'art. 9, con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da lire 5.000.000 a lire 100.000.000, salvo che il fatto costituisca più grave reato, le condotte di procacciamento, somministrazione, favoreggiamento all'impiego di sostanze dopanti e assunzione delle stesse sostanze, nonché di adozione di pratiche mediche vietate, o sottoposizione alle stesse, se poste con il fine di alterare le prestazioni agonistiche ovvero di modificare i risultati dei controlli sul ricorso a farmaci, sostanze o pratiche vietati[67].

---

[65] Su utilizzazione e funzione del preambolo, anche nel corso della storia, vedi le considerazioni di A. Cadoppi, *Pre-Art. 600-bis c.p.*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale*, cit., 35 ss.

[66] Art. 1 (Tutela sanitaria delle attività sportive. Divieto di doping) 1. L'attività sportiva è diretta alla promozione della salute individuale e collettiva e deve essere informata al rispetto dei principi etici e dei valori educativi richiamati dalla Convenzione contro il doping, con Appendice, fatta a Strasburgo il 16 novembre 1989, ratificata ai sensi della legge 29 novembre 1995, n. 522. Ad essa si applicano i controlli previsti dalle vigenti normative in tema della tutela della salute e della regolarità delle gare e non può essere svolta con l'ausilio di tecniche, metodologie o sostanze di qualsiasi natura che possano mettere in pericolo l'integrità psicofisica degli atleti.

[67] Per un accurato commento della legge in esame, vedi S. Bonini, *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela*, cit., 255 ss.; Id., *Doping e diritto penale*, Milano, 2006, 155 ss. a cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici in argomento.

La scelta, dunque, per il profilo che qui interessa, è stata nel senso di prevedere la incriminazione delle condotte di assunzione di sostanze e di sottoposizione alle pratiche mediche vietate, se connotate dalla finalità sopra specificata (c.d. *autodoping*).

Secondo quanto fin qui abbiamo cercato di evidenziare, la legittimità di una tale incriminazione può sostenersi solo qualora venga dimostrato che non sia finalizzata alla tutela dello sportivo da se stesso. La protezione "a tutti i costi" della salute dell'atleta – titolare del bene integrità fisica – a prescindere e/o contro la volontà, libera dello stesso, infatti è manifestazione, inaccettabile, di un atteggiamento riconducibile al c.d. paternalismo forte.

Illegittima una siffatta scelta di criminalizzazione sarebbe anche, e tanto più, nel caso in cui dovesse risultare incentrata su di una mera istanza di moralizzazione dell'individuo e di tutela di valori etici *tout court*. La criminalizzazione di condotte volontarie dell'uomo, manifestazione di un diritto di libertà costituzionalmente tutelato, infatti, può essere giustificata solo se riconducibile all'ambito del principio del danno ad altri, o più genericamente della dannosità sociale della condotta[68], laddove, tuttavia, vale la pena ribadirlo, siano individuabili interessi concreti, quanto meno di pari rango, che possano essere ritenuti prevalenti in un accurato e rigoroso giudizio di bilanciamento.

Difficilmente, a nostro parere, la criminalizzazione della condotta di autodoping potrebbe essere giustificata in funzione del "rispetto dei principi etici e dei valori educativi" della pratica sportiva, come sembrerebbe emergere proprio dal preambolo alla stessa legge 376/2000; il riferimento, infatti, alla rettitudine ed etica sportiva, come è stato giustamente rilevato, costituirebbe «un esempio di quella spiritualizzazione e volatilizzazione della tutela penalistica tante volte rimproverata al legislatore»[69], che, peraltro, riporta al-

---

[68] Sul concetto di "dannosità sociale" e le difficoltà di una concreta ricostruzione di tale parametro, vedi, F. Bricola, *Tecniche di tutela penale*, cit., 1497; G. Fiandaca, *Laicità*, cit., 176 ss.; e soprattutto K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, cit.; Id., *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*, in H. Jung, H. Müller-Dietz, U. Neumann (Hrsg.) *Recht und Moral*, Baden Baden, 1991, 269 ss.

[69] Così S. Bonini, *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376*, cit., 298; Id., *Doping e diritto penale*, cit., 240.

la mente autoritarie incriminazioni ispirate a principi di fedeltà, incompatibili con una (ormai comune) concezione del reato quale fatto materiale offensivo di un bene giuridico. Ancora più difficile da accogliere ci sembra la ricostruzione che mira a "trasformare" l'interesse alla "correttezza delle competizioni sportive" in un interesse di natura patrimoniale, che, in ogni caso, – ci permettiamo di rilevare – difficilmente potrebbe prevalere sulla libertà di autodeterminazione dell'individuo[70].

La conclusione è, a nostro parere, che uno Stato laico e secolarizzato non può intervenire penalmente in relazione a condotte libere e volontarie di assunzione di sostanze dopanti, nei confronti delle quali, peraltro, si può intervenire, forse anche con maggiore efficacia, con sanzioni disciplinari[71].

D'altra parte uno sguardo, seppure fugace, alle legislazioni di altri paesi europei e soprattutto al dibattito sull'argomento, essendo ancora pochi i paesi che in Europa hanno risposto al fenomeno doping con una disciplina specifica, conferma la validità di tale opinione. La Francia, ad esempio, con la recente legge 99_223/1999, punisce "solo" in via amministrativa i fatti di assunzione di sostanze proibite o di sottoposizione a pratiche idonee a migliorare artificialmente le prestazioni; diversamente si è mosso il legislatore svedese che contempla tra le ipotesi delittuose oltre all'introduzione nel territorio dello Stato, la cessione, la produzione, la messa in commercio, anche il possesso per uso personale ed il consumo, ma come ipotesi attenuate (L. 44/99)[72].

---

[70] La tesi è di S. Bonini, il quale individua l'oggetto di tutela della legge soprattutto «in un fascio composito di interessi patrimoniali legati a fenomeni come le sponsorizzazioni, la quotazione in borsa delle società sportive ma anche, *last but not least*, alla stessa capacità degli atleti di sostentarsi tramite gli ingaggi e l'esercizio professionale dell'attività sportiva» (S. Bonini, *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376*, cit., 298; Id., *Doping e diritto penale*, cit., 156 ss.).

[71] Così anche G. Fornasari, *Il doping come problema penalistico nella prospettiva di diritto comparato*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela*, cit., 369 ss.

[72] Sul vivace dibattito in Germania e per un *excursus* comparatistico delle varie normative in materia di doping, vedi G. Fornasari, *Il doping come problema penalistico*, cit., 337 ss.

Naturalmente, il ragionamento fatto per motivare la illegittimità di una scelta di criminalizzazione delle condotte di assunzione volontaria di sostanze dopanti non comporta automaticamente che si possa giungere ad un giudizio di illegittimità anche in riferimento alla scelta di intervenire con lo strumento penale contro il c.d. "eterodoping" consentito.

Anche qui il problema deve tuttavia porsi nel senso della esatta individuazione degli interessi protetti.

In particolare, se la condotta di somministrazione di sostanze dopanti può ritenersi venga ad assumere rilevanza sul piano penale solo in quanto lesiva o pericolosa per la salute degli atleti, il consenso alla somministrazione, ovvero, addirittura, la diretta assunzione da parte dello sportivo della sostanza materialmente fornitagli dal terzo, non può che ritenersi causa di non punibilità, in quanto libera (se libera è davvero – e questo naturalmente diventa il punto nevralgico della questione –) manifestazione del diritto alla autodeterminazione del singolo in ordine al proprio corpo. Qualsiasi intervento in tal caso sarebbe giustificabile solo in una logica paternalistica, e dunque, secondo la linea qui seguita, inammissibile.

Se, invece, l'intervento penale può giustificarsi in una prospettiva di protezione di interessi diversi e/o ulteriori rispetto alla salute dello stesso atleta, e quindi si può affermare di essere in presenza di una ipotesi di c.d. "paternalismo impuro", la questione, come noto, si complica ed implica una verifica della pertinenza di tali diversi e/o ulteriori interessi e della plausibilità di un giudizio di prevalenza degli stessi rispetto alla libertà di autodeterminazione del singolo.

4.4. *La rilevanza penale dell'omicidio consentito*

Un'altra ipotesi normativa, che negli ultimi anni è al centro di un vivace dibattito interpretativo, anche a livello giurisprudenziale, sviluppatosi sulla scia della sempre maggiore attenzione che viene rivolta alle questioni connesse al fenomeno dell'eutanasia, è l'art. 579 c.p., dedicato, come noto, alla disciplina dell'omicidio del consenziente. Stessa sorte è riservata, nell'ambito del dibattito

d'oltralpe, al par. 216 del codice penale tedesco –omicidio su richiesta- annoverato tra i casi che costituiscono un «limite normativo all'efficacia del consenso dell'avente diritto» e, per questo, oggetto di valutazioni critiche e di tentativi di re-interpretazione da parte dei sostenitori di una visione "neo-liberale" dello Stato e del diritto penale[73].

Nel 1929, Antonio Visco, a commento dell'art. 579 del progetto del nuovo Codice penale, scriveva: «la Società vuole che ciascun individuo resti al suo posto di battaglia fino all'ultimo perché la Vita è Milizia, è dovere verso noi stessi, verso i nostri familiari, verso tutti i nostri simili che ci accompagnano e che ci seguiranno nel faticoso ed impervio cammino e chi lascia il suo posto prima dell'ora fissata è un disertore come un disertore è il soldato che fugge dal campo di battaglia. E se contro la legge morale è il suicidio, a maggior ragione lo è la uccisione del consenziente. Non è solo il diritto alla vita di altri che si viola ma il diritto della Società che a nessuno ha mai conferito tale potere, neppure al medico stesso!»[74].

Parole come queste sembrano oggi inconcepibili, ed inconcepibile sembra oggi poter giustificare la punibilità dell'omicidio del consenziente sulla base di un dovere di vivere per la società oltre che per se stessi.

La concezione personalistica dell'ordinamento, emergente, come abbiamo più sopra cercato di dimostrare, dalla Costituzione italiana, come da quella tedesca e da quella spagnola (per limitarci a quanto approfondito nel presente lavoro), è il punto di partenza per le obiezioni mosse alla disciplina delle fattispecie in esame. Ci si chiede, in particolare, quale sia la *ratio* effettiva, lo scopo di tutela, di una disposizione che incrimina, pur in forma attenuata rispetto all'omicidio comune, il fatto di uccidere un uomo con il suo – valido – consenso o, addirittura (nella fattispecie tedesca), sulla base di una sua richiesta seria ed inequivocabile. Questo, peraltro, in corrispondenza di una non rilevanza penale del suicidio e, addirittura,

---

[73] In particolare, vedi D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 103 ss.

[74] Così A. Visco, *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Milano, 1929, 49-50.

nell'ordinamento tedesco, di una non rilevanza penale della partecipazione al suicidio[75].

La concezione personalistica, che – vale la pena ribadirlo – colloca al centro dell'ordinamento l'uomo come valore in sé, a prescindere da una relazione di mezzo a fine con lo Stato, rende oggi inaccettabile la prospettiva che si appella ad una esigenza di tutela della vita come bene in sé, senza tener conto della volontà del singolo titolare.

Ne deriva, tra l'altro, l'impossibilità di accogliere quale giustificazione della previsione di una sanzione penale per l'omicidio consentito la considerazione secondo la quale la vita, in quanto fondamento dell'esercizio di tutti gli altri diritti, diviene essa stessa fondamento della stabilità e conservazione dello Stato[76]. Se pure, infatti, l'immagine costituzionale dell'uomo è, come abbiamo visto, quella di un individuo sociale, tale egli è, come è stato autorevolmente sostenuto, solo finché è vivo; non è cioè sostenibile in capo all'individuo l'esistenza di un obbligo di vivere per la società e/o per lo Stato[77].

D'altro canto non è corretto nemmeno il ragionamento di chi, pur sforzandosi di individuare la fonte della legittimità dell'incriminazione dell'omicidio su richiesta nella tutela dei diritti degli altri, secondo le indicazioni costituzionali sopra evidenziate, identifica poi tali diritti con il generale e generico interesse della società alla autoconservazione[78]. Da un lato, infatti, si è visto come, in effetti, non sia sufficiente un riferimento al "bene sociale" in quanto tale, ma sia necessario indi-

---

[75] Sulla questione, per quanto concerne la normativa italiana, vedi S. Cagli, *La rilevanza penale dell'eutanasia tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela*, cit., 99 ss.; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 221. Sulla disciplina tedesca, vedi D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 121.

[76] Per la tesi secondo la quale la vita è fondamento indispensabile di tutti gli altri diritti e quindi deve essere tutelata a prescindere dalla volontà del suo titolare, vedi BGHStE 6, 147 e BGHStE 32, 367. Per una critica a tale posizione, cfr. U. Neumann, *Deontologische und teleologische Positionen in der rechtlichen und moralischen Beurteilung von Sterbenhilfe und Suizidteilnahme*, in H. Jung, H. Müller-Dietz, U. Neumann (Hrsg.) *Recht und moral*, cit., 398 ss.

[77] Così Arth. Kaufmann, *Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen*, MedR, 1983, 124.

[78] In questo senso, ad esempio, A. Eser, *Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen*, in Aa.Vv., *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976, 397 ss.

viduare e specificare concreti interessi di singoli o di molti, che siano, peraltro, di rango corrispondente a quello proprio della libertà di autodeterminazione di colui che non desidera più vivere[79]. Dall'altro lato, viene posto in dubbio anche che compito del diritto possa essere quello di assicurare l'autoconservazione della società in quanto tale, e non piuttosto quello di garantire le condizioni di vita nella società dei singoli individui nel rispetto della loro libertà e capacità di raziocinio[80].

Una visione laica e liberale dello Stato, tuttavia, non può accettare, come giustificazione dell'incriminazione in questione, nemmeno la necessità di tutela della vita e/o integrità fisica dello stesso soggetto "passivo"[81]. Si sarebbe, infatti, in presenza di una tutela paternalistica che, come più volte ribadito, sarebbe ammissibile solo se riconducibile al c.d. "paternalismo debole", cioè solo qualora la manifestazione della volontà di morire non potesse essere considerata come un genuino atto di libertà[82].

---

[79] Sul punto vedi, tra gli altri, W. Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, «JZ», 1960, 654; A. Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungrechts*, Frankfurt a.M., 1992, 31 ss.; C. Hillgruber, *Der schutz des Menschen*, cit., 82; Arth. Kaufmann, *Euthanasie*, cit., 124; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 116, il quale ipotizza, per esempio, quali interessi di terzi rilevanti per giustificare il divieto di uccidere in presenza del consenso dell'offeso, i diritti dei figli della vittima.

Tra gli autori italiani, vedi di recente con la consueta lucidità, F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 116 ss. L'autore mette in evidenza in particolare come vi siano dei casi in cui la «valutazione del danno che l'atto contra se cagiona ai consociati», ponga questioni assai delicate; questo avviene soprattutto in quei casi in cui il danno si identifica con una offesa alla collettività considerata impersonalmente. «Infatti, se non correttamente intesa, «l'esigenza di tutela dei terzi consente di elevare a danno sociale qualunque violazione dei doveri di solidarietà. In particolare, vi sono casi problematici in relazione ai quali ci si può chiedere se, così ragionando, non si rischia di riaprire a quelle soluzioni interpretative che conducono alla statualizzazione della persona umana a scapito della libertà di autodeterminazione» (*ibidem*, p. 117).

[80] Così U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 522; ma anche Arth. Kaufmann, *Euthanasie*, cit., 124.

[81] Così F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 183.

[82] Sulla illegittimità di una tutela dell'uomo da se stesso in quanto tale, come scopo del legislatore in sé, vedi BverfGE35 202 e BverfGE 34 228, commentati da C. Hillgruber, *Schutz des Menschen*, cit., 118 ss. In relazione alla inammissibilità di una spiegazione basata solo su di una concezione paternalistica dei rapporti tra Stato e individuo, con particolare riferimento alla fattispecie di cui all'art. 580 c.p. (con esclusivo riguardo alla condotta di partecipazione materiale), F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 122.

Nello stesso senso inaccettabile, in quanto paternalistica, appare la giustificazione, peraltro assai diffusamente valorizzata, basata sulla necessità di tutelare il soggetto passivo rispetto a decisioni avventate o non assennate prese in relazione ad un bene di così alto valore, quale è il bene della vita. La differenza di trattamento (particolarmente accentuata nell'ordinamento tedesco), tra omicidio consentito e partecipazione al suicidio, viene motivata sulla base della argomentazione secondo la quale, mentre nei casi di suicidio la decisione ben ponderata sarebbe garantita da un naturale istinto di autoconservazione e dunque da una naturale inibizione all'atto avventato, questo "filtro", non sarebbe presente nel soggetto terzo, che agisce con il consenso dell'interessato.

In realtà, si è risposto a tale argomento, dal punto di vista di chi consente, la lesione consentita del proprio bene rappresenta una vera e propria autolesione mediata, un suicidio tramite un terzo, così che, nell'ottica liberale, non può legittimarsi una differenza di trattamento tra autolesione ed eterolesione consentita, solo sulla base della necessità di tutela degli interessi dello stesso soggetto che consente.

La valutazione di una *ratio* giustificativa di natura paternalistica della norma rimane comunque sullo sfondo anche quando, come nel caso di Jakobs, si cerca di valorizzare l'aspetto legato al rischio di una carenza di idonea maturazione della decisione di morire, non tanto sotto il profilo di deficit nella libertà di autodeterminazione quanto piuttosto in riferimento ad un «generale interesse alla chiarezza»[83] che sarebbe rinvenibile in capo alla società ed avente ad oggetto la inesistenza di una decisione viziata. Al di là dei dubbi in ordine all'effettivo contenuto di un siffatto interesse, e la sua legittimazione a determinare una restrizione della libertà di autodeterminazione del titolare del bene, ed anche a volerne ammettere l'esistenza, sembrerebbe, peraltro sproporzionata una previsione sanzionatoria quale quella contenuta nel par. 216 rispetto all'importanza

[83] Jakobs abbandona formalmente la visione paternalistica in passato sostenuta lasciando questa prospettiva sullo sfondo in favore della valorizzazione di una prospettiva superindividuale di tutela. Sul punto cfr. G. Jakobs, *Tötung auf verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München, 1998, 21 ss.

dell'interesse in questione e comunque in riferimento ad una fattispecie che non potrebbe che assumere, in questa ottica, la natura di fattispecie di pericolo astratto[84].

Un altro tentativo di giustificazione proposto in riferimento alla opzione di punire l'omicidio consentito è stato basato sulla tutela della dignità umana, bene di massima rilevanza costituzionale e, dunque, prevalente rispetto alla libertà di autodeterminazione; a questo, però, si può opporre la giusta obiezione che la tutela della dignità umana ha la funzione di rafforzare, non di limitare, la libertà di autodeterminazione dell'individuo e che, secondo l'interpretazione sistematica della Costituzione sopra più volte evidenziata, non ci può essere lesione della dignità in presenza di un atto di libertà quale il consenso dovrebbe essere[85].

La più diffusa *ratio* interpretativa, tuttavia, che, probabilmente, appare allo stato anche quella che può oggi fornire una legittimazione più plausibile e coerente con i principi di uno Stato laico e personalista è quella che si ricollega alla necessità di tutelare la sicurezza dei cittadini rispetto agli atti di aggressione volontaria al diritto alla vita; l'esigenza cioè della c.d. "tabuizzazione" dell'aggressione al bene vita da parte di soggetti terzi, in tutte le sue modalità, che si basa sulla convinzione, peraltro probabilmente più intuitiva che scientificamente provata, che la mancata criminalizzazione dell'omicidio consentito porterebbe ad una perdita di attenzione nei confronti del bene vita con la conseguenza di aumentare gli atti aggressivi nei suo confronti[86].

---

[84] Per una analisi e critica della posizione vedi U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 526 ss.

[85] Sul punto vedi C. Hillgruber, *Schutz des Menschen*, cit., 139 ss.; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 20 e 109; sull'interpretazione della tutela costituzionale della dignità umana, in riferimento al dibattito tedesco e spagnolo, vedi *supra*. Sugli aspetti che concernono invece la qualificazione del diritto alla dignità personale come diritto disponibile vedi quanto approfondito *infra*, sez. II, cap. 3, par. 5 e ss.

[86] Pur con alcune diversità tra i singoli punti di vista, sostengono la *ratio* legata alla perdita di valore del tabù legato al bene della vita, K. Engisch, *Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung*, in *Festschrift für Mayer*, Berlin, 1966, 399 ss., F.B. Delonge *Die Interessenabwägung nach §34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtsvertigungsgründen*, München, 1988, 126 ss.; D. Dölling, *Farlässige Tötung*, cit., 86 ss., H.J. Hirsch, *Einwilligung*

Anche a voler prescindere dalle critiche che si basano sulla effettiva esistenza di un pericolo di crisi del tabù omicidio, che sarebbe invece talmente radicato nell'uomo della civiltà occidentale da non poter essere scalfito da una "liberalizzazione" dell'omicidio su richiesta (tanto più che le eccezioni al divieto di uccidere sono e sono state sicuramente presenti a livello ordinamentale senza che un tale effetto si sia in realtà verificato)[87], questa prospettiva, tuttavia, perde di fondamento in riferimento a quelle ipotesi che non si presentano come capaci di incrinare la forza del divieto di uccidere, in virtù delle caratteristiche peculiari che le contraddistinguono.

Si pensi proprio al fenomeno della eutanasia in relazione al quale è, a nostro parere, più che evidente la necessità di una disciplina differenziata rispetto alle attuali previsioni in materia di omicidio, proprio perché caratterizzato da requisiti, oggettivi e soggettivi, che non lo rendono a quelle riconducibili[88]. Ci riferiamo, in particolare, per quanto riguarda il soggetto agente, alla finalità di porre fine alle sofferenze altrui e allo stato di soggezione alla volontà del soggetto passivo e per quanto concerne la situazione oggettiva, alla presenza di una malattia irreversibile o comunque particolarmente grave con-

---

und Selbstbestimmung, cit., 779; K. Roxin, *Über der Einwilligung im Strafrecht*, Coimbra, 1987, 30 ss. Sul punto vedi anche BverfGE 51 324; e BverfGE 74, 257, riportate e commentate da C. Hillgruber, *Schutz des Menschen*, cit., 85; nella dottrina italiana, sul concetto di "tabuizzazione" del divieto di uccidere, vedi F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono di cure mediche*, «RIML», 1984, 1013; B. Magro, *Etica laica*, cit., 1434.

[87] Per questi profili critici, vedi U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, cit., 518 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[88] Sull'esigenza di una disciplina specifica per l'eutanasia, si riscontra oggi un consenso ormai generalizzato. Per una disciplina meno rigorosa rispetto a quella attuale, dell'eutanasia attiva diretta, e, in generale, per le varie alternative di soluzione, si veda S. Cagli, *La rilevanza penale dell'eutanasia*, cit., 143 ss.; F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 120 ss.; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 258 ss.; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, «RIDPP», 1995, 719, il quale, proprio in relazione all'esigenza del mantenimento di una immagine di illiceità della condotta di aggressione alla vita, opta, in riferimento alla eutanasia attiva consensuale, per una rigorosa causa di giustificazione; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto*, cit., 93, il quale, a sua volta, ipotizza l'utilizzazione di una causa di non punibilità in senso stretto per i casi più significativi di eutanasia consensuale «nei quali alla totale perdita di speranza di guarigione si unisca l'imminenza della fine accompagnata da non lenibile sofferenza».

nessa alla inutilità della cura e/o alla sproporzione dei mezzi e dei risultati rispetto allo stato di sofferenza. Tutti questi requisiti, oltre naturalmente alla richiesta del soggetto passivo, dovrebbero risultare inequivocabilmente da una disciplina specifica della materia che, in tal modo, potrebbe, a nostro parere, anche indirizzarsi nel senso della non punibilità della eutanasia consentita per mancanza di tipicità della condotta[89].

---

[89] Ha inserito una disciplina ad *hoc* dell'eutanasia, il Codice penale spagnolo del 1995, con la previsione, nell'ambito della disciplina, modificata, dell'aiuto e istigazione al suicidio di alcuni riferimenti espliciti al fenomeno ed, in particolare, alla eutanasia attiva consensuale diretta.

La norma di riferimento è l'art. 143, il quale dispone quanto segue:

1. Chi induce al suicidio un altro soggetto sarà punito con la pena della prigione da quattro a otto anni.

2. Si applicherà la pena della prigione da due a cinque anni a chi coopera con atti necessari al suicidio di un'altra persona.

3. Sarà punito con la pena della prigione da sei a dieci anni se la cooperazione giunge al punto di eseguire la morte.

4. Colui che determina o coopera attivamente con atti necessari e diretti alla morte di un altro soggetto, su richiesta espressa, seria ed inequivoca di questo, nel caso in cui la vittima soffra di una infermità grave che condurrà necessariamente alla morte, o che produca gravi patimenti permanenti e difficili da sopportare, sarà punito con la pena diminuita di uno o due gradi rispetto a quella prevista nei numeri 2 e 3 del presente articolo.

La norma sostituisce l'art. 409 CP che, molto più laconicamente, stabiliva: «Chi presta aiuto o induce un altro soggetto al suicidio sarà punito con la pena della prigione maggiore, se giunge al punto di cagionare egli stesso la morte sarà punito con la pena della reclusione maggiore».

Riguardo all'intervento modificativo apportato al tema della cooperazione ed induzione al suicidio dal nuovo codice penale spagnolo, va anzitutto notato come la scelta del legislatore sia stata comunque nel senso di mantenere la incriminazione della partecipazione al suicidio altrui, con il che, evidentemente si è inteso porre un limite alla libera disposizione della propria vita riscontrandolo nell'intervento del terzo soggetto. Tuttavia, anche i massimi critici della scelta legislativa, non si astengono dal riconoscere che il legislatore abbia mosso un – seppur parziale – passo in avanti verso il riconoscimento di un diritto alla libera disposizione del bene della vita, ed in questa ottica viene interpretata l'introduzione dell'ultimo capoverso dell'art. 143, in materia appunto di eutanasia. Con l'introduzione del n. 4 dell'art. 143, il legislatore spagnolo ha dato una risposta a tutte quelle voci che tacciavano come ingiusta la equiparazione che la disciplina precedente poneva tra condotte di aiuto al suicidio avvenute in un contesto eutanasico e quelle avvenute invece in assenza di infermità o sofferenza. Per la prima volta si è così riconosciuta una rilevanza legislativa al fatto che la volontà di morire di una persona sia motivata dal desiderio di concludere, quanto prima, malattia e sofferenza.

4.5. *(segue). Il recente tentativo di legittimare l'incriminazione dell'omicidio consentito nell'ottica della tutela individuale senza richiamare giustificazioni di natura paternalistica: la tesi di Murmann*

Di recente si è cercato di proporre una interpretazione dell'art. 216 StGB capace di conciliare una *ratio* improntata alla tutela di un bene individuale, quale dovrebbe essere – secondo una impostazione neoliberale che tenga conto della prospettiva costituzionale, e della immagine dell'individuo che da una tale prospettiva emerge – il bene della vita[90], con il rifiuto di una protezione in senso paternalistico dell'individuo e dunque di protezione dell'individuo da se stesso, fonte di limitazione non giustificata, di per sé, della libertà di autodeterminazione della persona.

La scelta legislativa non è andata nel senso di attribuire una rilevanza assoluta a tali circostanze, così da escludere la responsabilià del partecipe, ma nella direzione più cauta di prevedere una diminuzione di pena rispetto alle corrispondenti condotte previste dai due capoversi precedenti e, quindi, rispetto alle condotte di cooperazione al suicidio necessaria (esecutiva e non) non "eutanasiche".

Deve essere peraltro evidenziato che la disposizione non regola tutte le ipotesi di eutanasia, ma solo una di queste. Una prima selezione consegue, infatti, al fatto che venga considerata elemento essenziale della fattispecie tipica una richiesta espressa, seria ed inequivoca, della vittima, con il che si viene ad escludere dall'ambito di applicazione della norma la eutanasia non consentita. La seconda delimitazione si ancora alla necessità che gli atti eutanasici siano attivi e diretti alla produzione dela morte, con conseguente esclusione della tipicità delle condotte di eutanasia attiva indiretta e di eutanasia passiva, sempreché, naturalmente presentino i requisiti previsti dalla norma. La interpretazione prevalente è nel senso, infatti, che la non menzione di tali ultime modalità di realizzazione della condotta eutanasica nel testo legislativo non significhi la esclusione delle stesse dalla attenuazione della pena, ma, al contrario, sia da interpretarsi nel senso di una non tipicità penale delle stesse (così, M. Alonso Alamo, *La eutanasia hoy: Perspectivas teológicas, bioética costitucional y juridíco-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, «Revista Penal», 2007, 20, 3 ss.; J.M. Valle Muñiz, in *Comentarios al nuevo Codigo penal*, coord. por Quintero Olivares, dir. por Valle Muñiz, cit., 696 ss.; J.R. Toledano Toledano, *Limiti penales a la disponibilidad de la propria vida: el debate in Espana*, Barcelona, 1999, 171 ss.; M.A. Núñez Paz, *Homicidio consentido*, cit., 341 ss.; C. Tomás-Valiente Lanuza, *La cooperacion al suicidio y la eutanasia en el nuevo c.p.*, cit., 15 ss.).

[90] Sulla interpretazione della Costituzione e della prospettiva costituzionale del principio di autodeterminazione della vittima, U. Murmann, *Die Selbstverantvortung des Opfers*, 215 ss.

La tesi prende spunto dalla concezione sopra schematizzata, anche nelle sue obiezioni critiche, che vede la ragione giustificante la punibilità dell'omicidio su richiesta nella necessità di tutela della vittima rispetto al rischio di decisioni in qualche modo deficitarie (*defizitären Entscheidungen*). La formulazione, secondo i suoi contenuti originari, compatibile solo con una configurabilità della disposizione quale fattispecie di pericolo astratto e peraltro difficilmente conciliabile con la stessa lettera della norma la quale richiede quale elemento costitutivo la serietà della richiesta di morte, viene respinta dall'autore, il quale la considera in contrasto con una concezione della persona quale persona capace di decidere di se stessa, secondo i parametri emergenti da una moderna interpretazione della Costituzione[91].

Secondo Murmann, infatti, ritenere il mero rischio (*das blosse Risiko*) di una decisione viziata, *ratio* plausibile di tale incriminazione significherebbe seguire una impostazione ispirata ad un paternalismo forte, ad un atteggiamento che nega il significato stesso della persona per il diritto, con il rischio, inaccettabile, di annullare la efficacia di una decisione presa in modo libero e responsabile[92].

L'unica alternativa per giustificare la fattispecie di cui al par. 216 StGB secondo una prospettiva di tutela individuale, prospettiva che, peraltro sembra emergere in modo inequivocabile sia dalla collocazione sistematica della norma, sia dalla stessa lettera della disposizione[93], è, secondo l'autore, quella di intenderla quale fattispecie a pericolo concreto, operando così una riduzione teleologica dell'ambito di efficacia della disposizione che si fonda sull'accertamento giudiziale di indizi concreti ed inequivocabili dell'esistenza di una carenza di genuinità della decisione sottesa alla richiesta di morte, e questo nonostante la richiesta appaia in ogni caso come "seria" ed "inequivocabile" secondo il dettato della norma stessa[94].

---

[91] *Ibidem*, 495.
[92] *Ibidem*.
[93] *Ibidem*, 514.
[94] Sul punto, *ibidem*, 493 ss.

SEZIONE II

Capitolo primo

DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE E BENE GIURIDICO

1. *La inestricabile relazione tra la collocazione sistematica del consenso ed i modelli di spiegazione del bene giuridico*

Lo studio del consenso dell'avente diritto, per quanto concerne il suo ambito di applicabilità ma anche in particolare l'aspetto della sua collocazione sistematica all'interno della struttura del reato, è, come abbiamo già avuto modo di accennare, strettamente connesso all'approfondimento della tematica del bene giuridico, con riferimento alla concezione che si vuole adottare e seguire[1].

---

[1] È noto come ancora oggi, nonostante gli innumerevoli tentativi di definizione e spiegazione, il bene giuridico rimanga un concetto scarsamente determinato; non riteniamo possa essere questa la sede per dare conto del complesso dibattito concernente la funzione ed il significato stesso del concetto (sul punto vedi di recente V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 11 ss.). Ciò che preme ai nostri fini evidenziare è che viene qui data per acquisita una concezione "liberale" in senso lato del bene giuridico – laddove per liberale si vuole genericamente intendere una concezione che identifica nel bene giuridico un dato sostanziale, che svolga la funzione di oggetto di tutela della norma penale, e dunque, che connoti il reato nei termini di fatto offensivo di una situazione di valore, preesistente alla singola norma incriminatrice (Così F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 42 ss.). La bibliografia sul tema del bene giuridico è naturalmente vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a K. Amelung, *Rechtsguterschutz*, cit.; H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsguterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, cit.; H.J. Hirsch, *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff*, in *Festscrift für Spinellis*, Bd. I, Athen-Komotini, 2001, 426 ss.; M. Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, München, 1972; H. Otto, *Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand*, in H. Müller-Dietz, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, 1 ss.; H.J. Rudolphi, *Die verschiedenen Aspekte*, cit., 151 ss.; W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in Betterman, Nipperday,

Da un primo punto di vista, infatti, è lo stesso ruolo della volontà del singolo o, per meglio dire, della libertà di autodeterminazione dell'individuo, intendendo qui per individuo il soggetto titolare del bene giuridico, che varia sensibilmente a seconda di quale sia il significato che alla locuzione bene giuridico si vuole attribuire.

Ma, come noto, la tematica del bene giuridico in genere è strettamente connessa alla funzione stessa del diritto penale; a questo proposito, cioè, ci si chiede in particolare se questa debba essere intesa prettamente come tutela del singolo individuo o invece come garanzia della esistenza e conservazione della società o dello Stato[2].

Da un primo punto di vista, dunque, lo stesso riconoscimento di una rilevanza alla libertà di disposizione del singolo titolare del bene – e comunque l'ambito e la misura di una tale rilevanza – sono condizionati dalla particolare concezione del bene giuridico che si accoglie ed in specifico da quel profilo della tematica che concerne la relazione di tutela del diritto penale con il bene giuridico individuale ed i rapporti tra i beni individuali e superindividuali.

Ma un secondo punto di vista evidenzia in maniera ancora più penetrante la inestricabile connessione tra la tematica del consenso e quella del bene giuridico.

Scheuner, *Die Grundrechte*, Bd. 3, Berlin, 1959, 909 ss.; P. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtliche Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962; G. Stratenwerth, *Zum Begriff des Rechtsgutes*, in *Festschrift für T. Lenckner*, cit., 377 ss.; nella dottrina italiana, cfr. F. Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit.; M. Donini, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 117 ss.; G. Fiandaca, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, cit., 139 ss.; M. Romano, *Pre-Art. 39*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 2004; F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, «RIDPP», 1973, 3 ss. In relazione alla prospettiva costituzionale del bene giuridico, soprattutto F. Bricola, *Teoria generale*, cit., 7 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974. Per una recente accurata rielaborazione, V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., specialmente 42 ss. e 158 ss.

[2] O addirittura, come tutela del rispetto delle norme e ristabilizzazione della stessa loro vigenza, secondo quanto sostenuto, nell'ambito di una concezione formale e collettivista ad esempio da G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., § 2, Rn. 1 ss.

Ci riferiamo a quell'alternativa, talora determinante, per i riflessi che dimostra di avere sulle scelte relative alla collocazione del consenso nell'ambito della antigiuridicità ovvero della tipicità, tra una concezione, per così dire, oggettiva del bene giuridico individuale ed una concezione personale o soggettiva dello stesso[3].

La prima delle due opzioni, implicando, come vedremo, il riconoscimento di un valore sociale o comunque autonomo al bene giuridico in sé, quale oggetto, svincolato dalla interrelazione con il soggetto titolare e dunque tutelato indipendentemente dall'atteggiarsi della volontà del singolo, è generalmente connessa ad una interpretazione del consenso quale causa di giustificazione, quale istituto cioè basato sulla contrapposizione tra beni od interessi contrapposti (*Kollisionmodell*): la libertà individuale del singolo, da un lato; il bene tutelato di per sé, o comunque l'interesse dell'ordinamento alla tutela del bene in sé, dall'altro[4].

La concezione personale del bene giuridico individuale, invece, ponendo l'accento sulla natura relazionale del bene giuridico, quale oggetto dotato di valore in quanto mezzo necessario alla autorealizzazione dell'individuo che ne ha la titolarità, a seconda che si sviluppi anche nell'ottica di un inserimento della volontà individuale quale elemento costitutivo del bene (*Integrationsmodell*) o la consideri un dato esterno al bene stesso (*Kollisionmodell*), può sfociare in una interpretazione del consenso quale causa di esclusione della tipicità, per il venir meno in presenza di un consenso valido ed efficace di una lesione del bene giuridico tutelato, ovvero mantenersi nell'alveo delle impostazioni che collegano l'efficacia del consenso al piano della antigiuridicità[5].

---

[3] Sulle implicazioni che l'opzione nel senso di una concezione soggettiva del bene giuridico può avere in relazione alla questione della rilevanza costituzionale del diritto di autodeterminazione, vedi *supra*, sez. I, cap. 1, par. 1.2.2.

[4] Sia i contenuti della c.d. concezione oggettiva del bene giuridico, sia i presupposti delle impostazioni che individuano nel consenso dell'avente diritto una causa di giustificazione saranno trattati specificamente nei paragrafi che seguono.

[5] Vedi più in dettaglio, *infra*.

2. *La distinzione tra beni giuridici individuali e beni giuridici superindividuali. Le teorie monistico-sociali*

Affrontando la prima delle due questioni sopra individuate, chiediamoci dunque, dapprima, quale sia il rapporto intercorrente tra funzione del diritto penale e bene giuridico individuale ed in particolare se quest'ultimo possa essere considerato un diretto oggetto di tutela da parte del diritto penale o non invece un mero riflesso indiretto di una funzione di protezione altrove indirizzata.

Sull'argomento, tradizionalmente, si può individuare una contrapposizione tra teorie dualiste e moniste. Le une ordinano i beni giuridici in beni individuali, della persona, e beni superindividuali, della collettività, a cui vengono fatti corrispondere titolari diversi e separati: l'individuo e lo Stato (o la società). Le altre, al contrario, negano una tale distinzione, ritenendola priva di significato sulla base di considerazioni diverse a seconda che venga accentuato l'aspetto sociale, statalista, ovvero l'aspetto personalista dei contenuti[6].

Secondo una concezione che potremmo definire monistico-sociale, infatti, la funzione di tutela dello Stato, e dunque del diritto penale, si rivolgerebbe direttamente ed originariamente all'interesse pubblico alla realizzazione e conservazione della vita della società organizzata in Stato; titolare, cioè, di ogni bene giuridico, sarebbe la collettività. Il singolo non sarebbe mai titolare diretto del bene giuridico, neppure se individuale: egli sarebbe, in tale situazione, solo un amministratore del bene a lui attribuito. La organizzazione della esistenza individuale secondo proprie valutazioni viene vista non come atto di autoderminazione ma come contributo allo sviluppo del bene sociale.

---

[6] W. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, cit., 68 ss.; R. Hefendehl, *Kollektive Rechtsguter im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2003, 48 ss; T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 34 ss.

Tre sono invece i modelli sviluppati da Radbruch, (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1963, 146 ss.) in relazione alle possibili alternative funzioni del diritto penale e delle loro differenti implicazioni; accanto ad un modello improntato all'individualismo, ed uno improntato invece al collettivismo, Radbruch ne aggiunge un terzo "transpersonalistico", legato ai valori della cultura e del lavoro. Sulla ricostruzione di Radbruch, vedi comunque W. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, cit., 68 ss.

La tutela degli interessi individuali del singolo è ammessa ed ammissibile solo in quanto riflesso di una più generale protezione dell'interesse sociale.

Una tale linea di pensiero, naturalmente, è espressione di una visione collettivista dei rapporti Stato-individuo che, soprattutto nelle impostazioni più risalenti, considera quest'ultimo non come personalità autonoma, ma esclusivamente come parte della società[7]. Illuminanti a questo proposito le parole di Honig: «si fonda sullo stesso carattere pubblicistico del diritto penale il fatto che esso esista al servizio esclusivo degli interessi della società rispetto ai quali gli interessi del singolo individuo appaiono come irrisori"[8] ; o di Binding: «il bene giuridico è bene giuridico della società, anche se apparentemente può sembrare individuale. Nell'interesse della società viene tutelato il sentimento dei singoli, le loro vite, i loro patrimoni»[9].

È evidente come una tale linea di pensiero non lasci alcuno spazio alla libera autoderminazione dell'individuo e releghi, di conseguenza, una eventuale efficacia esimente del consenso entro limiti molto angusti; se portata alle estreme conseguenze, può arrivare ad un annullamento del valore del bene individuale in sé, inconcepibile oggi, dinanzi alla visione personalistica dello Stato e dell'ordinamento che abbiamo visto emergere dalla maggior parte delle costituzioni moderne[10].

Per queste ragioni oggi non è più nemmeno ipotizzabile elaborare e sostenere una concezione monistico-sociale di questo tenore. Coloro che, anche in tempi recenti, hanno comunque voluto attri-

---

[7] Vedi in questo senso la tripartizione operata da Art. Rocco (*L'oggetto del reato*, cit., 531 ss.) in oggetto giuridico formale (rappresentato dal diritto dello stato alla obbedienza), sostanziale generico (identificato nel diritto dello stato al mantenimento dell'ordine sociale e la vita in comune), e sostanziale specifico (il singolo bene direttamente offeso dal reato); anche F. Grispigni (*Corso di diritto penale*, Padova, 1932) distingue gli interessi a seconda che lo stato abbia un interesse diretto od indiretto alla loro conservazione. Su posizioni dello stesso tenore, P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972, 90 ss.

[8] R. Honig, *Die Einwilligung des Verletzen*, I, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1919, 115 ss.

[9] K. Binding, *Die Normen*, cit., 358; ma anche F. Ötker, secondo il quale titolare del bene giuridico è il diritto stesso (*Rechtsguterschutz und Strafe*, «ZStW», 1897, 508).

[10] Vedi *supra*, sez. I, cap. 2.

buire, in relazione agli scopi di tutela del diritto penale, una posizione di preminenza all'interesse statale rispetto a quello individuale, si sono dunque attestati su posizioni dualistiche, se anche orientate ad un certo statalismo, che riconoscono l'esistenza autonoma di beni giuridici individuali, pur attribuendo loro una spiccata rilevanza sociale[11].

3. *…e le teorie monistico-personalistiche. In particolare la concezione personale del bene giuridico di Winfried Hassemer*

Contrariamente a quanto sopra evidenziato, la concezione monistico-personale valorizza in massima misura il dato individuale, la libertà ed autonomia del singolo individuo, quali immediati e privilegiati oggetti verso la cui protezione si dirige inevitabilmente l'intervento penale. Lo stesso interesse della collettività è legittimamente tutelabile solo se una tale protezione è necessariamente funzionale all'interesse del singolo individuo; l'uomo singolo con i suoi interessi e le sue necessità è al centro dell'ordinamento giuridico e rappresenta la ragione e lo scopo di ogni tutela. Il bene giuridico, quale oggetto di tutela del diritto penale, è inteso, in senso dinamico, quale relazione di valore tra un elemento materiale (oggetto del bene) e il suo titolare, ed un accento particolare viene posto sulla funzione del bene quale strumento di autorealizzazione dell'individuo e della sua personalità.

Uno dei più autorevoli propugnatori di una concezione "personale" del bene giuridico è, come noto, Winfried Hassemer[12].

---

[11] In questo senso H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch*, cit., 257 ss.; ma anche singolarmente Id., *Lehrbuch des Strafrecht AT*, Berlin, 1988, 232; T. Weigend, *Über die Begrudung des Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, «ZStW», 1986, 44 ss. Sulle concezioni dualiste vedi *infra*. Per una ricostruzione accurata delle concezioni monistico-sociali vedi anche R. Hefendehl, *Kollektive Rechtsguter*, cit., 67 ss.

[12] La concezione del bene giuridico sostenuta da Hassemer è oggi generalmente inserita tra quelle che si caratterizzano per un approccio per così dire sociologico, in alternativa a quelle concezioni che si inseriscono in una prospettiva giuridico-costituzionale. Per una ricostruzione e critica delle concezioni in chiave sociologica e costituzionale, vedi G. Fiandaca, *Il "bene giuridico"*, cit., 140 ss.

Il motivo informatore della complessa e completa concezione del bene giuridico di Hassemer può essere individuato nella convinzione che il diritto penale ha come scopo precipuo la tutela della persona e che i beni giuridici rilevanti in riferimento al diritto penale sono i beni giuridici individuali. Certo, lo scopo di protezione della persona non impedisce, anzi, al contrario, esige che si possano proteggere tramite l'intervento penale anche beni superindividuali, ma questo può e deve avvenire solo se questi hanno una importanza fondamentale per l'individuo[13].

La protezione dei beni giuridici superindividuali per mezzo del diritto penale, dunque, anche nella forma delle fattispecie di pericolo astratto, dovrebbe, in questa ottica, necessariamente assumere una connotazione di eccezionalità[14].

Una norma che avesse come oggetto di tutela un bene giuridico collettivo sarebbe di conseguenza legittima solo nella misura in cui il comportamento criminalizzato fosse direttamente idoneo a ledere – o perlomeno a mettere in pericolo – un bene giuridico individuale[15].

Specificamente sulla concezione personale del bene giuridico individuale, vedi W. Hassemer, F. Munõz Conde, *Introducción a la Criminologia*, Valencia, 2001 e, soprattutto, W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Jenseits des Funktionalismus: Festschrift für Arthur Kauffman*, Heidelberg, 1989, 85 ss. (ora anche in *Strafen im Rechtsstaat*, Baden Baden, 2000, 160).

[13] W. Hassemer, *Grundlinien*, cit.

[14] Così anche U. Kindhäuser, *Zur legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, in *Beusteine der europaischen Wirtstrafrecht, Symposium für Klaus Tiedemann*, Madrid, 1994, 125 ss.

[15] Per una accurata ricostruzione della concezione personale del bene giuridico, vedi recentemente R. Hefendel, *Kollektive rechtsguter*, cit., 61 ss. L'autore rileva come nella direzione di una concezione monistico personale del bene giuridico si è mosso l'*alternativ Entwurf für Strafrecht*, inserendo, per esempio, i delitti contro l'ambiente tra le fattispecie che mettono in pericolo le persone (p. 63). Per una sintesi dei contenuti fondamentali e delle critiche, più o meno corrette, che sono state rivolte alla concezione personale del bene giuridico, vedi anche V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., 21 ss.; M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Torino, 2003, 199 ss. Sposa la concezione personale, in relazione ai reati ambientali, O. Hohmann, *Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Unweltsstrafrecht*, «GA», 1992, 76 ss.; Id., *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt am Main, 1991, 189 ss. Per una esauriente ricostruzione dell'evoluzione della concezione del bene giuridico, vedi anche H. Hormazabal Malarée, *Bien juridico y estado social y democratico de derecho*, Barcelona, 1991, 116 ss.

Certo, ritenere oggi che il diritto penale possa tutelare solo beni individuali "classici" sarebbe del tutto anacronistico. Questo è riconosciuto espressamente anche dallo stesso autore che progressivamente ha attenuato gli accenti più estremi della sua posizione rispetto alla connotazione originaria, fino ad ammettere una tutela diretta di beni giuridici sovraindividuali anche qualora siano privi di una funzione specifica in relazione ad interessi dei singoli individui, ma tuttavia nell'ambito di una gerarchia di valori nella quale, comunque, si riconosce prevalenza ai beni individuali rispetto a quelli collettivi[16].

---

[16] W. Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994, 21 ss. Accoglie la concezione personale del bene giuridico di Hassemer, pur con alcune correzioni, in Spagna, J. Cuello Contreras, *El derecho penal español. Parte General*, Madrid, 2002, 79 ss. L'Autore afferma che non ha alcun senso separare il concetto di bene individuale dal concetto di bene superindividuale: il delitto di maltrattamenti in famiglia, ad esempio, protegge infatti l'intimità tanto necessaria all'uomo del XXI secolo, in modo che non si commettano aggressioni su vittime individuali; per questo non basta riferirsi solo al bene giuridico individuale per intendere in modo corretto questo delitto (p. 81).

Sulla base del presupposto secondo il quale scopo e legittimazione del diritto penale sarebbero da riscontrare nella tutela dell'individuo e non del sistema sociale in quanto tale, anche Mir Puig sembra accogliere una concezione personalistica ma nella quale viene accentuato l'aspetto della partecipazione sociale dell'individuo. In particolare, secondo l'Autore, la *ratio* del diritto penale come protezione esclusiva del bene giuridico, implica che oggetto di protezione della legge penale sia la concreta possibilità che un individuo partecipi ad una relazione sociale e questa concezione ha come necessario presupposto il fatto «che lo Stato democratico sia al servizio dei cittadini» (S. Mir Puig, *Derecho penal, Parte General*, cit., 136 ss.). La stessa centralità dell'elemento partecipativo, pur in una visione antropocentrica del diritto penale, in R.P. Callies, *Theorie des Strafe im democratischen und soziales Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974.

Accolgono una concezione monistico-personale del bene giuridico sulla scia della concezione di Hassemer, anche F. Munõz Conde, M. García Arán, *Derecho penal, Parte General*, cit., 61. Anche D. Sternberg-Lieben ritiene che la concezione personale del bene giuridico sia uno strumento idoneo ad una funzione sia di natura politico-criminale che di interpretazione e applicazione della legge esistente, se rapportata all'immagine di uomo emergente dalla Costituzione, quale individualità sociale e dunque connessa ad un accoglimento della protezione anche di beni superindividuali nei limiti in cui questi possano servire alla realizzazione della personalità dell'individuo secondo quanto desumibile anche dallo stesso par. 2 GG (*Die objektiven Schranken*, cit., 508).

Nella maggior parte delle concezioni improntate ad una prospettiva monistico-personale, così in particolare anche in quella teorizzata da Hassemer, il bene giuridico (individuale) rimane tuttavia svincolato dalla libertà di disposizione del singolo titolare.

Pur essendo accentuato il profilo relazionale del bene rispetto al titolare stesso, ciò nonostante il bene tutelato è solo substrato materiale, mentre rimane esterna, non entra cioè a far parte del bene stesso, la libertà del singolo che può rilevare solo in riferimento al concreto oggetto materiale dell'azione.

Si postula, in questa ottica, una netta distinzione tra bene giuridico, quale oggetto considerato da un punto di vista astratto, e concreto oggetto materiale dell'azione, in relazione al quale, solo, si può porre una questione di rilevanza della libertà di disposizione dell'individuo.

L'offesa all'oggetto materiale dell'azione, avvenuta in presenza del consenso del titolare del bene, lascia dunque intatta la necessità di tutela astratta del bene, cosicché la protezione non può venir meno del tutto, ma solo, eventualmente, essere giustificata.

Come è stato correttamente rilevato, infatti, anche le concezioni personali del bene sfociano spesso in un "*Kollisionmodell*", in relazione al quale la libertà individuale e il bene, quale entità astratta e "*selbstständig*", possono entrare in conflitto e divenire così i due poli opposti di un bilanciamento[17].

La centralità che, secondo le concezioni personali, viene ad assumere, nei beni individuali, l'aspetto relazionale con il titolare del bene e comunque il rapporto mezzo/fine che qualifica il bene rispetto alla autorealizzazione dell'individuo; la centralità che, dunque, nell'ambito di queste impostazioni, assume l'individuo, non sfociano in una soggettivizzazione del bene giuridico, che avverrà, solo per taluno, con l'inserimento della volontà individuale quale indefettibile componente del bene stesso e che, come vedremo, sposterà il piano di rilevanza del consenso da quello della giustificazione a quello della atipicità (modello di integrazione).

---

[17] Sul punto T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 113.

4. *(segue). Le teorie dualistiche*

Le teorie dualistiche, come anticipato, sostengono la separazione, più o meno netta, tra beni giuridici individuali, il cui titolare sarebbe l'individuo singolo, e beni giuridici sovraindividuali, il cui titolare sarebbe lo Stato.

Nascono e si diffondono, assurgendo oggi ad opinione dominante, da un lato, per ovviare alle difficoltà e lacune proprie delle concezioni monistiche; dall'altro in relazione ad una mutata concezione dello stato e dei rapporti stato-individuo-società[18].

Sotto il primo punto di vista si pone in evidenza come il maggior fallimento della concezione monistico-personale del bene giuridico consisterebbe proprio nel non aver saputo motivare ed argomentare uno dei punti chiave dei suoi propri contenuti: il nesso di derivazione dell'interesse collettivo dall'interesse individuale[19].

Sotto il secondo punto di vista non si può che ribadire quanto già rilevato in ordine all'impronta personalista che connota i modelli costituzionali odierni e che porta, da un lato ad escludere che l'individuo esista in funzione dello stato o della società, ma anche, dall'altro, che egli possa essere individuo isolato e che possa proteggere e realizzare i propri interessi e beni al di fuori della comunità e cioè delle istituzioni sociali e statali[20].

La sempre maggiore complessità delle relazioni umane, la formazione delle istituzioni statali e sociali sono fenomeni che hanno determinato anche una maggiore complessità per quanto concerne l'aspetto della titolarità del bene giuridico[21]. Il processo di "istituzionalizzazione" delle realtà sociali ha comportato la creazione di un interesse generale che non si identifica più con la somma dei va-

---

[18] Le concezioni dualistiche rappresentano oggi le concezioni dominanti; cfr. K. Amelung, *Rechtsguterschutz*, cit., 388 ss.; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 230 ss.; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, cit., §19, Rn 10; K. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969, 120 ss.; T. Weigend, *Über die begrundung*, cit., 44 ss.

[19] R. Hefendehl, *Kollektive Rechtsguter*, cit., 73.

[20] R. Hefendehl, *Kollektive Rechtsguter*, cit., 77; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit., 383 ss.

[21] Per queste considerazioni, vedi W. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, cit., 71.

ri interessi dei singoli; l'individuo, dunque, non ha più la possibilità di decidere sulla tutela di quell'interesse, perché questo si è svincolato dal soggetto singolo ed è passato nell'ambito decisionale di una "collettività" sovraindividuale. D'altro canto, non si può negare che lo Stato tuteli i beni giuridici di sua pertinenza anche nell'interesse dei suoi cittadini e che la società si legittimi anche in quanto rappresentante dei diritti individuali[22].

Queste ragioni, oltre allo stato della disciplina normativa odierna che in parte le rispecchia, consentono, a nostro parere, di considerare le concezioni dualistiche come le più attuali[23].

Anche in riferimento a queste ultime, tuttavia non si può parlare di un'unica forma di manifestazione, ma di diverse sfumature a seconda della minore o maggiore accentuazione dell'aspetto sociale o dell'aspetto personalistico.

Un autorevole sostenitore della concezione dualistica, che, tuttavia, accentua gli aspetti sociali, pubblicistici, del diritto penale, è senz'altro Hans-Heinrich Jescheck il quale, ad apertura del suo manuale, pone la seguente affermazione: «Il compito (die *Aufgabe*) del diritto penale è la tutela della convivenza (*Zusammenlebens)* degli uomini nella società»[24], e indica come beni giuridici «gli interessi vitali (*Lebensinteressen*) della società ai quali il diritto penale garantisce la propria tutela»[25]. Il riconoscimento della rilevanza, seppure non così immediata, degli interessi individuali all'interno della complessiva funzione di protezione del diritto penale traspare, tuttavia, da un successivo riferimento secondo il quale «è bene giuridico un valore astratto dell'ordine sociale tutelato dal diritto alla cui conservazione la società ha interesse e che è riferibile, quanto a titolarità, al singolo o alla società»[26] ed è espressamente ammesso poi succes-

---

[22] W. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, cit., 70 ss.

[23] In questo senso vedi R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, cit., §19, Rn 10.

Anche un autore che come Marx ha sviluppato una concezione del bene giuridico e dello stato radicalmente individualistica, ciò nonostante deve giungere alla conclusione che alcuni beni giuridici sono sottratti alla disponibilità del singolo e rispetto a questi può essere considerato solo un "comproprietario" (*Miteigentumer*) Così K. Marx, *Zur Definition*, cit., 82.

[24] H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 1.

[25] *Ibidem*, 231.

[26] *Ibidem*, 232.

sivamente quando l'autore afferma che esistono beni giuridici individuali, cioè di pertinenza del singolo e beni giuridici universali, di pertinenza della società[27].

Favorevole ad una concezione dualista, che dal punto di vista teorico e sistematico tenga ben distinti i beni individuali ed i beni collettivi, è anche Weigend, il quale critica le concezioni monistiche in genere ed in particolare critica la pretesa identità di interessi individuali ed interesse sociale che ne costituisce il motivo fondante. Questa identità sarebbe a suo parere solo apparente e nasconderebbe contrasti esistenti nella realtà che diventano fondamentali in relazione alla tematica del consenso, quando si tratta di accertare se e chi sia eventualmente autorizzato a consentire validamente, in quanto titolare del bene.

Diventa dunque una questione con risvolti pratici determinanti stabilire se «il primario punto di riferimento di diritti o interessi sia la società o il singolo» e se lo scopo del diritto penale primariamente sia la tutela del singolo o della collettività[28].

Weigend risponde a questo interrogativo, – dimostrando così di accogliere una concezione dualistica che, tuttavia, si connota di elementi spiccatamente sociali – con le parole di Mittermaier «lo Stato non punisce perché un diritto privato viene leso… ma perché una condotta ha avuto un influsso negativo sul bene della intera comunità di cittadini»[29]. Da questa affermazione deriva la conseguenza che, se il diritto penale ha una funzione sociale ed è al servizio di interessi sociali, anche gli stessi beni giuridici non possono che consistere, prevalentemente, in interessi della collettività sociale[30]; deriva altresì la incongruenza di quelle opinioni che, diversamente, attribuiscono tutti od alcuni beni giuridici originariamente ed esclusivamente alla titolarità dell'individuo, opinioni che sarebbero smentite anche dalla disciplina legislativa che vieta la piena disponibilità di beni al-

---

[27] *Ibidem*, 233.

[28] Così T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 53.

[29] La citazione è ripresa da W. Mittermaier, *Über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland*, Heidelberg, 1825, 117; vedi T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 54.

[30] T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 54; in senso analogo anche K. Amelung, *Rechtsguterschutz*, cit., 389; K. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, cit., 115.

tamente personali, quali la vita e la integrità fisica al soggetto che si assumerebbe esserne l'unico ed originario titolare[31].

Se, come abbiamo avuto modo di precisare nei paragrafi precedenti, le concezioni monistico-personali del bene giuridico non sfociano necessariamente in una concezione soggettiva dello stesso (cioè in un modello di integrazione), si può invece rilevare che talora, in apparenza paradossalmente, sostenitori della concezione dualistico-sociale arrivano, poi, ad accogliere una interpretazione soggettiva del bene. Si pensi, in questo senso, ad esempio a Weigend, il quale, valorizzando la libertà di disposizione del singolo soggetto come aspetto costitutivo del bene individuale, giunge ad affermare che non sono tanto le singole lesioni del substrato materiale del bene a creare uno squilibrio ed incidere negativamente sulla convivenza sociale, quanto piuttosto l'offesa rivolta alla libertà di disposizione dell'individuo sul bene a lui attribuito[32].

5. *Concezione oggettiva e concezione soggettiva del bene giuridico*

Abbiamo visto come sicuramente possa avere riflessi sulla tematica del consenso o quanto meno del diritto di autodeterminazione la scelta in ordine ad una concezione monistico-personale del bene giuridico ovvero monistico-sociale ovvero anche, nell'ambito delle concezioni dualistiche, l'accentuazione dell'aspetto statalista rispetto a quello personalistico.

A questo punto si tratta di andare oltre e di analizzare quali siano i risvolti connessi all'accoglimento di una concezione oggettiva piuttosto che soggettiva del bene giuridico, ribadendo che, salvo rare eccezioni, può ricostruirsi come regola l'abbinamento concezione oggettiva/consenso quale causa di giustificazione; concezione soggettiva/ consenso quale causa di esclusione del fatto tipico[33].

---

[31] T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 56.

[32] *Ibidem*, 59 ss. Sulla concezione soggettiva del bene giuridico, vedi *infra*.

[33] In effetti, pur essendo tale corrispondenza la regola, non mancano voci discordi sulla necessaria congruenza dei termini trattati. Vedi, ad esempio, D. Sternberg-Lieben (*Die objektive Schranken*, cit., 57 ss.), il quale accoglie una visione soggettiva del bene giuridico individuale, improntata peraltro al modello della inte-

Secondo la concezione del bene giuridico a tutt'oggi dominante, che potremo definire oggettiva, anche i beni individuali sono dotati di un valore proprio o di un valore sociale, indipendentemente dalla relazione con l'individuo, che li caratterizza come meritevoli di tutela anche contro la volontà del soggetto che ne ha la titolarità[34].

I suoi sostenitori avvicinano – fino quasi a fondere (o secondo i critici a confondere) – il bene giuridico con l'oggetto materiale del bene giuridico (o oggetto del fatto) cosicchè nell'ambito di fattispecie in cui è presente un substrato materiale (lesioni o danneggiamen-

---

grazione, ma ciò nonostante non si schiera a favore dell'una o dell'altra soluzione interpretativa concernente la collocazione sistematica del consenso, ritenendo totalmente ininfluente una tale distinzione data, a suo parere, la identità di funzione delle categorie della tipicità e della antigiuridicità. In realtà anche T. Ronnau giunge alla costruzione di un modello di bene giuridico, da lui definito *Basismodell*, distinto sia dal *Kollisionmodell*, sia dall'*Integrationmodell*, secondo il quale il bene giuridico è il fondamento per lo sviluppo della personalità del singolo titolare, e dunque la presenza di un consenso all'offesa non può che escludere il fatto tipico, senza ritenere con ciò necessario l'ulteriore passaggio dell'inserimento della volontà nel bene giuridico (*Willensmängel*, cit., 3 e 82 ss.).

[34] Si ritiene (vedi a questo proposito la ricostruzione di T. Ronnau, *Willesmängel*, cit., 35 ss.) che i sostenitori di siffatta concezione abbiano ripreso gli argomenti centrali che caratterizzavano il pensiero – sul tema – di K. Binding (*Normen*, I, cit., 340) e di H.H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, «ZStW», 1939, 491 ss.) e in particolare l'aspetto dell'accentuazione del valore sociale del bene.

Tra coloro che accolgono una concezione oggettiva del bene giuridico, vedi J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht AT*, Bielefeld, 1995, §17 Rn 25; K. Geppert, *Rechtfertigende Einwilligung*, cit., 947 ss.; H.J. Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, cit., 785; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 337; K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erlauterung*, München, 1999; T. Lenckner, *Der Grundsatz der Guterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung*, «GA», 1985, 295 ss.; K. Kühl, *Strafrecht AT*, München, 2002, §9, Rn 22.

In Italia, evidente una tale impostazione in F. Carnelutti, *Problema giuridico della trasfusione di sangue*, «FI», 1938, IV, 89 ss., secondo il quale sia la vita che l'integrità fisica sono interessi tutelati dall'ordinamento per il loro valore obiettivo, a prescindere dalla volontà dei loro titolari; nello stesso senso P. Nuvolone, *I limiti taciti*, cit., 90, il quale a proposito del criterio del bilanciamento degli interessi, scrive che «il diritto tutela l'interesse in sé e per sé e non l'interesse in quanto fa capo ad un soggetto particolare». Ma anche, più recentemente, M. Romano (*Commentario sistematico*, cit.) che, da un lato accoglie, pur se con qualche perplessità, la definizione di bene giuridico quale «unità funzionale di valori» proposta da Rudolphi (*Pre-Art. 39* Rn 5) poi, però, afferma che «l'integrità personale, la libertà, la proprietà, l'onore, sono in una certa misura beni oggettivi che la Costituzione riconosce e garantisce come costitutivi della libertà e dignità dell'uomo (anche) indipendentemente dalla volontà del loro titolare» (*art. 50*, Rn 5).

to) la lesione del bene cade insieme alla lesione dell'oggetto materiale concreto (corpo o cosa altrui)[35].

Nell'ambito del dibattito di lingua tedesca, l'argomento su cui si basa generalmente questa concezione viene desunto dalla lettera del § 34 StGB, che disciplina lo stato di necessità giustificante; la disposizione prevede quanto segue «non è antigiuridico il fatto commesso in una situazione di pericolo attuale e non altrimenti evitabile per la vita, l'integrità fisica, la libertà, l'onore e qualunque altro bene giuridico, a condizione che, in esito ad un bilanciamento tra gli interessi contrapposti, in particolare con riguardo ai beni giuridici coinvolti e al grado di pericolo sugli stessi incombente, l'interesse tutelato prevalga in modo essenziale su quello sacrificato. Questo vale però solo nella misura in cui il fatto sia ritenuto un mezzo adeguato ad evitare il pericolo».

Dal tenore della disposizione si desumerebbe, senza alcun dubbio, che il diritto penale non tutela la libertà di disposizione del singolo sul bene, ma l'oggetto del bene in sé, il bene vita, o integrità fisica, come oggetti dotati di un valore sociale autonomo.

In particolare, proprio dall'utilizzazione del termine "bene giuridico", si trarrebbe conferma della validità di siffatta interpretazione, con specifico riferimento al fatto che nei delitti con un substrato materiale, quale ad esempio il corpo o la cosa, il bene giuridico, (fisicamente, non concettualmente) andrebbe ad identificarsi con l'oggetto materiale del fatto[36].

Così, l'esempio classico che si adduce a conferma della concezione oggettiva del bene è l'amputazione dell'arto, comunque lesione dell'integrità fisica anche in presenza di una volontà adesiva del

---

[35] Per siffatta critica, vedi K. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, in S. Moccia (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 126; T. Ronnau, *Willensmängel*, cit. 30 ss.

[36] Vedi in particolare H.J. Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, cit., 775.

Mette ben in evidenza la impronta determinante che Welzel e Gallas membri della commissione di riforma del codice penale tedesco negli anni Cinquanta dettero certamente alla redazione del § 34 StGB, e la conseguente connotazione della essenza dello stato di necessità come conflitto tra valori confliggenti, nel senso di «disvalore scaturente dalla commissione di un fatto tipico e valore positivo emergente da una azione finalizzata alla salvaguardia di un bene in pericolo», F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2002, 390.

soggetto. Diversamente opinando, si avrebbe una eccessiva soggettivizzazione del bene giuridico e dunque una interpretazione eccessivamente personalistica delle norme penali[37].

Intorno agli anni Settanta, soprattutto in seno al vivace dibattito tedesco sul bene giuridico e alla intervenuta rivalutazione della funzione critica e politico criminale dello stesso, in prospettiva di riforma della parte speciale del codice penale, si fa strada una tesi interpretativa che nega valore al bene giuridico in quanto tale, svincolato dalla relazione di appartenenza al suo titolare, ed accentua invece l'aspetto relazionale e dinamico del bene stesso, inteso come strumento di realizzazione della personalità dell'individuo[38].

Il punto di partenza è lo stesso che abbiamo evidenziato illustrando la c.d. concezione personale del bene giuridico (individuale), si innesti essa su di una visione monistica che individua solo nei beni giuridici individuali gli oggetti diretti della tutela penale, ovvero su di una visione dualistica-personalistica: il punto centrale è comunque la interpretazione del bene giuridico individuale quale mezzo per la autorealizzazione dell'individuo che ne è titolare; la negazione, cioè, di una rilevanza in sé del bene in quanto dotato di un valore proprio o di un valore sociale a prescindere dalla relazione con l'individuo[39].

Non necessariamente però la adozione di una c.d. concezione personale, così intesa, sfocia in un modello di integrazione del bene giuridico, e dunque in un modello di spiegazione che inserisce nella struttura del bene, quale elemento costitutivo, la stessa libertà di disposizione dell'individuo. Spesso, infatti, come abbiamo visto, la

---

[37] Per questo ed altri esempi, vedi H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 342.

[38] Sulla natura relazionale del bene giuridico, cfr.; K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, cit.; G. Artz, *Willengsmängel bei der Einwilligung*, Frankfurt am Main, 1970; D. Kientzy, *Der Mängel am Straftatbestand*, cit.; M. Marx, *Zur Definition*, cit.; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin-New York, 1996; T. Ronnau, *Willengsmängel*, cit.; K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit.; H.J. Rudolphi, *Die verschiedene Aspekte*, cit.; E. Schmidhäuser, *Strafrecht. AT*, cit.; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit.; G. Stratenwerth, *Zum Begriff des "Rechtsgutes"*, cit.; T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit.; H. Zipf, *Einwilligung*, cit. In generale sulla concezione soggettiva del bene giuridico vedi anche quanto precisato *supra*, sez. I, cap. I, par. 1.2.2.

[39] Vedi *supra*.

concezione personale del bene giuridico si accompagna al mantenimento di una separazione tra libertà di disposizione del singolo e bene, inteso quale dato di natura oggettiva. I due interessi (o beni), quindi, possono entrare in conflitto (*Kollisionsmodell*), spostando la collocazione sistematica del consenso dell'avente diritto sul piano della giustificazione di una offesa tipica[40].

Il passo ulteriore, di rottura, per così dire, consiste nell'accentuare l'impronta personalistica della tutela penale, che si rivolge non più ad un oggetto materiale che acquista la dignità di bene giuridico in quanto relazionato al singolo individuo, ma si rivolge all'individuo stesso, alla sua libertà di disporre del bene nel modo che ritiene più opportuno[41].

L'aggressione cagionata da un soggetto terzo con l'adesione del soggetto offeso rappresenta, secondo tale prospettiva, una manifestazione della libertà di azione del titolare (consenziente), né più né meno di quanto non lo sia una condotta di autolesione vera e propria.

Anzi, una delle argomentazioni su cui si basano i sostenitori di questa concezione si fonda proprio sulla incompatibilità della visione oggettiva con la diversità di trattamento generalmente riservata dall'ordinamento alle condotte di autolesione rispetto a quelle di eterolesione consentita. Se, da un lato, infatti, assistiamo ad un atteggiamento di non intervento del legislatore penale nei confronti dei fatti di autolesione, considerati dunque per lo più leciti, dall'altro, invece si deve constatare un atteggiamento improntato all'intervento e dunque alla criminalizzazione delle eterolesioni consentite.

Su questa linea, si afferma, qualora l'ordinamento considerasse anche beni strettamente individuali, quali la vita o la integrità fisica, beni dotati di un valore proprio meritevole di tutela in quanto tale,

---

[40] Così W. Hassemer, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, in A. Eser, G.P. Fletcher (Hrsg), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, bd. I, Freiburg i. Br., 1987, 203; H. Otto, *Einverständnis, Einwilligung*, cit., 603 ss.; W. Kargl, *Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, «JZ», 1999, 72 ss.

[41] D. Kientzy, *Der Mängel am Straftatbestand*, cit., 73 ss.; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. AT*, cit.; K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit.; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, cit.; T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 60 ss.

a prescindere dalla volontà del soggetto titolare, come ritengono i sostenitori della concezione oggettiva del bene, anche le autolesioni dovrebbero essere trattate quali condotte offensive di un bene e quindi essere considerate penalmente rilevanti. Nessun significato, in una tale ottica, dovrebbe assumere il soggetto portatore dell'offesa, ed in particolare la assenza o la presenza di un rapporto interpersonale (che diviene invece fondamentale nell'ottica di una concezione soggettiva)[42].

Una siffatta concezione – soggettiva – del bene giuridico è presumibilmente stimolata dall'intuizione di Rudolphi, che nella sua Recensione ad Artz, *Willennsmangel bei der Einwilligung*, scrive: «non solo si deve affermare che bene giuridico e potere di disposizione sul bene rappresentano un dato unitario, ma anche che oggetto della disposizione e potere di disposizione sul bene sono essi stessi, nella loro stretta interdipendenza, il bene giuridico della fattispecie»[43].

Il bene giuridico (individuale) diviene così una entità composta da due elementi, uno di natura materiale, uno di natura spirituale; le aggressioni contro i beni personali quindi si rivolgono sia contro la libertà individuale, sia contro il substrato materiale, sul quale la libertà individuale si esprime.

Anche i delitti contro la integrità fisica, o contro il patrimonio possono, in questa ottica, essere considerati offensivi – seppure indirettamente – della libertà individuale, quale bene tutelato nella sua complessità di forme dalle disposizioni che incriminano la violenza privata (§ 240 del codice penale tedesco).

Precursore di questo modello di spiegazione – che è stato definito "modello dell'integrazione" (*Integrationsmodell*), in contrapposizione con un modello definito invece della collisione-bilanciamento (*Kollisionsmodell*)[44] – viene generalmente considerato Straten-

---

[42] In questo senso anche G. Artz, *Willensmängel*, cit., 45; G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., §14 Rn 3; W. Kargl, *Sachbeschädigung und Strafgesetzlichkeit*, «JZ», 1997, 283; R. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzen*, Heidelberg, 1993, 25.

[43] H.J. Rudolphi, *Recensione ad Artz, «Willennsmängel bei der Einwilligung»*, «ZStW», 1974, 87.

[44] L'uso di questa terminologia è ripreso da T. Ronnau *Willensmängel*, cit., 14 ss.

werth, il quale, in un'opera del 1956, sviluppa la sua concezione del bene giuridico e dell'illecito penale nell'impronta del principio della autonomia dell'individuo[45].

Secondo la sua ricostruzione, l'essenza dell'illecito è la manifestazione di un disprezzo nei confronti dell'individuo come autonoma personalità; la lesione di un interesse individuale altrui, dunque, può considerarsi illecito solo se il soggetto offeso attraverso l'aggressione risulta disprezzato come autonoma personalità. Se l'aggressione è realizzata in presenza del consenso del titolare del bene, esiste solo una lesione dell'oggetto dell'azione. Secondo questa concezione, quindi, il bene giuridico è unità di una parte materiale ed una spirituale, integrata, quest'ultima, dalla volontà del titolare del bene stesso.

Nonostante Stratenwerth accolga una concezione del bene giuridico improntata al modello c.d. dell'integrazione, egli, tuttavia, attribuisce al consenso "solo" il valore di causa di giustificazione, seguendo, dunque una tesi per così dire intermedia, che sarà poi superata da impostazioni più radicali che, come vedremo, arriveranno infatti a negare, in presenza del consenso, la stessa tipicità del fatto[46].

Seppure le varie impostazioni improntate al c.d modello. di integrazione del bene giuridico siano, come naturale, connotate da sfumature diverse che le differenziano sotto molteplici profili – talora peraltro solo di natura formale-terminologica, talaltra di natura più contenutistica – ciononostante tutte, indistintamente, condividono un punto centrale: la compresenza di un aspetto materiale e di uno "spirituale" all'interno del bene giuridico individuale. Questo è, dunque, da un punto di vista sistematico-funzionale, una realtà unica, una "unità", ma sia logicamente che ontologicamente esistono due componenti diverse.

---

[45] G. Stratenwerth, *Prinzipien der Rechtfertigung*, «ZStW», 1956, 41 ss.; ma anche, recentemente, *Zum Begriff des Rechtsgutes*, cit., 377 ss.

[46] D. Kientzy, *Der Mängel am Straftatbestand*, cit., 65 ss.; E. Schmidhäuser, *Handeln mit Einwilligung des Betroffenenstrafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung*, in *Festschrift für F. Geerds*, cit., 593 ss.; H. Zipf, *Einwilligung*, cit., 28 ss.;. Arm. Kaufmann, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Festschrift für Welzel*, cit., 393; K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit. § 13, Rn 12 ss.; T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 48 ss.; R. Bloy, *Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? Uberlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des § 239 Abs.1 StGB*, «ZStW», 1984, 703.

Da respingere, cioè, sono le impostazioni che sostengono una identificazione del bene giuridico con la «autonomia individuale, la libertà di autodeterminazione, in quanto bene autonomo, svincolato dai singoli oggetti giuridici, concreti, di riferimento»[47]. Sempre, in misura e con modalità variabili, alla libertà viene affiancato l'oggetto materiale obiettivo su cui ricade materialmente l'azione aggressiva.

Una delle critiche più frequentemente rivolte alla concezione qui illustrata è legata al pericolo di una eccessiva soggettivizzazione degli interessi tutelati dal diritto penale e dunque della responsabilità penale stessa.

Da un lato, infatti, si obbietta, considerare oggetto di tutela del diritto penale, non il bene in sé, ma la relazione tra bene e titolare dello stesso, significherebbe negare che i beni possano godere anche di una tutela "oggettiva" che sia indipendente dalla volontà del titolare; ad esempio quando si sia al di fuori di ogni ambito di disposizione del singolo ovvero quando non sia identificabile un soggetto che possa esercitare il potere di disposizione. In realtà così non è: nessuno nega l'esigenza e la esistenza di una tutela oggettiva del bene in siffatte situazioni, ma questa esigenza non è tale da richiedere l'esclusione della stretta relazione tra potere di disposizione e bene, laddove questo potere esista o possa esistere[48].

Dall'altro lato, si dice, l'inserimento della volontà (o autonomia o libertà di disposizione) del titolare nella struttura stessa del bene giuridico, da taluno definita criticamente un «puro atto di fede»[49], farebbe sfumare i contorni della fattispecie, ostacolando l'autore nel processo di riconoscibilità della rilevanza penale del suo comportamento[50].

In particolare dietro questa critica emerge chiaramente la paura che venga meno la funzione di garanzia e di esempio della fattispe-

---

[47] Così in particolare R. Bloy, *Freiheitsberaubung*, cit., 719; D. Kioupis, *Notwehr und Einwilligung*, Baden Baden, 1992, 115 ss.; T. Weigend, *Über die begrundung*, cit., 60.

[48] Per queste osservazioni vedi F. Albeggiani, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 36 e riferimenti ivi citati.

[49] H.J. Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, cit., 775.

[50] W. Kargl, *Rechtsguter*, cit., 930; Id., *Die Freiheitsberaubung*, cit., 77.

cie tipica e con questa la funzione generalpreventiva del diritto penale stesso[51].

La funzione della norma penale, infatti, consisterebbe nel dare al singolo una indicazione di comportamento che egli possa interiorizzare. La norma penale avrebbe quindi anche una funzione di informazione e di educazione, funzione che sarebbe messa in pericolo dall'accoglimento di una siffatta concezione del bene giuridico[52].

Tuttavia, si risponde, affinché un comportamento perda rilevanza penale in presenza di un consenso, è necessario un "contatto" tra titolare del bene e soggetto agente; in questo senso, dunque, rimarrebbe inalterata la funzione di appello della norma sulla persistenza di una conseguenza penale per comportamenti aggressivi nei confronti di beni altrui in assenza della specifica forma di contatto che si ha con il consenso[53].

Peraltro, in relazione alla suddetta funzione di orientamento della norma penale, non si porrebbe alcuna differenza tra il considerare il consenso una causa di esclusione della tipicità o, invece, della antigiuridicità; in effetti, si dice, l'esistenza dei presupposti di una causa di giustificazione fanno, in concreto, venir meno l'esistenza di un obbligo giuridico, cosicché, affinché un soggetto possa capire, nel caso concreto, se può o non può comportarsi in un particolare modo, dovrebbe comunque conoscere l'esistenza in quel caso dei presupposti della causa di giustificazione. La situazione di incertezza, quindi, permarrebbe, indipendentemente dal fatto che il consenso svolga la sua efficacia già nella stessa formulazione della fattispecie tipica ovvero sul piano della antigiuridicità[54].

In ogni caso, il nucleo centrale a cui possono ricondursi le varie obiezioni critiche rivolte alla concezione soggettiva del bene giuridico e, dunque, alla collocazione sistematica del consenso sul piano,

---

[51] W. Kargl, *Die Freiheitsberaubung*, cit., 77; K. Geppert, *Rechtfertigende Einwilligung*, cit., 947; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 301.

[52] Così, in particolare, W. Frisch, in A. Eser, W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. III, Freiburg i. Br., 1990, 403 ss.

[53] T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 136.

[54] Naturalmente una siffatta affermazione deve essere collocata all'interno della disciplina dell'errore sulla esistenza della scriminante, non prevista espressamente nell'ordinamento tedesco.

esclusivo, della tipicità, si incentra sull'esigenza di un riconoscimento di un valore autonomo al bene giuridico.

Proprio in questa ottica, si rileva da parte di chi, come Roxin, sposa una concezione soggettiva del bene giuridico (concezione dallo stesso autore definita liberale, orientata all'individuo) che alla base delle critiche rivolte sta un equivoco di fondo costituito da una confusione tra oggetto (giuridico) della tutela ed oggetto (materiale) della condotta. La mancanza di una delimitazione adeguata tra i due elementi genera il fraintendimento di cui sopra[55]; naturalmente, infatti, nel caso in cui si postuli una coincidenza tra bene giuridico ed oggetto del bene, l'aggressione, nonostante il consenso, rappresenterebbe comunque una lesione del bene e dunque un fatto tipico. Diversamente, se si segue l'impostazione improntata al modello di integrazione, «quando il proprietario, per libera scelta, acconsente al danneggiamento o alla distruzione di una sua cosa o addirittura li richiede, non ha luogo con ciò una lesione della sua condizione di proprietario, bensì una collaborazione nell'esplicazione libera e responsabile di tale condizione»[56].

In questa visione prettamente individualistica ed interpersonale del bene giuridico e del diritto penale stesso, la volontà della persona acquista evidentemente un valore fondamentale e, in relazione ai beni individuali, diventa il dato essenziale per la determinazione della rilevanza penale della condotta.

La presenza del consenso esclude, secondo questa ottica interpretativa, che si possa anche solo ipotizzare una lesione al bene, in quanto una qualsiasi forma di offesa può esistere solo se avviene contro la volontà del titolare.

Coerente con queste premesse è, come vedremo, la configurazione del consenso quale causa di esclusione dello stesso fatto tipico.

---

[55] K. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, cit., 126.
[56] *Ibidem*, 126.

Capitolo secondo

LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEL CONSENSO

1. *La tradizionale distinzione tra consenso quale causa di esclusione della antigiuridicità e consenso quale causa di esclusione della tipicità. Il dibattito italiano*

È opinione largamente diffusa in dottrina, si può dire praticamente unanime nell'ambito del dibattito italiano, che il consenso operi, nel condizionare la punibilità, su due piani diversi, ed in particolare, quale causa di esclusione del fatto tipico, da un lato e quale causa di esclusione dell'antigiuridicità del fatto, dall'altro.

Il consenso opererebbe quale causa di esclusione dello stesso fatto tipico in tutte quelle ipotesi in cui la stessa norma incriminatrice preveda esplicitamente o implicitamente il dissenso del soggetto passivo quale elemento costitutivo del reato. In assenza del dissenso, dunque, il fatto tipico non si configurerebbe per mancanza di uno degli elementi costitutivi. Come esempio di fattispecie in cui il dissenso costituisce elemento esplicito di tipicità, si fa generalmente riferimento al reato di violazione di domicilio, in relazione al quale la norma richiede, appunto, che il fatto di chi si introduce nel domicilio altrui sia posto in essere «contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo»; come ipotesi di dissenso implicito, invece, si fa riferimento alla fattispecie di furto, ove, si precisa, non si potrebbe realizzare il fatto tipico laddove vi fosse il consenso del proprietario o comunque del possessore del bene alla sottrazione dello stesso.

D'altro canto, diversamente, il consenso opererebbe come causa di giustificazione, agendo, dunque su di un fatto completo dei suoi ele-

menti costitutivi positivi, ed in questo senso corrispondente alla fattispecie tipica, escludendone tuttavia il connotato di antigiuridicità.

A questo proposito è opportuno distinguere la posizione di chi segue la concezione c.d. tripartita del reato, e quella di chi, invece, adotta una concezione c.d. bipartita[1].

Come noto, infatti, il dato dell'antigiuridicità si colloca e opera diversamente nell'ambito del reato, a seconda che si segua l'una o l'altra delle concezioni di cui sopra.

Secondo la concezione tripartita, infatti, l'antigiuridicità è elemento autonomo del reato, accanto alla tipicità e alla colpevolezza[2];

---

[1] È noto come la concezione tripartita nasca in Germania con Beling, e venga poi introdotta in Italia da Delitala. Seguono, nella dottrina italiana, la concezione tripartita del reato, G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, 210 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 5° ed., 2006, 173 ss.; C. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 2004, 124; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2006, 100; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., Pre-Art. 39, Rn. 21 ss.; A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2007, 155.

La concezione tripartita è nettamente dominante in Germania; in tal senso vedi, pur con alcune diversità nelle varie impostazioni, per es. J. Baumann, U. Weber, *Strafrecht AT*, Bielefeld, 1985, § 191; W. Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968; W. Hassemer, *Einführung*, cit., 210; H.J. Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 347; G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., § 6, Rn 54 ss.; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 220 ss.; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht AT*, cit., 323 ss.; J. Wessels, *Strafrecht AT*, Kalsruhe, 1970, 34 ss.

Per la concezione bipartita, originariamente seguita, in Italia, dai maggiori esponenti della scuola classica, (cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993, 85 ss.) vedi F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, Milano, 1975, 165; I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Padova, 1998, 381 ss.; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2000, II, 179 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 101 ss.; Giul. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993; P. Nuvolone, *Il sistema di diritto penale*, cit., 122; F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 280 ss.

In Germania, la concezione viene generalmente fatta risalire a A. Merkel, *Lehrbuch des deutschen Srafrechts*, 1889; anche nel dopoguerra trova però vari sostenitori; tra gli altri, vedi K. Engisch, *Die normativen Tatbestanselemente im Strafrechts*, in *Festschrift für Mezger*, 1954, 127; Arth. Kaufmann, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, «JZ», 1954, 653; Arm. Kaufmann, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, «JZ», 1955, 37; K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §10, Rn 16 ss.

[2] Sul concetto di antigiuridicità obiettiva, vedi M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 109 ss.; G. Marinucci, voce *Antigiuridicità*, «DDP», I, 1987, 173 ss; Id., voce *Cause di giustificazione*, «DDP», II, 1988, 130 ss.; T. Padovani, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obbiettiva*, «RIDPP», 1983, 532 ss.

secondo, invece la concezione bipartita, l'antigiuridicità opera all'interno del fatto tipico, cosicché le cause che la escludono vengono qualificate come elementi "negativi" del fatto; elementi, dunque, che non devono sussistere affinché il fatto tipico, inteso questa volta, in senso ampio, si possa verificare.

Secondo quanto affermato dai sostenitori della concezione tripartita, dunque, il consenso, quale causa di giustificazione, escluderebbe direttamente l'antigiuridicità del fatto, impedendo che questo, pur tipico, si configuri come reato e sia, dunque, punibile. È, su questa linea, evidente la differenza di effetti rispetto all'altra ipotesi di consenso, in relazione al quale si riscontra l'impossibilità stessa di individuare un sacrificio di interessi penalmente protetti – sacrificio che è alla base della stessa tipicità – per la mancanza di un elemento del fatto tipico; il consenso che esclude l'antigiuridicità, infatti, lascia sussistere il sacrificio dei beni e degli interessi, ma tale sacrificio viene giustificato, e viene così meno uno dei presupposti fondanti la tutela penale degli stessi[3].

Meno evidente, ma pur sempre di natura sostanziale, la differenza che intercorre tra il consenso inteso quale negazione del dissenso e il consenso quale causa di giustificazione, se si seguono i dettami della teoria bipartita. Secondo tale impostazione, infatti, in entrambe le ipotesi sarebbe comunque il fatto tipico a venir meno, ma il meccanismo di funzionamento del consenso sarebbe in ogni caso duplice e diverso.

Nella prima ipotesi sopra evidenziata (es: violazione di domicilio), infatti, il consenso impedirebbe, la configurabilità di "un elemento positivo a contenuto negativo" del fatto tipico (il dissenso appunto); nella seconda ipotesi, invece, (consenso giustificante) agirebbe come elemento negativo del fatto, in presenza di tutti gli elementi positivi costitutivi dello stesso[4].

---

[3] Le stesse implicazioni si hanno se si accoglie la concezione quadripartita del reato che, accanto alla tipicità antigiuridicità e colpevolezza inserisce tra gli elementi del reato anche la punibilità; cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, 146 ss.

[4] F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 16-17.

A prescindere da quanto fin qui evidenziato rispetto alle diversità derivanti dalla concezione del reato che si vuole accogliere, la tesi della duplice operatività del consenso ha radici "antiche" ed in Italia viene sostenuta anche prima dell'entrata in vigore del codice Rocco e dunque della regolamentazione espressa del consenso dell'avente diritto quale causa di esclusione della punibilità e dell'inserimento della stessa tra le cause di giustificazione[5]. Lo stesso Grispigni, nel 1924, affermava che «l'effetto giuridico del consenso consiste nel far venir meno l'elemento oggettivo dell'illecito e più precisamente nel far venir meno il carattere di antigiuridicità dell'elemento oggettivo del fatto»[6], precisando, tuttavia, che non rientrano nell'argomento della ricerca tutti quei casi in cui sia la norma stessa a richiedere che la condotta avvenga in assenza del consenso del titolare del bene, in quanto non riconducibili al consenso dell'avente diritto; ed ammettendo così indirettamente una duplice operatività dell'atto di adesione dell'offeso al fatto. Ancora più esplicito, pochi anni più tardi Battaglini, secondo cui «il consenso della parte lesa può avere efficacia scriminante per due ragioni diverse. Quando per la realizzazione del fatto materiale la legge esige esplicitamente (es. nella violazione di domicilio, art. 614) o implicitamente (es. nel furto con la parola *sottrazione*, art. 624) il dissenso del soggetto passivo, la circostanza del consenso fa venire meno il fatto materiale. Quando, invece, il fatto materiale di un reato può perfettamente esistere anche ove ci sia consenso dell'offeso (es. ingiuria art. 594; danneggiamento art. 635), il consenso può divenire causa di giustificazione, cioè rientrare nello stesso schema giuridico del fatto commesso per ordine dell'autorità, per legittima difesa, ecc.»[7].

Ugualmente ribadisce la distinzione tra consenso che esclude il fatto e consenso che esclude l'antigiuridicità, Delogu, il quale riprende la distinzione, di Arturo Rocco, tra liceità penale normale e liceità

---

[5] Minoritaria e comunque oggi ormai definitivamente superata l'opinione di chi riteneva che il consenso dell'offeso escludesse la colpevolezza. Così, ad esempio E. Florian, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, 546 ss.

[6] F. Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, Prato, 1924, 93.

[7] Così G. Battaglini, *Il consenso dell'avente diritto*, «RDP», 1933, 150.

penale eccezionale, specificando che quando la «presenza del consenso escluda una nota caratteristica della forma del reato, il comportamento del soggetto attivo sarà un comportamento normalmente lecito…» e che «viceversa, quando pur esistendo un consenso valido il comportamento del soggetto passivo sarà conforme al modello legale, il comportamento stesso sarà eccezionalmente lecito…»[8].

Lo stesso Rocco annoverava tra i casi di «liceità penale normale», cioè tra tutti quei comportamenti che non fossero contrari ad un comando o ad un divieto penalmente sanzionato e che dunque non presentassero tutti gli elementi costitutivi del reato, «le offese del consenziente, nei casi in cui il dissenso dell'offeso è elemento costitutivo del reato»[9], distinguendo da tali ipotesi quelle riconducibili alla c.d. «illiceità penale eccezionale». Questa seconda categoria si sarebbe caratterizzata, secondo l'insigne Autore, per due condizioni specifiche: «1° l'esistenza di un precetto della legge penale che normalmente, nella generalità dei casi, vieta una determinata azione o comanda una determinata omissione sotto sanzione di una pena; 2° l'esistenza di una norma giuridica che eccezionalmente, in talune particolari circostanze comanda l'azione normalmente vietata, o vieta l'omissione normalmente comandata o altrimenti permette (ovvero semplicemente non vieta o non comanda penalmente) l'azione o omissione di regola vietata o comandata dalla legge penale»[10].

La interpretazione che distingue tra consenso che esclude la tipicità e consenso che esclude l'antigiuridicità continua anche in seguito ad essere sostenuta dalla dottrina prevalente[11]. Ci sembra, pe-

---

[8] Così T. Delogu, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936, 52 ss.

[9] Art. Rocco, *L'oggetto del reato*, cit., 532.

[10] *Ibidem*, 535 ss.

[11] Espressamente sulla duplicità di effetti del consenso, e sulla natura di causa di giustificazione del consenso disciplinato dall'art. 50 c.p., vedi, tra gli altri G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 259; C. Fiore, *Diritto penale*, cit., 310; G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, cit., 202; T.T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 145; C. Pedrazzi, *Consenso dell'avente diritto*, voce in «ED», 1961, IX, 145; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., Art. 50, Rn 1 ss. Implicitamente anche F. Mantovani, il quale afferma che «non rientrano nella scriminante del consenso proprio i casi cui la mancanza del consenso o il dissenso costituiscono già requisiti espliciti o impliciti rappresentando essi dei limiti esegetici della fattispecie» (*Diritto penale. Parte generale*, cit., 244).

raltro, che incorra in un equivoco chi nega una tale distinzione, a favore di una esclusiva efficacia giustificante del consenso, sulla base dell'affermazione per cui nelle ipotesi nelle quali la norma penale da rilevanza al dissenso, non si può parlare di efficacia del consenso, esulando tale ipotesi da quelle disciplinate dall'art. 50 c.p. ed essendo per queste esclusa implicitamente la valenza giustificante del consenso stesso[12].

Ci sembra che l'equivoco poggi sulla accezione che si vuole dare al termine consenso.

Se infatti un tale termine si utilizza secondo una accezione lata, nel senso di generica adesione ad un determinato comportamento potenzialmente offensivo nei confronti di chi aderisce, non ci sembra contestabile la possibilità di ricomprendere in tale significato sia il consenso = negazione del dissenso previsto quale elemento costitutivo del fatto tipico (e quindi considerarne la rilevanza sul piano della tipicità); sia d'altra parte, il consenso disciplinato in via generale dall'art. 50 del codice penale, e quindi, eventualmente, ricondurlo al piano della antigiuridicità. Se invece nell'economia complessiva del discorso si opta già *ab origine* per una accezione selettiva del termine "consenso" che concerna solo ed esclusivamente l'istituto disciplinato dall'art. 50, va da sè che la duplicità di effetti, pur in concreto innegabile, non può essere sostenuta. A questo proposito ci sembra allora più coerente distinguere, come è stato fatto, tra consenso proprio ed improprio in modo da lasciar valida, sullo sfondo, la distinzione sopra evidenziata, ma, contemporaneamente accentrare l'attenzione su una delle due categorie, il consenso proprio appunto, sicuramente più ricca di questioni dogmatiche ed applicative[13].

---

[12] Così R. Riz, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 58 ss.

[13] Così C. Pedrazzi, voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., 146; l'Autore mette bene in evidenza come sia importante distinguere le due situazioni, dato che nelle ipotesi in cui il consenso del soggetto passivo non assume rilievo ai sensi dell'art. 50 c.p., ma ai sensi della norma incriminatrice specifica (consenso improprio, appunto), il problema interpretativo «si sposta alle singole norme incriminatrici: si tratta di precisare l'atteggiamento volitivo della vittima, che è assunto come costitutivo della fattispecie».

2. *(segue). La tradizionale distinzione tra consenso quale causa di esclusione della antigiuridicità e consenso quale causa di esclusione della tipicità. Il dibattito tedesco*

In Germania il suggello formale a tale distinzione si ha nel 1954 con Geerd[14] che distingue con maggiore evidenza i due piani di operatività del consenso, contrassegnando le due situazioni con due termini diversi. Secondo, dunque l'opinione ancora oggi maggioritaria, il consenso, in generale (*Zustimmung*) può caratterizzarsi come assenso (*Einverständnis*), in tutti quei casi in cui la stessa prescrizione normativa, o esplicitamente o implicitamente richiede che il fatto sia commesso in assenza o contro la volontà del soggetto offeso: l'assenso, così identificato rileva, dunque sul piano della tipicità, impedendo la realizzazione della fattispecie tipica; ovvero può assumere le vesti di un consenso vero e proprio (*Einwilligung*), che esplica, a determinate condizioni,i suoi effetti, invece, sul piano della antigiuridicità, espressione della libertà di disposizione (*Verfugungsfreiheit*) del soggetto passivo[15].

Al di là della maggiore nettezza da un punto di vista teorico, non sempre univoche risultano poi essere le linee distintive delle due categorie da un punto di vista applicativo, aprendosi così delle falle nella sistematica complessiva della impostazione "dualista" che costituiranno uno dei punti chiave su cui si approntеranno le critiche dei sostenitori di una concezione "monista" del consenso e in particolare di chi, come vedremo, giungerà ad attribuire al consenso efficacia esclusivamente sul piano della tipicità[16].

Generalmente, infatti, si tende ad annoverare tra le ipotesi in cui il consenso esclude lo stesso fatto tipico (*Einverständnis*), tutte le fattispecie riconducibili al tipo della violenza privata; i delitti contro

---

[14] F. Geerds, *Einwilligung und Eiverständnis des Verletzen im Strafrecht*, «GA», 1954, 262 ss.

[15] In questo senso J. Baumann, U. Weber, *Strafrecht, AT.*, cit., 329; P. Bockelmann, K. Volk, *Strafrecht AT*, München, 1987, 102; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 334 ss.; K. Kühl, *Strafrecht AT*, cit., 329 ss.; T. Lenckner, *Vorbem §32*, in Schönke, Schröder, *StGB Kommentar*, München, 1988; H. Otto, *Grundkurs*, cit., 107; H. Welzel *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969, 95; J. Wessels, *Strafrecht AT*, cit., 101.

[16] Vedi *infra*.

la libertà sessuale, ma anche i reati di appropriazione indebita o furto, e di violazione di domicilio. Diversamente, sarebbero ricondotte ai casi di consenso giustificante (*Einwilligung*) le ipotesi di consenso prestato alle lesioni personali o al danneggiamento. Rimarrebbero tuttavia molti casi problematici di difficile collocazione, quali ad esempio, il consenso ad una ingiuria (§185 StGB), ad una privazione della libertà personale (§ 239 StGB), all'apertura di una lettera o alla rivelazione di un segreto (§§ 202 e 203 StGB)[17].

Alla distinzione tra assenso e consenso, sopra schematizzata, vengono collegate, nell'ambito del dibattito tedesco, alcune differenze di carattere pratico, conseguenza, da un lato, della natura più marcatamente "fattuale" dell'assenso, rispetto alla connotazione più evidentemente "giuridica" del consenso; dall'altro al diverso piano di operatività delle due situazioni[18]. Questa rigida bipartizione che riguarda non solo il piano di operatività, ma anche, appunto, le conseguenze che sotto molteplici punti di vista ne dovrebbero derivare, viene sottoposta a critica sia, talora, da parte di chi sostiene in ogni caso la duplice natura del consenso[19], sia, naturalmente, ed in modo più radicale, da parte di chi, come vedremo, riconduce il piano di operatività del consenso esclusivamente alla tipicità[20].

---

[17] K. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, cit., 133. «Se ci si affida alla bipartizione si dovrà propendere per l'assenso. Ad esempio se l'ingiuria è una lesione della pretesa individuale al rispetto che ognuno ha di fronte ai consociati, non può esserci in caso di consenso alcuna ingiuria in quanto una pretesa al rispetto non può essere violata se non viene neanche avanzata… nel caso di una privazione della libertà si potrebbe dire che una reclusione con il consenso dell'interessato è solo giustificata perché l'accettazione non esclude il fatto di essere rinchiusi. Ma del momento che il § 239 fa riferimento al rinchiudere solo come esempio di privazione dell'uso della libertà personale della vittima, si deve ritenere anche qui che si abbia un'esclusione della tipicità in virtù dell'assenso perché l'interessato che acconsente non viene privato della libertà…».

[18] Si pensi, così, all'affermazione per cui per l'assenso basterebbe la capacità naturale, mentre il consenso richiederebbe, per la sua validità la capacità giuridica; ovvero che i vizi della volontà sarebbero irrilevanti rispetto all'assenso, e rileverebbero invece rispetto al consenso; d'altro canto conseguenze diverse sarebbero connesse al fatto che l'agente sia o meno a conoscenza dell'adesione; in caso di assenso, infatti, si potrebbe parlare solo di tentativo, mentre si avrebbe reato consumato in relazione al consenso vero e proprio. Per una sintesi dei riferimenti cfr. K. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, cit., 121.

[19] cfr. per esempio, H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 336 ss.

[20] Vedi *infra*.

3. *La collocazione sistematica del consenso nell'ambito del dibattito spagnolo*

Anche in Spagna la questione inerente alla collocazione sistematica del consenso viene risolta, dalla dottrina dominante, sulla scia della distinzione effettuata da Geerd tra un consenso che esclude la tipicità ed un consenso che esclude la antigiuridicità[21]. Anche in Spagna le due forme di consenso vengono contrassegnate con due termini diversi, la *conformidad* o *acuerdo*, nel primo caso, il *consentimiento* vero e proprio nel secondo. Una parte, tuttavia, abbastanza rilevante, pur se ancora minoritaria, della dottrina spagnola contesta la concezione dualistica, dominante, per accogliere una interpretazione, unitaria, che riconosce al consenso l'esclusivo effetto di escludere il fatto tipico[22].

Dal punto di vista normativo, è opportuno ricordare che anche in Spagna, così come in Germania, non esiste una disciplina generale del consenso dell'avente diritto, che, dunque, non è contemplato nell'art. 20 c.p. dedicato alle cause esimenti la punibilità; l'unico riferimento normativo al consenso si può rinvenire nella disciplina delle lesioni personali, ed in particolare, nell'art. 155, che stabilisce che «nei delitti di lesione se è intervenuto il consenso valido, libero spontaneo ed espresso dell'offeso, si applicherà la pena inferiore di uno o due gradi» e, che, dunque prevede una generale efficacia attenuante del consenso; e nell'art. 156 che gli attribuisce, invece, efficacia esimente, in riferimento ai casi di trapianti di organi, sterilizzazione, e chirurgia sessuale[23].

La mancata previsione di una disciplina generale del consenso, unita alla considerazione della mancanza di omogeneità di effetti che al consenso vengono attribuiti a seconda delle fattispecie a cui

---

[21] Tra gli altri, vedi, J. Cerezo Mir, *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, en *Estudios de Derecho penal y Criminología. Homenaye a Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989, I, 201 ss.; F. Munõz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2004, 344; D.M. Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1995, 560 ss. Per una ricostruzione del dibattito, vedi B. De la Gándara Vallejo, *Consentimiento*, cit., 57 ss.

[22] B. De la Gandara Vallejo, *Consentimiento*, cit., 171.

[23] Vedi *supra*, sez. I, par 1.3.2.

accede – talora giustifica la condotta, talvolta esclude il fatto tipico; in altri casi riduce l'illiceità o incide sulla colpevolezza – porta ad affermare che sia impossibile ricondurre il consenso alla categoria delle "esimenti", le quali presuppongono invece due elementi fondamentali, «la claridad en su naturaleza y la univocidad en su incidencia en el problema penal». Per le stesse ragioni sarebbe impossibile «estructurar una eximente de consentimiento»[24].

Secondo un'altra posizione interpretativa, l'inclusione del consenso tra le cause di giustificazione non sarebbe ipotizzabile neanche attraverso l'utilizzazione del procedimento analogico[25].

Seppure, infatti, nessuna disposizione del codice penale vieti l'applicazione in via analogica delle cause di giustificazione, si argomenta, questo procedimento non sarebbe realizzabile in relazione al consenso, in quanto istituto privo di una qualsiasi affinità di presupposti e di contenuti con le esimenti codificate; affinità che, invece, potrebbe, nel caso, legittimare una tale soluzione[26].

La mancanza di presupposti per una valutazione del consenso dell'avente diritto quale esimente "comune", non impedirebbe, tuttavia, secondo questo punto vista, di conferire una rilevanza generale al consenso, quale causa di esclusione della tipicità, «quando il consenso può interpretarsi come libero sviluppo della personalità tutelato dall'art. 10, 1 cost.»[27].

Questo potrà avvenire, sicuramente, nell'ambito dei delitti contro beni giuridici individuali, sia quando l'interesse protetto si presenti come «esclusivamente privato e rinunciabile», sia quando, in modo espresso o tacito, venga richiesta la non presenza del consenso per la realizzazione della fattispecie stessa, sia, infine, in tutte quelle ipotesi delittuose in cui il bene giuridico protetto coincida con la stessa libertà di disposizione su di un determinato oggetto e non con l'oggetto in quanto tale[28].

---

[24] Così G. Quintero Olivares, *Parte general del Derecho Penal*, Barcellona, 2005, 463.

[25] *Ibidem*, 514.

[26] *Ibidem*, 512.

[27] *Ibidem*, 514.

[28] *Ibidem*.

La ricostruzione unitaria della natura del consenso come causa generale di esclusione della tipicità, si basa dunque, da un lato sul dato normativo della mancata inclusione del consenso tra le cause di giustificazione previste dall'art. 20 del codice penale – argomentazione che, peraltro, vale più ad escludere il valore dello stesso quale causa di giustificazione che ad affermarne la valenza sul piano della tipicità – e dall'altro, così come abbiamo visto per lo più accadere in Germania, in conseguenza dell'accoglimento di una concezione soggettiva del bene giuridico individuale: «i beni giuridici individuali e disponibili, dunque, sono oggetto di protezione del diritto penale solo in quanto contribuiscono allo sviluppo personale dell'individuo cosicchè la condotta tipica si realizza solo nella misura in cui determina una lesione dell'ambito di dominio autonomo del soggetto passivo; cioè la lesione della sua volontà di conservazione del bene giuridico»[29].

Secondo questa prospettiva viene spiegata anche l'efficacia attenuante del consenso delle lesioni personali: «l'effetto attenuante del consenso nelle lesioni si basa sulla natura pluridimensionale del bene giuridico incolumità personale, integrato da una parte che costituisce emanazione diretta della dignità umana (che nella nuova sistematica del codice è stata denominata integrità morale) e risulta di conseguenza disponibile, e dal substrato materiale costituito dalla salute ed integrità fisica, dimensione questa che, mediante l'art. 155 si dichiara indisponibile»[30].

Degna di nota è quella soluzione che ricollega la rilevanza del consenso del titolare del bene al piano dell'antigiuridicità riconducendolo all'esercizio di un diritto, causa di giustificazione espressamente contemplata dal n. 7 dell'art. 20 c.p.[31]. Elaborata in origine

---

[29] E. Bacigalupo, *Principios de derecho Penal espanõl, Parte general*, 1990, 155 ss., J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal espanõl. Parte general*, Barcelona, 1989, 223; J.M. Gómez Benitez, *Teoría jurídica*, cit., 422; B. De la Gándara Vallejo, *Consentimiento*, cit., 62; J. Cuello Contreras, *El derecho penal espanõl, Parte general*, 2002, 724; J.J. Queralt Jiménez, *Derecho penal espanõl. Parte especial*, Barcelona, 1992, 64; M. Cobo del Rosal, J.C. Carbonell Mateu, en Aa.Vv., *Derecho penal. Parte especial*, coord. por Vives Antón, Valencia, 1988, 581.

[30] J.M. Tamarit Sumalla, *De las lesiones*, cit., 750.

[31] M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho Penal, Parte general*, cit., 375.

essenzialmente con riferimento al consenso nell'attività medico-chirurgica, ed in particolare per risolvere i casi di intervento con esito infausto[32], viene oggi utilizzata e rielaborata con valenza di tipo potenzialmente generale. Secondo tale prospettiva, il consenso non giustifica di per se solo il fatto, ma contribuisce a giustificarlo nella misura in cui risulta essere uno dei requisiti che fa si che l'esercizio della attività sia legittimo[33].

Complessivamente, si può a nostro parere confermare la caratteristica che abbiamo già avuto modo di rilevare analizzando lo stato del dibattito spagnolo in relazione alla questione della rilevanza costituzionale del principio di autodeterminazione: la tendenza, salvo alcune voci, a ripercorrere argomentazioni mutuate dal dibattito d'oltralpe[34].

Anche il tema del consenso in sé, pur se considerato denso di profili problematici, è stato oggetto, per lungo tempo, di trattazioni estremamente settoriali[35], e solo di recente si è potuta notare una maggior apertura alle questioni più generali ad esso sottese. Il rinnovato interesse per la autodeterminazione della vittima è prevalentemente legato, tuttavia, ai profili concernenti la teoria della imputazione oggettiva dell'evento e, dunque, a quelle che possono essere le correlazioni tra la rilevanza del consenso ed i presupposti di operatività della stessa[36].

---

[32] J. Antón Oneca, *Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1949.

[33] J. Antón Oneca, *Derecho penal, Parte general*, II ed., Madrid, 1986, 258; M. Cobo del Rosal, T.S. Vives Antón, *Derecho penal, Parte general*, cit., 375; G. Quintero Olivares, *Parte general del Derecho Penal*, cit., 466 ss. *Contra*, nettamente, S. Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, cit., 513.

[34] Vedi *supra*, sub sez. I, cap. 2.

[35] Affrontato quasi esclusivamente con riferimento al tema del trattamento medico. Gli unici lavori monografici che ci risultano sul consenso in generale, sono quelli di E. Casas Barquero, *Consentimiento*, cit., B. De la Gandara Vallejo, *Consentimiento*, cit.; e M.J. Segura García, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Valencia, 2000.

[36] Sul tema dell'imputazione oggettiva dell'evento ed i suoi rapporti con i profili legati alla condotta della vittima del reato, in Spagna, vedi M. Bonet Esteva, *La victima del delito*, Madrid, 1999; M. Cancio Melía, *Conducta de la victima*; cit.; B. De la Gandara Vallejio, *Consentimiento*, cit.; P. García Álvarez, *La puesta en peligro*, cit.; E. Gimbernat Ordeig, *Imputacion objetiva, partecipacion en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, in *Homenaye a Riz Antòn*, Valencia, 2004.

4. *Il consenso come causa di giustificazione. Quale fondamento?*

Uno degli argomenti chiave per la considerazione del consenso "proprio" (*Einwilligung*) come causa di giustificazione viene generalmente indicato nel dato letterale delle stesse disposizioni penali che il consenso disciplinano. Ci riferiamo, in primo luogo, nell'ordinamento italiano, all'art. 59 c.p. che, come noto, detta della materia una disciplina di portata generale e, senza mai utilizzare espressamente la locuzione causa di giustificazione, ma limitando il riferimento alle circostanze che escludono la pena, accomuna, quanto a regolamentazione (ci riferiamo in particolar modo alla regolamentazione in materia di imputazione e di erronea supposizione), il consenso dell'avente diritto a quelle altre situazioni scriminanti che, a partire dall'esercizio del diritto, fino allo stato di necessità, vengono, secondo una terminologia di matrice dottrinale, indicate quali cause di giustificazione[37].

Il dato normativo è dunque, come evidente, tutt'altro che univoco, tanto che non ha creato alcun ostacolo ad una interpretazione quanto meno "differenziata" di un'altra delle disposizioni generalmente ricondotte alle cause di giustificazione, l'art. 54 c.p.[38].

La fluidità delle indicazioni normative contenute nel codice penale attuale sono inoltre testimoniate dal dibattito, tutt'ora aperto, avente ad oggetto la opportunità pratica e la plausibilità teorica di una distinzione tra cause di giustificazione e cause scusanti[39]; mentre indizi di natura legislativa di una certa pregnanza e univocità nel senso di una interpretazione restrittiva delle cause di giustificazione, a cui sarebbero riconducibili solo quelle cause di esclusione del reato che consistono nell'esercizio di una facoltà legittima, sembrerebbero contenuti nel codice di procedura penale del 1988,

---

[37] Diverso il caso della disciplina dell'eccesso colposo, che, se non altro da un punto di vista letterale, non contiene riferimenti espliciti all'art. 50 e dunque al consenso dell'avente diritto.

[38] Per una ricostruzione recente del dibattito, vedi F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., 114 ss.

[39] Sull'argomento vedi, ad es., M. Donini, *Illecito e colpevolezza*, cit., 574; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 249; C. Fiore, *Diritto penale*, cit., 149; T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 309; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, «RIDPP», 1990, 55; E. Venafro, *Scusanti*, Torino, 2002, 1 ss.

primo testo normativo, peraltro, ad utilizzare esplicitamente il termine "cause di giustificazione"[40].

Nell'ordinamento tedesco, invece, la questione si pone diversamente in quanto manca una norma di parte generale che detti una disciplina specifica del consenso dell'avente diritto, il quale è espressamente contemplato, in relazione alla capacità di escludere la punibilità del fatto, solo in relazione alla fattispecie di lesioni personali (§ 228), in base al cui dettato, «Chi realizza una lesione personale con il consenso della persona offesa agisce in modo antigiuridico (*rechtswidrig*), solo se il fatto, nonostante il consenso è contrario alle regole del buon costume (*guten Sitten*)».

L'utilizzazione del termine *rechtswidrig* è una delle ragioni che maggiormente vengono portate a sostegno della tesi che individua nel consenso (*Einwilligung*) una causa di giustificazione. Pur menzionato solo nell'ambito della parte speciale, in relazione alle lesioni personali, appunto, al consenso viene attribuita portata generale, così che nella maggior parte della manualistica tedesca è dato riscontrare, nel capitolo dedicato alle cause di giustificazione (*Rechtsfertigungsgrunde*), la specifica trattazione del consenso dell'avente diritto[41].

Anche in relazione al dibattito tedesco avente ad oggetto la collocazione sistematica del consenso dell'avente diritto, tuttavia, le indicazioni normative sono considerate tutt'altro che vincolanti. Contestato

---

[40] Ci riferiamo in particolare all'art. 273 c.p.p., che vieta di sottoporre alcuno a misure cautelari «se risulta che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità», e l'art. 385 c.p.p., che stabilisce il divieto di arresto o di fermo quando un fatto sembra compiuto «nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità». Da una lettura collegata delle due disposizioni sembra potersi concludere, come è stato di recente rilevato che «le espressioni in presenza di una causa di giustificazione e nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima non possono essere sensatamente interpretate se non come sinonimi». Così F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., 151 in nota. Ugualmente di rilievo sembra essere l'art. 652 c.p.p., che limita l'efficacia di giudicato nel giudizio civile amministrativo di danno della sentenza penale irrevocabile di assoluzione tra l'altro al fatto «compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima (così F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., p. 150).

[41] P. Bockelmann, K. Volk, *Strafrecht*, *AT*, cit., 36 ss.; Kuhl, *Strafrecht*; *AT*, cit., § 9; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 333 ss.; H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch*, cit., 371; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht AT*, cit., 179 ss.

è proprio il riferimento all'art. 228 StGB, norma considerata di dubbia costituzionalità in quanto incentrata su di un elemento normativo – la contrarietà alle regole della morale o del buon costume, appunto – che, da un lato, la permea di una valenza etica difficilmente compatibile con i principi di un diritto penale laico, improntato al principio di materialità; dall'altro, la vizia sotto l'aspetto della carenza di tassatività[42].

La natura non vincolante del riferimento all'art. 228 del codice penale tedesco, viene evidenziata anche sotto un altro profilo: da un lato, si obietta, infatti, che la qualifica di "antigiuridico" non darebbe alcuna indicazione sulla collocazione sistematica del consenso, in quanto il suo significato si desumerebbe dal § 11 I n. 5 secondo il quale è antigiuridico genericamente quel fatto «che realizza la fattispecie penale»; dall'altro lato, una corretta interpretazione della disposizione riferirebbe il concetto di antigiuridicità solo al fatto "immorale"; mentre lascerebbe aperta la possibilità di considerare il fatto "morale", ed in presenza di un consenso efficace, già carente sul piano della stessa tipicità[43].

Al di là di dati formali, dunque, tutt'altro che univoci, ci si deve chiedere quindi, che cosa di più profondo militi a favore della qualificazione del consenso quale causa di giustificazione; quale sia il fondamento, cioè, della efficacia scriminante del consenso e se un tale fondamento sia tale da assimilare questa "circostanza che esclude la pena" alle altre previste dagli artt. 51 e ss. del codice penale (o in Germania ai §§. 32 ss del codice penale tedesco).

Schematicamente, si può affermare che due sono le strade per lo più seguite. Da un lato, nell'ottica di una concezione pluralista del fondamento delle cause di giustificazione, si indica quale fondamento specifico del consenso dell'avente diritto la mancanza di interesse dello Stato alla risposta punitiva, conseguente alla rinuncia del titolare del bene stesso alla sua tutela. Dall'altro, si attribuisce, invece, anche al consenso un fondamento analogo alle altre cause di giusti-

---

[42] D. Kioupis, *Notvehr und Einwilligung*, cit., 122 ss.; H. Niedermeir, *Korperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*, München, 1999; T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 155 ss.; K. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, cit., 136; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken*, 121 ss.

[43] Vedi gli autori citati alla nota precedente.

ficazione riconducendo, anch'esso, nei termini che vedremo, al generale criterio del bilanciamento di interessi.

4.1. *Il criterio della rinuncia alla tutela o della mancanza di interesse punitivo, quale fondamento del consenso dell'avente diritto*

Assumendo come dato indiscutibile la diversità del consenso rispetto alle altre cause di giustificazione, una opinione alquanto diffusa propone una spiegazione pluralistica delle cause di giustificazione che prevede, accanto al modello legato al "bilanciamento degli interessi", riferito alla maggior parte di esse ed in particolare, pur nella diversità del suo manifestarsi, all'esercizio del diritto, alla legittima difesa e all'uso legittimo delle armi; un modello improntato alla "mancanza di interesse", secondo il quale il consenso dell'avente diritto si baserebbe sul seguente, evidente, fondamento: «non vi è ragione che lo Stato appresti la tutela penale di un interesse, alla cui salvaguardia il titolare mostra di rinunciare consentendone, appunto, la lesione»[44]. Tale punto di vista si basa sull'idea di una mancanza di meritevolezza di tutela (*Schutzwürdigkeit*) del bene giuridico, rispetto alle aggressioni di soggetti terzi, conseguente alla rinuncia alla tutela da parte del titolare del bene stesso;

---

[44] Così G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 250; per un modello di spiegazione pluralista che basa il consenso dell'avente diritto, ma anche talora lo stato di necessità, sulla mancanza di interesse, vedi anche, per la dottrina italiana, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 233. P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 206. Riconduce la scriminante del consenso dell'avente diritto al criterio della rinuncia al diritto disponibile da parte del titolare, F. Ramacci, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1992, 200-208. Particolare la impostazione di M. Gallo (*Appunti di diritto penale*, Torino, 2000, v. II, P. I), secondo il quale il fondamento delle scriminanti è nell'esercizio di una facoltà legittima o nell'adempimento del dovere e la particolarità del consenso consiste nel fatto che l'atto di disposizione ha natura privata e deve, dunque, seguire regole particolari (179 ss.).

Per quanto riguarda la dottrina tedesca, cfr. già R. Honig, *Einwilligung*, cit., 116 ss., E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München, 1949, § 27; v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, *2 Bd.*, Berlin, 1930, 243 ss.; F. v. Liszt, E. Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, *1 Bd*, Berlin-Leipzig, 1932, 203 ss.; più recentemente, K. Kühl, *Strafrecht AT*, cit. §9 Rn 23; T. Lenckner *Vorbem §32*, in Schönke, Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, cit., Rn. 102.

verrebbe meno una qualsiasi valida ragione fondante l'obbligo per l'ordinamento di apprestare una protezione ad un bene quando il titolare dello stesso, nella concreta situazione non desideri alcuna tutela[45].

Una delle critiche più incisive, mosse a questa impostazione, mette in evidenza come questa si fonderebbe su di un fraintendimento di natura dogmatica. Si afferma, a tale riguardo, che una efficace rinuncia alla tutela potrebbe provenire solo da un soggetto autorizzato a disporre di una tale tutela, disposta in via generale ed astratta dalle norme penali. Siffatta facoltà, tuttavia, non sarebbe rinvenibile in capo al soggetto che consente, il quale non avrebbe alcun potere di annullare con la propria volontà privata ciò che il legislatore statuisce in via generale ed astratta[46].

Non sarebbe, comunque, indicata alcuna ragione sul perché il singolo potrebbe rinunciare ad una tutela giuridico-penale che esiste nell'interesse della collettività[47] né sarebbero indicati gli eventuali limiti di una siffatta facoltà.

Una particolare versione della teoria della rinuncia alla tutela dell'interesse, che cerca in qualche misura di supplire a tali carenze teoriche si può riscontrare nella impostazione di Hirsch che richiama, facendoli propri, i presupposti teorici su cui si basa la teoria delle norme di Armin Kauffmann. Secondo un tale modello, le fattispecie penali sarebbero, da un punto di vista logico-concettuale, norme astratte di comportamento il cui contenuto dovere) astratto si concretizzerebbe, in presenza di determinati presupposti, in obblighi individuali. Le situazioni di conflitto di interessi che inevitabilmente si possono creare, verrebbero regolamentate e risolte in via legislativa con la creazione di situazioni giustificanti, indicate quali «norme permesso che, in contrasto con le norme divieto e/o comandi ne impedirebbero la concretizzazione sopra evidenziata. In questa ottica, dunque, il consenso (*Einwilligung*), darebbe origine alla possibilità di annullare il concreto obbligo giuridico di rispettare la norma di-

---

[45] Tesi ancora oggi dominante. Sul punto vedi T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 15 e riferimenti *ivi* citati.

[46] H.J. Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehere*, «ZStW», 1962, 78 ss.

[47] Per questo tipo di critica vedi anche D. Kioupis, *Notwehr und Einwilligung*, cit., 98.

vieto o comando; solo in questi termini, di fatto, si potrebbe allora, secondo Hirsch, parlare di «rinuncia» alla tutela.

4.2. *Il fondamento del consenso dell'avente diritto tramite il modello del bilanciamento degli interessi*

Numerosi, soprattutto nell'ambito del dibattito in lingua tedesca, sono coloro che si schierano a favore di un fondamento del consenso dell'avente diritto improntato ad un modello basato sul conflitto e dunque sul bilanciamento di più interessi. Le molteplici varianti di tale modello di spiegazione del consenso sono accomunate da uno scopo comune che è anche il dato positivo di maggiore evidenza: negare che il consenso sia un corpo estraneo rispetto alle altre cause di giustificazione, attribuendogli un fondamento che è lo stesso di tutte le altre. In realtà, come si potrà vedere più in dettaglio dalle osservazioni che seguiranno – e come gli stessi sostenitori di un tale modello riconoscono espressamente –, lo schema del bilanciamento che viene utilizzato nel consenso dell'avente diritto non può comunque essere identico a quello utilizzato per le altre cause di giustificazione e questo per un evidente motivo: nel caso nel consenso siamo in presenza di una sola persona (titolare di beni giuridici) ed il conflitto tra beni non può che essere conflitto tra beni di una stessa persona; conflitto, infatti, che viene talora definito "interno" per distinguerlo da quello "esterno", tra più beni di più soggetti, alla base di altre situazioni giustificanti.

Come è stato precisato, dunque, il consenso, pur riconducibile al comune principio del bilanciamento di interessi contrapposti, si differenzierebbe dalle altre cause di giustificazione perché «la giustificazione segue ad una valutazione soggettiva" e «l'intera problematica del consenso sta nella relazione della valutazione soggettiva dell'offeso con la valutazione obbiettiva delle norme»[48].

Il principale sostenitore e forse l'ideatore stesso di questa impostazione teorica viene generalmente indicato in Noll, il quale, nel suo primo scritto sull'argomento, *Ubergesetzliche rechtfertigungsgrunde, in*

---

[48] P. Noll, *Übergesetzliche Rechtsfertigungsgrunde, in besonderen, die Eiwilligung des Verletzen*, Basel, 1955, 59.

besonderen, die Eiwilligung des Verletzen, del 1955, postula a fondamento delle cause di giustificazione, con particolare riferimento anche al consenso dell'avente diritto, un bilanciamento tra "libertà individuale" ed «interesse generale alla conservazione dei beni giuridici».

Più specificamente, secondo Noll, la possibilità di consentire alla lesione del proprio bene giuridico sarebbe un aspetto (*Teil*) della libertà individuale. Tale libertà rappresenterebbe un valore che l'ordinamento giuridico tutela sempre ed in ogni caso, anche qualora si manifesti sotto forma di consenso alla lesione di un proprio bene giuridico. Il principio giuridico che giustifica il consenso sarebbe cioè il «rispetto della autonomia della vittima»[49]. Da questa premessa deriverebbe, come conseguenza, che la mancata attribuzione di efficacia da parte dell'ordinamento al consenso dell'offeso, e dunque la violazione della libertà del titolare del bene leso, sarebbe ammissibile solo in presenza di una offesa ad un bene di valore superiore rispetto alla libertà stessa.

Più in particolare, il fatto lesivo nel suo complesso (disvalore d'azione, d'evento, colpevolezza) sarebbe da controbilanciare al valore della libertà. La efficacia del consenso, «in altri termini dipende dalla gravità della offesa e dallo scopo della stessa»[50].

Il bilanciamento non è, sempre su ammissione dello stesso autore, un bilanciamento in astratto, risolto cioè, preventivamente in sede legislativa, come sembra invece doversi intendere il bilanciamento alla base di altre scriminanti, e con particolare evidenza dell'esercizio del diritto o dell'adempimento del dovere (in relazione alle quali si utilizza infatti maggiormente il riferimento al principio logico-giuridico di non contraddizione piuttosto che al criterio valutativo-sostanziale del bilanciamento)[51]. È piuttosto un bilanciamento, «fondato su di un giudizio che faccia riferimento alla situazione concreta»[52] lasciato prevalentemente alla valutazione libera del giu-

---

[49] D. Dölling, *Fahrlässige Tötung*, cit., 91.

[50] P. Noll, *Übergesetzliche Rechtsfertigungsgrunde*, cit., 75 ss.

[51] F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., il quale mette peraltro in evidenza come, di fatto, in molte ipotesi, tra le più rilevanti, di applicazione delle scriminanti in oggetto, ritorna di fondamentale centralità l'utilizzazione di parametri, quali quello della proporzione che implicano un accertamento in concreto sulla base di indicazioni peraltro di stampo prettamente giurisprudenziale.

[52] F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 42.

dice. E proprio la pressochè totale assenza di indici normativi che possano guidare una tale libertà di valutazione è uno dei punti deboli della tesi, sul quale si concentrano gran parte delle critiche che ad una tale impostazione vengono e sono state rivolte[53].

Un ulteriore profilo che viene sottoposto a critica riguarda la assimilazione di un conflitto di interessi così peculiare, proprio perché «interno» ad uno stesso soggetto, ad un "comune" conflitto «esterno» di interessi, e la conseguente adozione degli stessi procedimenti di risoluzione: il bilanciamento appunto[54].

Uno dei criteri "sostanziali" che più frequentemente viene indicato per una soluzione del bilanciamento in questione è il criterio della proporzione. Si cerca così, da un lato, di dare una legittimazione ulteriore ad un modello di spiegazione che nasce proprio dall'esigenza di uniformare il consenso alle altre cause di giustificazione, mutuando un parametro previsto esplicitamente in alcune scriminanti (legittima difesa e stato di necessità) e ritenuto comunque generalmente elemento costitutivo implicito anche delle altre (uso legittimo delle armi; esercizio del diritto); dall'altro, di limitare quella discrezionalità di valutazione di cui il giudice necessariamente godrebbe in assenza di parametri legislativi predeterminati, data la ormai raggiunta stabilità nei risultati interpretativi relativi al requisito in parola nell'ambito – soprattutto – della legittima difesa e dello stato di necessità. Ci si riferisce, naturalmente, alla consolidata opinione secondo la quale il rapporto di proporzione deve intercorrere tra i beni in gioco, ma deve essere inteso non in senso statico e astratto, quanto piuttosto in senso dinamico con riferimento al grado della messa in pericolo cui sono esposti i beni ed ai mezzi a disposizione dei soggetti[55].

---

[53] T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 149 ss.; D. Kioupis, *Notwehr und Einwilligung*, cit., 101 ss.; T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 46 ss.

[54] D. Kioupis, *Notwehr und Einwilligung*, cit., 101 ss.; T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 46.

[55] Sul tema della proporzione, per quanto riguarda la dottrina italiana, G.V. De Francesco, *La proporzione nello stato di necessità*, Milano, 1970, 42 ss.; C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 32; Id., *Necessità (dir. pen)*, voce in «ED», XXVII, Milano, 1977, 883; più recente, F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., 405.

Naturalmente la particolare natura del consenso e del conflitto di interessi ad esso sotteso obbliga a "ritoccare" parzialmente il contenuto che, secondo interpretazione consolidata, ora si riconosce al concetto di proporzione. Ecco che allora, per esempio, gli si attribuisce un significato più ampio ed elastico, mediante l'utilizzazione in termini "negativi" del concetto; il consenso sarà cioè efficace solo nei limiti di una «non evidente e non macroscopica sproporzione fra interesse e controinteresse»[56].

Ulteriore parametro di riferimento viene riconosciuto nella "necessità". L'atto di disposizione, dunque, rende ammissibile il consenso solo se, oltre che proporzionato (o non macroscopicamente sproporzionato) risulti anche come necessario rispetto all'esigenza di tutelare un controinteresse dotato di un qualche rilievo[57]. Proporzione e necessità diventano i due criteri guida per una valutazione in concreto da parte del giudice diretta alla risoluzione di un conflitto di interessi "interno", in quanto facente capo ad un unico soggetto, che coinvolge, a seconda delle diverse versioni, il valore della libertà dell'individuo in quanto tale ed il fatto lesivo nel suo complesso[58], ovvero l'interesse (scopo) per la tutela del quale il consenso viene prestato e l'interesse sacrificato con la condotta lesiva[59].

Permane il riferimento alla proporzione ed alla necessità quali criteri per la risoluzione del bilanciamento degli interessi in presenza di un consenso del titolare del bene giuridico anche nell'ambito di posizioni che si discostano da quella per così dire originaria, pur mantenendosi legate ad una logica analoga. Ci riferiamo per esem-

---

[56] Così F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 88.

[57] *Ibidem*, 87.

[58] P. Noll, *Übergesetzliche Rechtsfertigungsgrunde*, cit.,

[59] Così F. Albeggiani (*Profili problematici*, cit., 89) il quale rileva come il valore della libertà del singolo «in quanto valore vuoto nei contenuti, può assumere un rilievo solo riflesso, nella misura in cui sia esercitato per uno scopo socialmente apprezzabile. Pertanto, il valore della libertà del singolo non sembra possa costituire da solo – come invece ritenuto da una parte della dottrina – uno dei termini del bilanciamento. Nella stessa direzione, pur maggiormente articolato, il bilanciamento secondo D. Dölling (*Fahrlässige Totung*, cit., 91) il quale, in relazione specificamente alla disponibilità del bene della vita, precisa che dato l'alto rango del bene, l'efficacia giustificante del consenso in queste ipotesi si potrà avere solo «se il valore della autodeterminazione insieme agli scopi perseguiti attraverso il fatto superino il rischio per la vita».

pio alla posizione di Jakobs[60], il quale incentra il fulcro della ammissibilità del consenso, da un lato su parametri mutuati dallo stato di necessità: il valore del bene leso dalla aggressione non può eccedere un rapporto di proporzione rispetto allo scopo dell'atto del consentire; dall'altro, tuttavia, su di una valutazione di ragionevolezza delle motivazioni, che suscita perplessità per le difficoltà di rapportarsi a parametri univoci e per il facile slittamento verso posizioni moralistiche, e/o paternalistiche[61].

I critici della tesi che, nelle sue variabili, vede nel bilanciamento di interessi il fondamento del consenso dell'avente diritto, pongono in evidenza un altro aspetto che ne inficerebbe la validità, contestando ai sostenitori della tesi suddetta di incorrere in un equivoco di fondo.

In particolare, si obbietta, il bilanciamento in concreto, quale parametro di risoluzione del conflitto di interessi, potrebbe svolgere la sua funzione e dunque assurgere legittimamente a parametro fondante l'efficacia giustificante del consenso, solo in quei casi in cui non è preventivamente stabilito dal legislatore il confine tra diritto disponibile e diritto indisponibile. Se, infatti, si è già in presenza di diritti affidati alla libera disponibilità dell'individuo, il giudizio di prevalenza è già stato preventivamente risolto a favore della libertà individuale in base ad una valutazione legislativa. In questo caso non sembra esservi alcuno spazio per un bilanciamento tra libertà individuale ed interesse pubblico alla conservazione del bene, in quanto l'unico interesse pubblico qui riscontrabile sarebbe quello di garantire la stessa libertà del singolo attraverso il riconoscimento della facoltà dell'individuo di disporre liberamente di quei beni anche attraverso il consenso.

Ugualmente nullo sarebbe il margine di operatività del bilanciamento in concreto in relazione a diritti, pur individuali, che, come nel caso del diritto alla vita, purtuttavia il legislatore ha ritenuto di sottrarre alla libera disponibilità del titolare, risolvendo già, preven-

---

[60] Sulla quale vedi peraltro, in modo più completo, *infra*.

[61] G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., §14; per una critica alla sua posizione, ritenuta moraleggiante e comunque limitativa della libertà di disposizione del singolo, vedi T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 18 ss.

Così J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht AT*, cit., §17, Rn 94 ss.

tivamente, il giudizio di bilanciamento, a favore dell'interesse pubblicistico (o comunque dell'interesse che si pone in conflitto con la libertà individuale)[62].

Il criterio rimarrebbe dunque valido in ambiti, per così dire, residuali. Seppure, infatti, come si rileva a difesa del criterio suddetto, le zone di confine, o comunque di difficile soluzione, possono risultare, ad un attento esame della legislazione vigente, più numerose di quanto non si potrebbe pensare a prima vista[63], certo è che de *iure condito*, il bilanciamento in concreto non potrebbe essere indicato quale criterio di portata generale. Ciò non toglie, peraltro, che una sua validità potrebbe essere rivalutata in una prospettiva de *lege ferenda*, qualora si volesse seguire una linea di politica criminale che volesse accentuare l'ambito di disponibilità dei beni individuali rispetto allo stato odierno.

4.3. *(segue). Ancora sul fondamento del consenso come espressione di un bilanciamento interno di interessi contrapposti; il precetto della ottimizzazione della norma penale applicato alle cause di giustificazione. La recente teorizzazione di Wolfgang Mitsch*

Una recente rielaborazione della opzione interpretativa che spiega il consenso giustificante (*Einwilligung*) sulla base del bilanciamento degli interessi (*Interessenkumulationen*), riprende il concetto di "bilanciamento interno" come peculiarità del consenso rispetto alle altre cause di giustificazione, ma evidenzia anche l'uguale fondamento "utilitaristico" delle cause di giustificazione, che accomunerebbe in particolare consenso, legittima difesa e stato di necessità giustificante. Tutte e tre le cause di giustificazione nominate, infatti, pur con le specificità del caso, si baserebbero sull'esigenza di regolamentare il soddisfacimento (*Befriedigung*) di interessi coesistenti. Gli interessi in gioco, secondo l'elaborazione

---

[62] Per una critica di questo tenore, vedi K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §13 Rn 20-21; T. Weigend, *Über die Begrundung*, cit., 46.

[63] Cfr. in questa prospettiva, F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 54.

in oggetto, sarebbero, da un lato, l'interesse alla conservazione del bene giuridico (*Rechtsgutserhaltungsinteresse*) la cui tutela è la ragione sottesa alla stessa scelta di tipicizzazione del fatto; dall'altro un interesse contrastante (*Gegeninteresse*) che (non si identificherebbe sempre con la libertà di scelta del titolare del bene giuridico, ma) si specificherebbe di volta in volta in un qualunque altro interesse del titolare per il cui soddisfacimento è necessario che sia realizzata la condotta tipicizzata dalla norma divieto. Per il soddisfacimento del *Gegeninteresse*, cioè, sarebbe necessaria la lesione di quel bene giuridico che l'ordinamento avrebbe invece avuto interesse a tutelare attraverso la previsione della fattispecie penale. Il consenso esprimerebbe, in questo senso, la manifestazione di volontà del titolare del bene in ordine al soddisfacimento del "controinteresse" e dunque in ordine al sacrificio del bene tutelato dalla norma (con conseguente rinuncia all'interesse alla conservazione del bene giuridico)[64].

Il riferimento alla proporzione ed alla necessità ritorna anche in questa elaborazione, attraverso il concetto di "ottimizzazione" (*Optimalität*).

Mitsch, infatti, riprende il criterio che fa leva sulla "ottimizzazione" della norma penale, come criterio interpretativo generale che mira a dare il massimo rilievo al contenuto prescrittivo della stessa, e lo traspone all'ambito delle cause di giustificazione intendendolo nel significato di ottimale soddisfacimento degli interessi in gioco.

---

[64] Così W. Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, cit., 162 ss. L'autore peralto precisa che, come ovvio, la causa di giustificazione può operare solo se esiste un fatto tipico; nel caso di un bene individuale la meritevolezza di tutela del bene dipende anche dal fatto che il titolare abbia in concreto interesse alla sua conservazione. In mancanza di un interesse concreto alla conservazione viene meno la legittimità costituzionale della tutela penale e dunque viene negato lo stesso fondamento della tipicità. Per questo, secondo l'autore il consenso può venire in considerazione anche come causa di esclusione della tipicità. Il consenso è causa di esclusione della tipicità, cioè, quando è manifestazione di una mancanza di interesse della vittima alla conservazione del bene giuridico oggetto della tutela penale. In questo caso il consenso non è preceduto da alcun conflitto interno. A titolo esemplificativo l'autore richiama il caso del soggetto che va dal parrucchiere per tagliarsi i capelli.

Secondo l'autore, infatti, «ottimizzazione della norma penale» non significa tutela del bene giuridico ad ogni costo, ma tentativo di proteggere tutti gli interessi, anche quelli della persona contro cui lo stesso intervento penale si rivolge, e di soddisfarli nel miglior modo possibile, in «una pratica concordanza»[65].

Dal punto di vista del piano della "giustificazione", significa, dunque, regolamentazione della fattispecie della causa di giustificazione (la fattispecie del permesso) nell'ottica del miglior soddisfacimento possibile degli interessi coinvolti: l'interesse alla conservazione del bene giuridico tipicizzato dalla fattispecie del divieto, da un lato; gli interessi, contrari che vengono soddisfatti attraverso l'aggressione al bene tutelato dalla fattispecie tipica, dall'altro.

L'ottimo assoluto è dato, naturalmente, secondo questa impostazione, dal soddisfacimento cumulativo degli interessi, la cui priorità emerge anche nel riferimento, presente in molte delle fattispecie giustificanti, al concetto di "necessità" (*Erforderlichkeit*)[66].

Particolari profili emergono, in questo ambito, in riferimento al consenso dell'avente diritto che, come detto si caratterizza per un bilanciamento interno. Il titolare del bene giuridico, infatti definisce e valuta da solo i suoi interessi e li inserisce in una scala gerarchica secondo la quale viene orientata la ottimizzazione nel senso di una soddisfazione non cumulativa ma alternativa dell'interesse preminente.

5. *La soluzione tripartita di Jakobs*

Una tesi che si connota di spunti del tutto originali, rispetto ai due filoni dominanti che propongono soluzioni bipartite o unitarie della collocazione sistematica del consenso, è senza dubbio quella di Jakobs, il quale, pure nell'ambito di una evoluzione che lo porta a

---

[65] Così W. Mitsch, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, cit., 165.

[66] Così *ibidem*, 181 ss. La possibilità di realizzare una tale soddisfacimento cumulativo degli interessi dipende, naturalmente, da vari fattori, tra cui, in particolare, dal comportamento dell'autore ma anche dal comportamento della vittima del reato in connessione con le sue possibilità concrete di incidere sul soddisfacimento stesso.

modificare in parte l'impostazione originaria, tuttavia propone anche oggi una soluzione della questione che può definirsi tripartita[67].

Partendo dal presupposto inconfutabile secondo il quale numerosi beni giuridici protetti dal diritto penale sono affidati alla libera disposizione del titolare, Jakobs evidenzia come in relazione a tali beni il volontario atto di disposizione escluda già la realizzazione del fatto tipico. Se qualcuno, esemplifica Jakobs, distrugge una porta con la volontà conforme del proprietario, non si sarà, naturalmente, in presenza di alcun fatto tipico di danneggiamento; allo stesso risultato si deve giungere nel caso in cui il consenso al fatto venga prestato in una situazione di costrizione: il proprietario acconsente alla distruzione della porta in quanto costretto dalla necessità di fuggire da una camera in cui sia divampato un incendio. In linea di principio, secondo Jakobs, la efficacia del consenso, nell'ambito dei diritti disponibili, pur in presenza di situazioni condizionanti, quali la costrizione o l'errore, sarebbe da considerarsi la regola.

Secondo l'autore, si possono individuare due modalità di aggressione di beni disponibili: mediante distruzione del bene in assenza o contro la volontà del titolare; ovvero inducendo (mediante costrizione o inganno) il titolare del bene ad acconsentire alla lesione del bene, la quale, dunque, in definitiva si realizza con il consenso dell'offeso.

La condotta tipica, in questo ultimo caso, consisterebbe, dunque, nel "plagiare" la volontà del titolare del bene giuridico, così da indurlo ad esprimere il consenso alla lesione del bene[68].

La – normalmente riconosciuta – equiparazione di queste due situazioni trova alcune eccezioni nell'ambito della disciplina dei delitti contro la libertà morale (*Notigungsdelikte*). Tali eccezioni non sarebbero però riconducibili alla regolamentazione generale della materia, ma piuttosto a particolari elementi ricavabili dalla discipli-

---

[67] Presupposto necessario, secondo Jakobs, è la consapevolezza che scopo ultimo del diritto penale non è la protezione dei beni giuridici ma la protezione del diritto, della norma penale violata con il fatto delittuoso (*Strafrecht AT*, cit., § 2, Rn 1 ss.); sulla impostazione di Jakobs, vedi T. Ronnau, *Willengsmangel*, cit., 18 ss.; B. De La Gandara Valleio, *Consentimiento*, cit., 67 ss.

[68] Così, quasi letteralmente, G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., § 7, Rn 104.

na delle stesse singole fattispecie di parte speciale, dai quali si desumerebbe la volontà del legislatore di riservare a talune ipotesi di reato un trattamento giuridico differenziato; una distinzione di rilievo sarebbe ad esempio relativa alle modalità di realizzazione della costrizione: se avvenga mediante *vis absoluta* o mediante *vis compulsiva*. In questa seconda ipotesi, infatti, il consenso sarebbe considerato idoneo ad escludere la tipicità del fatto solo se originato da particolari mezzi di costrizione tassativamente e normativamente tipicizzati; ogni altra manifestazione di consenso, altrimenti motivata, sarebbe invece irrilevante.

Si pensi, per esempio, al caso della truffa. Qui l'atto di disposizione deve essere condizionato dall'inganno; in altre ipotesi tipiche, invece, dalla minaccia (o violenza) o da specifiche modalità di minaccia (o violenza); un consenso non condizionato secondo una delle modalità tipicamente previste esclude la tipicità del fatto (un atto di disposizione condizionato da violenza o minaccia non realizza il delitto di truffa, così come un atto di disposizione condizionato dall'inganno non realizzerà una estorsione).

Questa forma di consenso che esclude la tipicità sulla base delle particolari indicazioni ricavabili dalla disciplina di parte speciale viene dall'autore assimilato all'assenso (*Einverständnis*), secondo la terminologia, come visto sopra, originariamente introdotta da Geerds.

Anche al di fuori degli ambiti di efficacia dell'assenso come sopra individuato (*Einverständnis*), ci sarebbero ipotesi in cui il consenso (*Einwillugung*) può comunque escludere la lesione del bene e dunque la tipicità del fatto, in quanto la realizzazione dello stesso dipende dalla stessa volontà del titolare del bene.

A questo proposito Jakobs individua una categoria di beni, da lui definiti «barattabili» (*tauschbaren*) che, come ad esempio, il patrimonio, la proprietà, la segretezza della corrispondenza, la libertà di movimento o la stessa integrità fisica, verrebbero dal legislatore attribuiti alla libera disposizione del titolare in quanto utilizzabili quali mezzi per la propria personale autorealizzazione. Dipenderebbe, dunque, dalla scelta del titolare stesso se dalla disposizione di siffatti beni possa a lui derivarne un guadagno od una perdita (il riferimento non è necessariamente economico) o nulla

di tutto questo. In tali casi il consenso potrebbe escludere il valore negativo dell'evento[69].

Pur riprendendo, dunque, la distinzione proposta da Geerd, tra un "assenso" che esclude la tipicità (*Einverständnis*) ed un "consenso" che esclude l'antigiuridicità (*Einwilligung*), Jakobs opera una ulteriore differenziazione, affiancando all'"assenso" che esclude la tipicità (*Einverständnis*), un "consenso", riconducibile secondo la terminologia tedesca alla *Einwilligung,* ma rilevante sempre sul piano del fatto tipico.

I criteri informatori di una tale più articolata classificazione e distinzione non sono sempre di immediata evidenza. Ciò che tuttavia sembra potersi desumere dalle parole di Jakobs è che mentre le ipotesi di "assenso" si riferirebbero a quelle fattispecie tipiche che hanno come oggetto specifico della tutela la stessa libertà di disposizione del soggetto passivo, le ipotesi di "consenso", operante sempre sul piano della tipicità, si riferirebbero alle fattispecie a protezione di qualunque altro bene giuridico disponibile che sia caratterizzato dal costituire mezzo di autorealizzazione dell'individuo che ne è portatore.

D'altra parte, mantenendo all'interno della sua impostazione la figura del consenso (*Einwilligung*) che esclude l'antigiuridicità, Jakobs si trova a dover dare soluzione all'ulteriore problematica interpretativa di quale siano i criteri atti a distinguere tra quest'ultimo e il consenso (comunque *Einwilligung*) che esclude la tipicità, come sopra individuato.

Talora, infatti, la fattispecie tipica, pur orientata alla tutela di un bene giuridico individuale, può essere realizzata a prescindere da una offesa alla autonomia, o libertà di disposizione del titolare del bene. Questo avverrebbe, secondo Jakobs, in quei casi in cui il bene aggredito non abbia la funzione specifica di costituire il mezzo per la autorealizzazione del titolare, e dunque, l'utilizzazione di un tale bene a questi fini sarà solo una ipotesi eccezionale da valutare nel contesto particolare in cui avviene. Si pensi, secondo un esempio proposto dall'autore stesso, al consenso prestato da un soggetto alla

---

[69] G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., § 7, Rn 111.

donazione di un proprio rene, rispetto invece al consenso prestato ad una mera donazione di sangue. Nel primo caso, data l'importanza del bene in gioco, il consenso può infatti essere considerato ragionevole solo in un contesto specifico e particolare; in relazione dunque ad un medesimo fatto tipico (ad esempio il fatto di lesioni) si dovrà procedere ad una valutazione concreta per stabilire se la volontà del titolare sia in grado di escludere la stessa lesione tipica ovvero potrà avere solo un effetto giustificante[70].

Se dunque nelle ipotesi del primo tipo (beni barattabili) il consenso escluderà la tipicità del fatto per il solo fatto di esistere, nelle ipotesi del secondo tipo (beni non barattabili) sarà necessaria una valutazione delle motivazioni che sono alla base dell'atto del consentire.

Come abbiamo avuto modo di accennare più sopra, Jakobs accoglie quale criterio fondante la considerazione del consenso quale causa di giustificazione, il bilanciamento di interessi, ma ancora una volta ne da una interpretazione che si discosta da quella originariamente proposta dai suoi sostenitori. In particolare l'Autore nega che i due poli oggetto del bilanciamento possano essere identificati nella libertà di disposizione da un lato e nel bene tutelato dall'altro.

Dato che, diversamente che nella autolesione, nella lesione consentita esiste una relazione sociale, in tali ipotesi non si tratterebbe di una lesione di beni di un singolo titolare, ma di una messa in pericolo di beni mediante la delusione delle aspettative sociali di comportamento. Il bilanciamento, dunque, deve porsi tra motivazioni individuali o sociali della condotta.

Il consenso giustificante, dunque, si potrà riferire ai casi in cui la mera volontà del titolare bene non è in quanto tale ragione sufficiente per motivare l'aggressione, ma è necessaria una ragionevole volontà. Ragionevolezza che, come più sopra abbiamo avuto modo di verificare, deve essere valutata alla stregua dei parametri interpretativi affermatisi in relazione alla applicazione dello stato di necessità.

Se, peraltro, non si riscontra una proporzione tra offesa e motivo dell'offesa, o comunque il motivo alla base del consenso non ri-

---

[70] *Ibidem*.

sulta essere ragionevole, il consenso, potrà tuttavia ridurre l'illiceità del fatto, in quanto, pur risultando offeso il substrato materiale del bene, non lo è la "parte personale" dello stesso e dunque, di conseguenza, la pena sarà diminuita.

6. *Il consenso quale causa di esclusione della tipicità* ("*Integrationsmodell*")

Come abbiamo già avuto modo di precisare, intorno agli anni Settanta, soprattutto in seno al dibattito tedesco sul bene giuridico, tematica ritornata di grande attualità ed interesse soprattutto in una prospettiva di riforma della parte speciale del codice penale, si fa strada una tesi interpretativa improntata ad un modello di spiegazione del bene giuridico individuale che è stato definito "modello dell'integrazione" (*Integrationsmodell*), in contrapposizione con il già illustrato modello della collisione-bilanciamento (*Kollisionsmodell*)[71].

Il dato comune alle molteplici varianti interpretative di un tale modello, è costituito, come detto, dall'inserimento della libertà di disposizione del singolo nella struttura del bene (individuale), così che questo diventa una entità composta da due elementi, uno di natura materiale, uno di natura spirituale.

L'aggressione cagionata da un soggetto terzo con l'adesione del soggetto offeso, rappresenta, secondo una tale prospettiva, una manifestazione della libertà di azione del titolare, né più né meno di quanto non lo sia una condotta di autolesione vera e propria.

Così «se il proprietario in virtù di una decisione libera, consente alla distruzione della sua cosa o la sollecita, non esiste alcuna lesione della posizione di proprietario, ma piuttosto una cooperazione nel suo esercizio liberamente tollerata»[72].

Data la compresenza, in tutti i beni giuridici individuali, dei due momenti (personale ed oggettivo), anche i delitti contro la integrità fisica, o contro il patrimonio, dunque, possono, in questa ottica,

---

[71] Così T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., *passim*.
[72] K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §13 Rn 12.

essere considerati offensivi – seppure indirettamente – della libertà individuale, quale bene tutelato nella sua complessità di forme dalle disposizioni che incriminano la violenza privata (§ 240 del codice penale tedesco).

Oggetto di tutela nei reati contro la persona non sarebbe, naturalmente, la libertà individuale *tout court* – altrimenti si giungerebbe alla conseguenza paradossale che tutti i reati contro beni giuridici individuali dovrebbero offendere in realtà un unico bene – ma un "settore" particolare, una forma di manifestazione di quella più generale libertà, tutelata nella sua complessità dal § 240 del codice penale tedesco (violenza privata), rispetto al cui ambito di azione, dunque, si riscontrerebbe solo una parziale sovrapposizione[73].

Secondo la maggior parte delle linee interpretative in questione, il legislatore definirebbe infatti, attraverso il rapporto persona-oggetto, la base per la creazione di ambiti di tutela in riferimento ai quali l'individuo sarebbe libero di disporre del bene, e quindi anche di consentire ad una offesa da parte di soggetti terzi.

Oggetto di tutela sarebbe, dunque, quella specifica libertà di disposizione che si manifesta in relazione a quegli oggetti specifici desunti dalle specifiche fattispecie tipiche[74].

Traducendo in categorie dogmatiche queste considerazioni sulla teoria del bene giuridico e dunque sulla funzione del diritto penale, taluno arriva alla conclusione che il consenso validamente prestato, escluda il fatto tipico.

Questo effetto ultimo, secondo uno dei più autorevoli sostenitori della impostazione qui illustrata – Klaus Roxin, – sarebbe la necessaria conseguenza del fatto che il consenso «esclude il disvalore dell'evento e, con questo, anche il disvalore della condotta e dunque la fattispecie tipica stessa»[75].

Siffatte conclusioni sarebbero di chiara evidenza nei casi in cui la condotta offensiva realizzata con il consenso del titolare del bene comporti una conseguenza positiva nei confronti del consenziente e rientri nell'ambito di comportamenti normali secondo un

---

[73] Così T. Ronnau, *Willensmängel*, cit., 58.
[74] *Ibidem*.
[75] K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §13 Rn 17.

giudizio sociale comune: «chi per incarico del proprietario taglia un albero per farne legna da ardere nella stufa… non realizza un disvalore d'evento e dunque un risultato tipico giustificato dal consenso, ma già, in una tale ipotesi,viene a mancare un qualunque disvalore di risultato»[76]. Alla stessa conclusione, tuttavia, si dovrebbe giungere, secondo Roxin, anche in quelle ipotesi in cui la condotta consentita non benefici il titolare, ma anzi lo "danneggi". Si pensi, esemplifica l'autore, al caso in cui «qualcuno faccia ingresso in una austera comunità religiosa e acconsenta che i membri della comunità distruggano i suoi oggetti di valore per evitare che egli cada nella tentazione di legare il suo cuore ai beni terreni». Anche in ipotesi di questo tipo, pur non usuali, si deve ritenere che venga meno lo stesso disvalore di risultato e dunque la realizzazione della fattispecie tipica[77].

Il motivo del venir meno del disvalore d'evento, in conseguenza di un valido consenso, è oggetto di particolare attenzione anche da parte di Zipf, il quale viene ritenuto uno dei primi rappresentanti della linea di pensiero che interpreta il consenso esclusivamente quale causa di esclusione del fatto tipico[78].

Nel suo manuale odierno[79] la trattazione del consenso è addirittura inserita nel capitolo intitolato «Condotta ed evento nel concetto di reato», a conferma che il punto di partenza della sua impostazione è la considerazione del consenso come elemento che incide sul disvalore d'evento e, dunque, in questo senso, sulla lesione tipica.

Coerentemente con la sua teorizzazione originaria, Zipf, ribadisce che «il consenso quale rinuncia efficace al bene giuridico fa sì che il bene individuale, che nel diritto penale viene tutelato per la sua relazione con il titolare del bene stesso, viene estromesso dall'ambito

---

[76] *Ibidem*.

[77] K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §13 Rn 18. *Contra*, H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 337.

[78] H. Zipf, *Einwilligung*, cit., 28 ss.; insieme a D. Kientzy, *Der Mängel am Straftatbestand*, cit. Per queste considerazioni vedi anche la ricostruzione di B. De La Gandara Vallejo (*Consentimiento*, cit., 91), la quale mette in evidenza come probabilmente K. Roxin è stato il primo che abbia in modo consapevole e sistematico ricollegato la collocazione sistematica del consenso sul piano della tipicità alla concezione (soggettiva) del bene giuridico.

[79] R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht*, cit., §17 Rn 30 ss.

di tutela della norma penale a causa dell'atto di disposizione dell'offeso. Il consenso diviene così un problema di lesione del bene giuridico, non di giustificazione del fatto»[80].

7. *Il consenso quale causa di giustificazione procedurale*

Una teorizzazione che solo di recente ha avuto una qualche diffusione in ambito penalistico riguarda l'ammissibilità, ed eventualmente i presupposti e i limiti, di una nuova figura dogmatica, definita «causa di giustificazione procedurale» (*prozedurale Rechtfertigung*)[81]. Il dibattito si è sviluppato in relazione alla disciplina dell'aborto, con particolare riferimento al § 218 a I del codice penale tedesco, che prevede la non punibilità dell'interruzione di gravidanza effettuata nel rispetto di una serie di prescrizioni (c.d. *Indikationsmodells*), prima tra tutte, il consenso della donna[82].

Mentre nella versione originaria la norma si esprimeva genericamente nel senso di una "non punibilità" del fatto compiuto secondo le prescrizioni, una legge del 27.7.92 (*Schwangeren- und Familienhilfegesetz*) ha sostituito la dizione generica con una più specifica, in cui compare il riferimento al requisito della non antigiuridicità dell'interruzione di gravidanza commessa in presenza delle suddette prescrizioni.

La norma è stata oggetto di giudizio di costituzionalità per contrasto con l'art. 2 II della Costituzione tedesca che tutela il diritto alla vita. La previsione di una causa di giustificazione sembrerebbe infatti legittimare l'idea di un diritto della madre alla uccisione dell'embrione e la possibilità di un bilanciamento, alquanto proble-

---

[80] *Ibidem*, §17 Rn 33.

[81] Per una trattazione esplicita delle cause di giustificazione procedurali quali espressione del pluralismo che caratterizza oggi inevitabilmente l'ordinamento nel suo complesso ed in particolare l'ordinamento penale, vedi da ultimo M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 27 ss.

[82] Segue poi una situazione di necessità coinvolgente il pericolo per la salute fisica o psichica della donna, non altrimenti evitabile se non con l'interruzione, l'effettuazione di una consulenza e la prova della stessa in presenza di un medico; l'aborto deve inoltre essere realizzato mediante intervento del medico.

matico, tra beni di rango così elevato quali la vita del nascituro e la salute della madre[83].

Il problema del fondamento della non punibilità dell'aborto consentito in presenza delle ulteriori indicazioni richieste, era peraltro già estremamente dibattuto prima della modifica legislativa[84].

La questione si può, in termini pressoché analoghi, riproporre anche in relazione alla disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, prevista dalla normativa italiana, con la L. 124/78 ed in particolare dagli artt. 19, 4 e 5 della suddetta legge. Anche nell'ordinamento italiano, infatti, è consentita la interruzione volontaria della gravidanza, nei primi novanta giorni, se vi è la richiesta della donna ed in presenza di una serie di ulteriori elementi (tra cui il pericolo per la salute psichica e fisica della donna) di natura personale e procedimentale[85].

Anche in Italia, in relazione alla fattispecie in questione, si è in effetti posto il problema della natura giuridica della non punibilità così disciplinata, e, seppure l'opinione maggioritaria la consideri una causa di giustificazione, non sono mancate voci a favore di altre soluzioni, quale ad esempio la inclusione della suddetta ipotesi tra le cause di esclusione della colpevolezza o delle cause personali di esclusione della pena in senso stretto[86].

---

[83] Sul punto, Arth. Kaufmann, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was?*, «JZ», 1992, 981.

[84] Vedi per una ricostruzione in termini di causa di giustificazione, A. Eser, *in* Schönke, Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., § 218a. Contrario a questa qualificazione, e dunque critico nei confronti della formula utilizzata dalla legge di riforma, Arth. Kaufmann, il quale propone, per situazioni quali quella in oggetto, di utilizzare la categoria del «non vietato» (*Unverbotenen*), secondo cui l'ordinamento si asterrebbe dal fare una valutazione sulla illiceità penale della condotta riconducendo così il fatto in una sorta di "spazio libero dal diritto" (*rechtsfreien Raum*); così Arth. Kaufmann, *Strafloser Schwangerschaftsabbruch*, cit., 983 ss.

[85] Mentre la interruzione dopo i novanta giorni è consentita solo sulla base di presupposti molto più rigorosi, in base alle previsioni degli artt. 19 e 6.

[86] Molti autori, peraltro, pur interpretando la disposizione attuale come causa di giustificazione ne auspicano una diversa connotazione, in particolare quale scusante o causa personale di esclusione della pena; vedi, ad esempio, L. Eusebi, *La tutela penale della vita prenatale*, «RIDPP», 1988, 1098 ss.; M. Romano, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, «RIDPP», 1989, 72 ss; M. Romano, F. Stella, *Aborto e legge penale. Riflessioni e proposte*, Milano, 1975, 28 e 29; M. Zanchetti, *La legge sull'in-*

La tesi che, tuttavia, ci proponiamo in questa sede di richiamare, è quella elaborata da Winfried Hassemer nel tentativo di utilizzare, anche nel diritto penale, in aggiunta ad un modello di giustificazione di natura sostanziale, un modello "procedimentale" di giustificazione del fatto[87].

Hassemer, non "crea" una nuova figura dogmatica, ma si limita a verificare la compatibilità con i principi e la struttura del diritto penale di un metodo già affermato nelle scienze conoscitive e nella filosofia del diritto. Data, infatti, la odierna perdita di fiducia nella possibilità di giungere alla conoscenza di una verità assoluta o di una giustizia assoluta, si è cercato di sostituire alle certezze – sostanziali – che sembrano oggi sempre più carenti, la certezza dei processi che all'oggetto della conoscenza dovrebbero condurre[88].

Secondo questa premessa, i presupposti, la cui presenza diviene necessaria per fondare e giustificare la utilizzazione del modello procedurale di conoscenza, sarebbero «una ignoranza specifica in riferimento ad un contenuto particolare la cui conoscenza è essenziale per il raggiungimento di un progetto; la necessità comunque di arrivare a quel progetto ed il tentativo di assicurare la verità e la giustizia attraverso la procedura; l'accettazione di quella procedura come un risultato certo»[89].

La critica che viene generalmente rivolta all'utilizzazione di questo modello, nell'ambito del diritto penale, riguarda il fatto

---

terruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194, Padova, 1992, 42 ss.; Id., *L. 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza*, in Crespi, F.F. Stella, Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, post art. 593, 1836 ss.; per una completa ricostruzione della disciplina e delle problematiche inerenti alla L. 194/78, vedi di recente, C. Cassani, *Legge 22 Maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in S. Canestrari (a cura di), *I reati contro la persona*, Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, *"Papa", v. I. Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 145 ss.

[87] W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, 749.

[88] Così W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 746 e riferimenti *ivi* citati.

[89] *Ibidem*, 749.

che, in questo modo, si giungerebbe a giustificare la lesione di un bene giuridico solo in conseguenza del rispetto di una procedura[90]; mancherebbe, cioè, la possibilità di individuare un bene di rango superiore, prevalente, in un giudizio di bilanciamento, secondo quello che si considera generalmente il meccanismo di funzionamento delle cause di giustificazione in senso proprio[91]. Il diritto penale, in questa situazione, sembrerebbe così tutelare non beni giuridici, ma semplicemente la correttezza di dati procedurali.

Pur riconoscendo la validità di tali argomentazioni, Hassemer legittima il modello di giustificazione procedimentale, come soluzione provvisoria, in quelle ipotesi in cui mancano al legislatore gli strumenti per una ragionevole decisione sulla illiceità o meno di un comportamento[92].

Non a caso meccanismi di non punibilità di questo tenore sono per lo più individuabili in riferimento a «condotte ad alto rischio etico»[93], in settori di sempre maggiore attualità che, tuttavia, se da un lato esigono una qualche forma di disciplina giuridica, in quanto offensive (anche se talora solo in via potenziale) di beni od interessi meritevoli di protezione, forse anche penale, d'altro canto sono poco permeabili ad una valutazione definitiva in termini di liceità od illiceità.

Ci riferiamo, in special modo, a tutti quei settori che rientrano nell'ambito della bioetica, in relazione ai quali si pone in modo eclatante la necessità di ricercare «un'adeguata composizione degli inevitabili contrasti di ordine morale, politico e religioso»[94] – si tratta

---

[90] Secondo F.C. Palazzo, *Persona (delitti contro)*, cit., 315, «la l. n. 194 non ha dato ingresso all'aborto lecito mediante la previsione di una scriminante per un fatto che rimanesse generalmente illecito, ma al contrario ha costruito le fattispecie penali come meramente sanzionatorie delle procedure necessarie per l'intervento».

[91] W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 749; vedi anche M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 29.

[92] W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., 750-751.

[93] Così M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 29.

[94] S. Canestrari, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali ed opposizioni ideologiche*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esi-*

dell'aborto, come abbiamo visto, ma anche della tutela dell'embrione, dell'eutanasia, dei trapianti di organi.

Il modello della causa di giustificazione procedimentale è stata, in effetti, con ogni probabilità, la soluzione a cui si è indirizzato il legislatore olandese, nella recente disciplina in materia di eutanasia[95]. La difficoltà, o la impossibilità, di effettuare una scelta di contenuti o di valori, nel senso di una atipicità della condotta di eutanasia consensuale o finanche nel senso di una mancanza di antigiuridicità, sulla base di un difficile bilanciamento tra libertà individuale e diritto alla vita, ha indotto il legislatore a seguire una strada neutra senza rinunciare ad una regolamentazione; non si tratta, cioè di un arretramento del diritto (*rechtsfreien Raum*), ma di una scelta che basa la non punibilità del fatto sulla correttezza di una procedura. Questa si compone di vari elementi, prima fra tutti la seria e ponderata richiesta del soggetto passivo.

Una soluzione analoga sembra emergere dalla legge Belga sull'eutanasia (l. 23 settembre 2002) che, entrata in vigore poco dopo la legge olandese, ne assimila la struttura, pur con alcuni elementi di specificità. La nuova disciplina, anche in questo caso, prevede che i medici che praticano l'eutanasia non commettono reato se rispettano le condizioni prescritte, prima tra tutte, la verifica che il paziente sia persona maggiorenne, o minore emancipato, che possieda la capacità legale ed è cosciente di ciò che sta facendo quando formula la richiesta (in forma scritta) e che la richiesta sia stata fatta volontariamente, attentamente e ripetutamente e non sia il risultato di una pressione esterna[96].

---

genze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona, cit., 11. Sulla questione dei rapporti tra bioetica e diritto, cfr., S. Rodotà (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1993; G. Losappio, *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assisitita*, «IP», 1999, 612 ss.; S. Moccia, *Bioetica o biodiritto?, Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, «RIDPP», 1990, 871 ss.; C. Pasquariello, *I confini penalistici della bioetica*, Napoli, 1999; R. Riz, *Bioetica-FIVET-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, «IP», 2000, 474 ss.

[95] Cfr. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 249.

[96] Il contenuto della legge è pubblicato in «Bioetica», 2004, I, 112 ss.

Nell'ambito di queste soluzioni, il consenso del paziente diviene una delle componenti (pur di primaria importanza) della procedura il cui rispetto porta alla non punibilità del fatto. Esso, dunque, evidentemente, solo in modo del tutto sfumato viene inteso e valorizzato in termini di libertà di disposizione dell'individuo in ordine al proprio personalissimo diritto alla vita.

Questo è tanto più evidente se si considera che la legge olandese punisce, oltre all'omicidio, anche l'omicidio del consenziente e l'istigazione al suicidio, in una complessiva tutela della vita umana assoluta, quasi di stampo "oggettivistico"[97].

Forma e funzione in qualche misura procedurale, sembra assumere il consenso anche nell'ambito della disciplina dei prelievi e dei trapianti *post mortem* di organi e tessuti, regolamentata dalla l. 1°. 4. 1999 n. 91.

La legittimità del prelievo, per quanto concerne i presupposti soggettivi (art. 4 co. 1-3) è condizionata, infatti, alla manifestazione di un valido consenso effettuata in vita dal defunto, a cui, tuttavia, viene equiparato il mancato dissenso entro 90 giorni dalla notifica da parte delle ASL di una «richiesta di dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi o tessuti». L'art. 4 ult. co. sanziona con pena fino ai due anni di reclusione ed interdizione dalle professioni sanitarie per due anni, la condotta di chi asporti organi o tessuti da soggetto non donatore o comunque senza aver provveduto ad accertare la volontà reale o presunta del defunto, stabilendo, – è stato rilevato – così, una equiparazione a fini penali, di quelle condotte che siano effettivamente offensive del diritto di autodeterminazione del soggetto sul proprio corpo e di «condotte di per sé soltanto irrispettose della procedura cui attenersi in occasione del prelievo di organi»[98].

---

[97] Definisce «paradossale» la situazione della disciplina olandese, B. Magro *Eutanasia e diritto penale*, cit., 250. Sull'evoluzione della disciplina normativa in tema di omicidio ed eutanasia in Olanda, vedi, di recente, G. Cimbalo, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in *Eutanasia e diritto*, a cura di S. Canestrari, G. Cimbalo, Pappalardo, Torino, 2003, 140 ss.

[98] Così A. Vallini, *L. 1°/4/1999 n. 91. Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, «LP», 2000, 445.

8. *Profili della rilevanza penale del consenso ad una condotta pericolosa: un confronto tra la figura della* einverständliche Fremdgefährdung *e il consenso dell'avente diritto*

Come noto la figura della *einverständliche Fremdgefährdung*, cioè del consenso ad una situazione di pericolo posta in essere da un terzo, nasce in relazione – e in un certo senso in opposizione – alla figura della *eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers* (autoesposizione responsabile al pericolo da parte della vittima), per designare insieme a questa le modalità con cui la vittima del reato può intervenire nella realizzazione dello stesso, a prescindere dai casi riconducibili al vero e proprio consenso dell'avente diritto (*Einwilligung*)[99].

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, le due situazioni si differenziano, secondo la interpretazione più condivisa, in base al criterio del dominio del fatto. In questa ottica, infatti, si avrà autoesposizione al pericolo quando è la stessa vittima che ha e mantiene il dominio del fatto a suo carico e il terzo è solo un partecipe che agevola l'autoesposizione stessa.

Diversamente, il consenso ad una situazione di pericolo da altri posta in essere, presuppone che la vittima presti solo una consapevole adesione alla creazione della situazione di rischio a suo danno, mentre il dominio degli eventi sia fino all'ultimo momento nelle mani del terzo soggetto[100].

Il criterio distintivo proposto nei termini di cui sopra si fa risalire a Roxin, cui è generalmente ricondotta anche la paternità della teorizzazione delle due figure, la cui rilevanza deve, secondo l'autore,

---

[99] K. Roxin elenca tre situazioni che possono incidere sulla imputazione dell'evento all'autore non solo nelle ipotesi di delitti colposi, ma anche nel caso di fattispecie dolose: la partecipazione ad una autoesposizione al pericolo volontaria; il consenso ad una situazione di pericolo creata da terzi; la imputazione dell'evento ad un ambito di responsabilità altrui (K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, Rn. 85).

[100] La necessità di una distinzione tra le due ipotesi è tanto più evidente, secondo Roxin, se si considera che già a livello legislativo si è in presenza di una diversità netta di trattamento: la non punibilità dell'autolesione (e dell'automessa in pericolo), da un lato; la punibilità dell'omicidio su richiesta e (a certe condizioni) delle (etero)lesioni consentite, dall'altro (*Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin, 1973, 250).

sulla base di precisi presupposti, ricondursi al piano della imputazione oggettiva dell'evento con particolare riferimento al parametro dello scopo della norma violata[101].

Secondo Roxin, infatti, se l'autoesposizione al pericolo, nel caso in cui sia posta in essere in modo responsabile[102] e con consapevolezza dei rischi, esclude sempre la riconducibilità all'autore dell'evento che non rientra nell'ambito di tutela della fattispecie violata[103], invece il consenso al pericolo sarebbe in linea di principio irrilevante sul piano della responsabilità del terzo e, solo in presenza di specifici presupposti, che lo portano ad assimilarsi ad una vera e propria autoesposizione al pericolo, potrà escludere la imputazione dell'evento e dunque la punibilità dell'agente.

In particolare, due sono i requisiti richiesti: il primo, di natura oggettiva, consiste nella esigenza che l'evento che si verifica sia la conseguenza dello specifico rischio creato dal soggetto dal terzo in questo caso) e a cui la vittima ha consentito; il secondo, di natura soggettiva, consiste invece nel fatto che colui che ha consentito al rischio abbia lo stesso livello di "responsabilità" di chi lo ha posto in essere, nel senso che vi sia il medesimo livello di consapevolezza della situazione e l'adesione sia dettata da una decisione autonoma[104].

Casi esemplificativi di questa particolare e – nel pensiero di Roxin -autonoma figura dogmatica sono, secondo l'autore, il "clas-

---

[101] K. Roxin, *Zum Schutzzweck*, cit., 224. Commentando la decisione del BGH relativa ad un caso di induzione colposa al suicidio (c.d. *Polizei Pistolen Fall*: un poliziotto aveva lasciato incustodita l'arma carica, conoscendo le tendenze suicide di una donna sua amica, che, infatti, trovata l'arma si suicidò), in cui l'accusato venne assolto sulla base della argomentazione per cui, non essendo reato il suicidio, in base alle regole sul concorso, non sarebbe stata punibile alcuna partecipazione al suicidio stesso, né dolosa, né tantomeno colposa, K. Roxin, critica il riferimento alle prescrizioni generali in tema di concorso, ritenendo sufficiente riferirsi al dettato del § 222 StGB, il cui scopo di tutela non ricomprenderebbe casi quali quelli in commento.

[102] La questione della individuazione dei criteri cui rapportare la responsabilità dell'autoesposizione al pericolo della vittima rappresenta uno dei nodi maggiormente problematici della impostazione. Sul punto, vedi W. Frisch, *Tatbestandsmässiges Verhalten*, cit.

[103] Cfr. *supra*, quanto precisato nella *Introduzione*, in particolare, par. 1.4 e riferimenti *ivi* citati.

[104] K. Roxin, *Zum Schutzzweck*, cit., 252; Id., *Strafrecht AT*, cit., § 11, Rn. 98 ss.

sico" caso dell'attraversamento del fiume Memel[105], o casi, anch'essi classici nell'ambito delle trattazioni delle problematiche inerenti alla teoria della imputazione oggettiva dell'evento, quali quelli della persona che accetta di far guidare la propria auto da un amico palesemente ubriaco e poi rimane ferito nell'incidente che ne consegue; ovvero ancora del passeggero che incita il guidatore a tenere una velocità eccessiva per arrivare presto alla meta e poi rimane vittima dell'incidente; ma anche casi di maggiore attualità quali quelli concernenti la cessione di sostanze stupefacenti seguita da morte del tossicodipendente nel caso in cui sia il soggetto spacciatore ad iniettare la droga nelle vene della vittima, ovvero le ipotesi di contagio di HIV seguito a rapporti sessuali consensuali con partner infetto[106].

Molte di queste ipotesi sono state in sede giurisprudenziale risolte con il riferimento al consenso dell'avente diritto, la cui rilevanza è stata poi esclusa sulla base dell'argomentazione della indisponibilità del bene[107].

Secondo Roxin, il riferimento al consenso sarebbe errato perché, in ipotesi, quali quelle che generalmente vengono in questione, l'atto di accettazione riguarda la condotta pericolosa ma non l'evento lesivo, che, anzi, colui che liberamente si pone in una situazione

---

[105] C.d. *Memel-Fall* (RGSt 57, 172) cit., retro; il Tribunale assolse l'imputato dall'accusa di omicidio colposo. Pur non potendo, infatti, dare rilevanza al consenso scriminante, a causa della indisponibilità del bene vita, i giudici affermarono che l'assunzione volontaria e consapevole del rischio da parte della vittima escludeva la violazione delle regole cautelari, se, come accertato nel caso concreto, l'autore avesse agito nel rispetto della diligenza richiesta in una situazione di normalità. Il caso è riportato da tutta la letteratura che si è occupata della tematica della partecipazione della vittima al reato. Tra gli altri cfr. – oltre naturalmente a K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, Rn. 98 – R.P. Fiedler, *Zur Strafbarkeit der eiverständliche Fremdgefährdung: Unter besonderer Berucksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Berlin, 1989, 9; S. Walther, *Die Eigenverantwortligkeit*, cit.

[106] Ipotesi, queste ultime, da taluno (vedi, in particolare W. Frisch, *Selbstgefährdung*, cit.) ricondotte invece a casi di autoesposizione al pericolo, a testimonianza, peraltro, di quanto poco univoca sia la linea di demarcazione tra quest'ultima figura e la *einverständliche Fremdgefährdung*. Sul punto vedi anche quanto precisato *supra*, nella *Introduzione*, par. 1.4

[107] O, come appunto nel *Memel-Fall*, anche con il riferimento al profilo della violazione delle regole cautelari.

pericolosa, spera generalmente che non si verifichi. Il consenso per essere efficace deve infatti, secondo l'autore, essere un consenso alla lesione, non essendo sufficiente che si rivolga alla condotta pericolosa, salvo, naturalmente che l'evento non sia elemento costitutivo del reato[108].

Nella diversità dell'oggetto su cui ricade l'atto del consentire, dunque, sta, secondo l'autore, l'elemento distintivo tra le due categorie e il fondamento della autonomia della *einverständliche Fremdgefährdung*, ricondotta, come detto, eventualmente, al piano della imputazione oggettiva dell'evento.

L'autonomia della categoria rispetto al consenso è sostenuta anche da Fiedler, il quale individua una scala di intensità delle forme di partecipazione della vittima al reato, costituita da tre gradini. Agli opposti estremi della scala, Fiedler pone, da un lato, il consenso (*Einwilligung*) come esposizione ad una situazione di pericolo e volontà dell'evento lesivo che da quel pericolo consegue; dall'altro, la realizzazione di un comportamento pericoloso o dannoso, senza consapevolezza né volontà del pericolo né dell'evento lesivo (*allgemeines Lebensrisiko*); nel gradino intermedio, invece, colloca, appunto, la *einverständliche Fremdgefährdung*, situazione caratterizzata dal fatto che il soggetto «cerca un determinato contatto sociale da cui, egli è consapevole, derivi un concreto pericolo di lesione per un determinato bene giuridico. Ciononostante egli espone il suo bene giuridico disponibile ad un tale rischio»[109]. La condizione psicologica del titolare del bene sarebbe, in questa ottica, analoga a quella che caratterizza la colpa cosciente e cioè, da un lato, la previsione della possibilità che l'evento tipico si realizzi, dall'altro, tuttavia, la fiducia nella sua non verificazione[110].

---

[108] K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., § 11, Rn. 99 ss.

[109] Così testualmente R.P. Fiedler, *Zur Strafbarkeit*, cit., 6; nello stesso stesso, vedi anche G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., §7, Rn 126.

[110] R.P. Fiedler, *Zur Strafbarkeit*, cit., 6; i parametri caratteristici della colpa cosciente ed i presupposti distintivi rispetto al dolo eventuale sono utilizzati anche nell'ambito di altre ricostruzioni teoriche che si sono rivolte alla individuazione dell'oggetto del consenso. Per quanto concerne la dottrina italiana, vedi in particolare F. Bricola, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, «BIDPP», 1960/61, 90 ss., oggi in S. Canestrari, Al. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo, I, 67 ss., e C. Pedrazzi,

Tra coloro che tengono distinti i presupposti costitutivi della *einverständliche Fremdgefährdung*, rispetto al consenso dell'avente diritto[111], non c'è tuttavia alcuna omogeneità di vedute in ordine ai presupposti della sua rilevanza, che variano dal riferimento alla imputazione oggettiva[112], al principio vittimologico della autoresponsabilità[113], o ancora alla ricostruzione delle regole di diligenza[114] o, comunque, alla estensione del rischio consentito[115].

9. *(segue). In particolare: l'oggetto del consenso*

Molti sono, invece, coloro che negano un'autonomia dell'istituto in questione e che ritengono che le ipotesi di *einverständliche Fremdgefährdung* siano da risolvere alla stregua dei principi posti a

---

voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., sulle cui impostazioni torneremo, peraltro, tra breve. Sugli istituti della colpa cosciente e dolo eventuale e i parametri distintivi la letteratura è sterminata. In Italia, pur con soluzioni differenziate, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella truttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, *passim*, al quale si rinvia anche per la accurata ricostruzione critica del dibattito italiano e di oltralpe; Id., *La definizione legale del dolo*; *il problema del dolo eventualis*, «RIDPP» 2001, 920; F. Curi, *Terzium datur*, Milano, 2003, 200 ss.; G.V. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, «RIDPP», 1988, 145 ss.; L. Eusebi, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, «RIDPP», 2000, 1070 ss.; S. Prosdocimi, *Dolus eventualis, il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 32 ss.

[111] Oltre a K. Roxin, e R.P. Fiedler, vedi, nella dottrina tedesca, anche M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974; B. Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik des Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte*, «JA», 1975, 715 ss.

[112] K. Roxin, *Zum Schutzzweck*, cit., 250.

[113] R.P. Fiedler, *Zur Strafbarkeit*, cit., 113 ss.; B. Schünemann, *Zur Stellung des Opfers*, cit., 439 ss.

[114] In questa ottica vedi, ad esempio G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 609, in nota, il quale ritiene «la libera scelta dell'interessato di esporre al pericolo beni anche rilevanti e dunque propriamente sottratti alla propria sfera di "disponibilità", non potrà che incidere… su quel bilanciamento tra le grandezze pertinenti al rischio e alla utilità dell'attività pericolosa che si è visto essere alla base della ricostruzione della stessa regola di diligenza».

[115] K. Geppert, *Rechtfertigende Einwilligung des Verletzen Mitfahrers*, «ZStW», 1971, 992. Per una ricostruzione delle varie posizioni, vedi R.P. Fiedler, *Zur Strafbarkeit*, cit., *passim*; riferimenti anche in K. Roxin, *Strafrecht AT*, cit., §11, Rn. 98 ss.

fondamento del consenso dell'avente diritto essendo a questo analoghe per quanto concerne i presupposti contenutivi[116].

La ragione di fondo si basa sulla convinzione che, soprattutto in riferimento ai delitti colposi, (ambito privilegiato di verificazione di tali ipotesi) anche per la efficacia del consenso vero e proprio sia sufficiente l'adesione alla condotta pericolosa e sia ultroneo richiedere la volontà dell'evento lesivo, necessaria, invece, in riferimento ai reati dolosi di evento[117]. Le argomentazioni, poi, attraverso le quali si giunge ad una tale conclusione sono le più disparate e dipendono, naturalmente, dalle particolari concezioni dogmatiche che vengono accolte e seguite.

Da un lato, infatti, riferiscono *l'einverständliche Fremdgefährdung* al consenso ed alla sua disciplina coloro che, sull'onda del pensiero di Welzel e della sua concezione del reato, ed in particolare del delitto colposo, incentrano il disvalore del fatto sul disvalore della condotta (la violazione delle regole cautelari), rite-

---

[116] D. Dölling, *Fahrlässige Tötung*, cit., 80 ss.; T. Hillenkamp, *Verkehrsgefährdung durch Gefährdung des Tatbeteiligten*, «NJW», 1976, 1904; H.J. Hirsch, *vor § 32, Rn 92*, *Leipziger Kommentar*, Berlin-New York, 1985; H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 533; K. Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 1989, vor §211, Rn 3; J. Wessels, *Strafrecht*, *AT*, cit., 104; in Italia, vedi A. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 224, il quale riconduce il consenso ad un pericolo creato da terzi al piano della antigiuridicità.

Parzialmente differente la impostazione di Jakobs, il quale distingue, nell'ambito del consenso, riferimento sia al consenso che esclude la antigiuridicità sia a quello che esclude la tipicità, un consenso finale, volontà dell'evento lesivo, e un consenso non finale, volontà dell'esposizione a rischio, riconducendo a questa seconda ipotesi, ad esempio, la partecipazione alle attività sportive o alla circolazione stradale (G. Jakobs, *Strafrecht AT*, cit., §7, Rn. 125 ss.).

[117] Cfr. in tal senso G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 555; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *I*, *La fattispecie*, Padova, 1993, 310. Di un tale avviso è anche F. Albeggiani (*Profili problematici*, cit., 117) il quale, tuttavia, precisa come si debba ravvisare «l'oggetto del consenso nei reati colposi *via principale* nell'azione pericolosa, ma a condizione di specificare che il pericolo al quale si consente non può prescindere da un certo grado di concretezza determinato riferimento a *categorie di eventi* e *grado di probabilità della loro verificazione*». Ritiene sufficiente che l'avente diritto voglia il proprio comportamento consistente nell'esporsi al pericolo, non essendo, invece, necessaria la volontà dell'azione od omissione pericolosa dell'agente né, tantomeno, dell'evento, R. Riz, *Il consenso*, cit., 237.

nendo l'evento solo un elemento accessorio non qualificativo della tipicità del fatto[118].

Diverse, invece, le argomentazioni utilizzate da chi, come Dölling ritiene che la competenza a consentire, attribuita al titolare dei beni giuridici, in relazione ad alcuni fra questi, comporterebbe la facoltà di dispensa dalla norma giuridica posta per la loro tutela. Il consenso, dunque, neutralizzerebbe il divieto rivolto alla condotta e renderebbe così privo di tutela l'oggetto da quella minacciato. In questa ottica ciò che rileva, nel caso concreto, è la volontà del titolare del bene di rinunciare alla tutela giuridica e di abbandonare il bene stesso alla condotta pericolosa; diviene invece irrilevante che il soggetto abbia la volontà della lesione dell'oggetto o confidi, invece, in una non verificazione della stessa[119].

La particolare concezione dell'illecito, basata su di una prospettiva di valutazione *ex ante*, è alla base anche della posizione di Mir Puig sul punto. Dato che, secondo la sua prospettiva, «la norma può proibire o ordinare ad un cittadino di tenere determinate condotte solo in riferimento alla loro pericolosità ex ante, non perché da quelle risulti *ex post* la effettiva causazione di una offesa»[120], diviene consequenziale ammettere che, nel de-

---

[118] H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 1969, 97 ss. In tal senso vedi ad esempio H.J. Hirsch, *vor § 32, Rn.92 ss. Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, cit.; F. Schaffstein, *Handlungsunwert, Elfolgsunwert und Rechtsfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, *Festschrift für Welzel*, cit., 576 ss.; per una critica che coinvolge sia tale visione dell'illecito colposo, sia la stessa plausibilità di una correlazione tra l'estromissione del disvalore d'evento dall'illecito colposo ed i limiti di efficacia nello stesso del consenso dell'avente diritto, vedi F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 114 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 309 ss.; in generale, per una critica delle prospettive fondate sul disvalore d'azione e la loro difficile compatibilità con il nostro ordinamento, vedi anche G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 328 ss.; N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.

[119] Così D. Dölling, *Fahlässige Tötung*, cit., 82 ss. Sul punto, cfr. anche S. Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, cit., 35, la quale ritiene che alla base di una tale posizione vi sia tuttavia l'accoglimento, anche da parte di Dölling della tesi che vede il nucleo dell'illecito colposo nel disvalore dell'azione (*Handlungsunrecht*).

[120] Così S. Mir Puig, *Sobre el consentimiento en el delito imprudente*, «ADPCP», 1991, I, 266.

litto colposo, il consenso possa riferirsi anche solo alla condotta pericolosa[121].

In altri casi si ritiene che il consenso alla lesione ed il consenso alla situazione di pericolo siano da accomunare, semplicemente sulla base di motivazioni di opportunità politico criminale, in quanto, altrimenti, mai si potrebbe parlare correttamente di consenso dato che nessuno, in genere, acconsente e vuole l'evento lesivo[122].

A prescindere in ogni caso dalla enorme varietà di posizioni in argomento, ci sembra che le soluzioni più appropriate siano quelle di chi ha voluto svincolare l'efficacia del consenso dalla volontà dell'evento lesivo, ma non dall'evento lesivo in sé.

Superata, infatti, ormai definitivamente la tesi che individuava la natura del consenso in un accordo, inteso come incontro di due volontà – tesi che portava inevitabilmente ad escludere la applicabilità della scriminante ai delitti colposi[123] – un ulteriore passo in avanti si è compiuto nella misura in cui si è negata la stessa necessità che il consenziente voglia il fatto lesivo a suo danno motivando sul fatto che, come si è affermato «il fatto si svolge al di fuori del suo raggio di azione», mentre la volontà «non può riferirsi che ad un comportamento dello stesso consenziente»; ci riferiamo in particolare alla prospettiva seguita da Pedrazzi, il quale precisa che tuttavia la relazione psichica tra chi consente e il fatto di chi agisce non si possa risolvere in una mera rappresentazione dell'evento ma che sia necessaria, almeno, una accettazione del rischio di verificazione dello stesso[124].

Questo è il risultato cui è giunto anche chi, come Bricola, pur considerando quale punto di riferimento essenziale dell'atto del

---

[121] S. Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, cit., 562. Sulla posizione di S. Mir Puig, e in generale della dottrina spagnola sul punto, vedi J.M. Tamarit Sumalla, *La victima*, cit., 88 ss.

[122] H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 534.

[123] Per una ricostruzione del dibattito, cfr, F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 94 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 555; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 310; R. Riz, *Il consenso*, cit., 249.

[124] Così C. Pedrazzi, voce C*onsenso dell'avente diritto*, cit., il quale precisa che «occorre che l'avente diritto accetti l'evento, inteso soprattutto come evento senso giuridico, come lesione o minaccia al bene protetto, e lo accetti come conseguenza dell'altrui condotta: sì da abbracciare i momenti essenziali del fatto».

consentire, in ogni caso, l'evento offensivo, ciò nonostante propone una articolata ricostruzione del fenomeno e delle molteplici forme di partecipazione psichica del titolare del bene ad un tale evento[125]. Esse sarebbero, cioè, graduabili dal «semplice consenso ad una attività genericamente rischiosa, al consenso della stessa con consapevolezza, ma non accettazione del rischio, al vero e proprio rischio consentito (o accettazione del rischio), per arrivare, infine, alla vera e propria volontà (o consenso) dell'evento»[126]; su questa linea, solo a partire dalla fase dell'accettazione del rischio, la partecipazione del titolare del bene acquisterebbe una efficacia scriminante nei confronti del comportamento pericoloso o lesivo posto in essere dal soggetto agente, mentre le altre forme di adesione, dotate di minore intensità, potrebbero, eventualmente, svolgere una rilevanza in altri ambiti, come fattori di esclusione della colpa[127], di attenuazione della pena ex art. 62 n. 5 c.p.[128], di commisurazione della pena ex art. 133 c.p.

---

[125] Così F. Bricola, *Aspetti problematici*, cit., 90.

[126] Così testualmente *ibidem*, 92.

[127] Il caso preso esame da Bricola è il seguente: «il capo fonditore di una fabbrica decide, previo consenso di due operai particolarmente esperti e dotati di sperimentata capacità, di compiere una determinata operazione con modalità diverse da quelle ordinarie e delle quali egli deve conoscere, virtù della sua qualifica e delle sue specifiche cognizioni tecniche, il carattere rischioso. Dall'operazione i due operai consenzienti risultano l'uno ferito e l'altro ucciso…». L'autore sembra ammettere un rilievo dell'affidamento riposto dall'agente nelle capacità e nello stesso consenso delle vittime sulla configurabilità di una responsabilità colposa. Secondo Bricola, infatti, «il consenso di una persona, notoriamente avveduta e titolare dell'interesse esposto a pericolo, ad intraprendere una attività genericamente rischiosa, può escludere concreto il carattere negligente o imprudente del comportamento dell'agente. Trattasi di una valutazione che il giudice deve compiere caso per caso; ove però si riscontri che il consenso del soggetto passivo ha escluso l'evento dal raggio di rappresentabilità dell'agente, la conclusione positiva discende automaticamente dalle premesse fissate sede teorica. Nessuna influenza può viceversa avere tale consenso sotto il profilo dell'evitabilità» (così *ibidem*, 95 ss.).

[128] Salvi, naturalmente, i limiti ristretti che caratterizzano tale fattispecie. Sulla interpretazione giurisprudenziale dell'art. 62 n. 5 e la conseguente pressocché totale disapplicazione, ci permettiamo di rinviare al nostro *Condotta della vittima ed analisi del reato*, cit. Sul punto, più recentemente, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, cit., 193.

Capitolo terzo

I LIMITI DI EFFICACIA DEL CONSENSO: LA DISPONIBILITÀ DEL DIRITTO

1. *Il significato del termine "disponibilità" e la sua capacità selettiva rispetto all'ambito di efficacia dell'art. 50 c.p.*

Si afferma, comunemente, che il consenso è efficace quando è relativo alla messa in pericolo o lesione di un diritto disponibile. Questo, nell'ambito del dibattito italiano, si desume dalla dizione dell'art. 50 c.p. il quale, testualmente, afferma che «non è punibile chi pone o mette in pericolo un diritto con il consenso della persona che può validamente disporne». Il legislatore, nella relazione al progetto di codice penale, afferma espressamente di aver scelto il riferimento alla disponibilità del diritto, tra le varie opzioni emerse in sede di dibattito sui limiti di efficacia del consenso, ritenendo che rappresentasse il criterio più "sicuro"[1].

Nonostante la perentorietà di tale affermazione, come noto, tuttavia, uno degli aspetti dell'interpretazione dell'art. 50 maggiormente dibattuti è proprio legato all'individuazione di quali diritti possano essere considerati diritti disponibili.

In particolare, se nessun problema mai si è posto in relazione ai diritti patrimoniali, maggiormente problematica diventa la riferibilità di siffatto concetto ai diritti personali.

Sotto questo profilo, si deve, peraltro, evidenziare che la tendenza interpretativa è sempre stata, per lo più, nel senso di tentare la formazione di cataloghi di diritti (o beni) disponibili ed indisponibili, prescindendo, spesso, da un approfondimento dei criteri fon-

---

[1] Lav. prep. al Codice penale, Rel. Appiani, 113.

danti una tale distinzione e da un'indagine sulla stessa nozione di disponibilità del diritto come categoria giuridica; in questo modo, non si è fatto altro che spostare la questione senza creare le basi per una soluzione reale del problema[2].

Nelle impostazioni più risalenti, come noto, il concetto di disponibilità del diritto era strettamente connesso alla titolarità dello stesso. Il soggetto che aveva la titolarità del bene veniva, dunque, indicato anche come colui che aveva il potere di disporne.

In questa ottica, si affermava, infatti, che «è fuori contestazione che il consenso non ha alcuna efficacia nei reati che offendono direttamente gli interessi dello Stato come pure nei delitti che offendono un numero indeterminato di persone»[3].

Un altro criterio di riferimento spesso utilizzato, quale verifica del carattere disponibile di un diritto, era individuato nel regime di procedibilità legislativamente previsto per il reato relativo. Dalla procedibilità a querela – nei casi, in particolare, in cui questa fosse motivata dalla mancanza di interesse dello Stato a reprimere quei reati, in considerazione della loro lieve entità – si sosteneva l'efficacia del consenso e, dunque, la disponibilità del diritto[4].

Il riferimento alla titolarità del diritto viene in breve sostituito – o quantomeno integrato – dall'altro parametro – che diventerà dominante e permarrà, con varianti più o meno evidenti, fino ai nostri giorni – incentrato sulla esistenza di un interesse alla tutela del diritto da parte dello Stato. I diritti indisponibili sono, secondo questo parametro interpretativo, tutti quei diritti in relazione ai quali è rinvenibile un interesse diretto dello Stato alla tutela. In assenza di un tale interesse, il diritto è catalogato come disponibile.

---

[2] B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 68; R. Riz, *Il consenso*, cit., 85 ss.

[3] Così F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 226, ma anche, sempre per quanto concerne la dottrina italiana, F. Grispigni, *Il consenso*, cit., 345.

[4] Così F. Grispigni, *Il consenso*, cit., 353 ss., il quale, peraltro a conferma della non univocità del criterio, distingue i reati punibili a querela di parte a seconda che il regime di procedibilità sia fondato su difetto di interesse sociale alla repressione penale ovvero su di un conflitto di interessi tra lo Stato ed il soggetto leso; solo nei casi cui sia individuabile una carenza di interesse sociale all'intervento, il diritto corrispondente sarà da considerarsi disponibile. F. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1933, 514; *contra*, C. Saltelli, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto*, «ADPP», 1934, 265; T. Delogu, *Teoria*, cit., 222.

La distinzione tra beni disponibili e beni indisponibili non necessariamente corrisponde così alla distinzione esistente tra beni individuali e collettivi; non essendo più il riferimento alla titolarità elemento determinante per la attribuzione della qualifica di disponibile o meno, infatti, se, di regola, tutti i beni collettivi vengono per ciò stesso considerati come indisponibili rispetto al singolo individuo, non è sempre vero che tutti i beni individuali siano inevitabilmente da considerare disponibili. Anzi.

Nel caso in cui, infatti, lo Stato vanti un interesse diretto alla tutela di quel determinato bene individuale, questo sarà sottratto alla libera disposizione del singolo titolare. Seguendo questo percorso logico, il paradosso cui si è giunti – è stato giustamente rilevato – in un ordinamento statalista, quale era quello coevo all'entrata in vigore del codice penale e del codice civile, è stato che, ai fini del diritto penale ed, in particolare, dell'applicabilità dell'art. 50 c.p., i beni per definizione di natura più strettamente personale sono stati sottratti alla disponibilità del titolare, proprio sulla base di un riconoscimento dell'interesse diretto ed esclusivo dello Stato alla loro tutela[5]. Si pensi, solo per riferirsi agli esempi più emblematici, al diritto alla vita ed al diritto alla integrità fisica.

Uno dei più lucidi teorizzatori – per quanto riguarda l'area della penalistica italiana – della impostazione che fa leva sull'interesse pubblico alla protezione del bene, fu senz'altro Delogu.

L'autore nega recisamente ogni validità al criterio incentrato sulla titolarità del diritto, partendo dalla considerazione che la disponibilità, presupposto per la validità del consenso, «altro non può essere che la possibilità che offre un diritto di consentire alla sua lesione». In quanto tale, la disponibilità è, secondo Delogu, una qualità del diritto e, dunque, una qualificazione di natura oggettiva, che prescinderebbe perciò da «ogni considerazione del soggetto al quale il diritto appartiene» e dai rapporti «che possono intercorrere tra il diritto ed il suo titolare»[6].

Per costruire un sistema generale della disponibilità che si basi su criteri suscettibili di una applicazione il più possibile coerente ed

---

[5] B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 68.
[6] T. Delogu, *Teoria*, cit., 219.

uniforme, Delogu evidenzia primariamente un dato: «in fondo, ciò che giustifica la disponibilità ai fini penali è la circostanza che la lesione del diritto corrispondente non interessa direttamente lo Stato, in quanto non attacca immediatamente le condizioni indispensabili per la sua esistenza»[7].

Partendo dal presupposto secondo il quale il consenso avrebbe natura di negozio giuridico e che il negozio giuridico è uno strumento dell'autonomia privata con il quale l'individuo ha la possibilità di regolare i propri interessi di natura privata, l'autore giunge alla conclusione secondo la quale attraverso il consenso potranno essere regolati solo interessi di natura privata, ed in particolare solo diritti soggettivi privati[8].

Fatta questa premessa, la distinzione che, secondo l'autore, si rende opportuna è quella tra diritti patrimoniali e non patrimoniali, separabili questi ultimi, a loro volta, in diritti di famiglia[9] e diritti personalissimi. Tra i beni personalissimi, recuperando una distinzione già proposta da Arturo Rocco, egli opera una ulteriore distinzione, individuando i diritti personali che hanno per oggetto un bene materiale dell'individuo, e quelli che hanno invece per oggetto un bene morale[10].

Individuata la categoria dei diritti privati, il parametro, infine, a cui l'autore si affida per qualificare il bene come disponibile od indisponibile, si incentra sul requisito della trasmissibilità, senza tuttavia trovarvi un connotato univoco della disponibilità; se, infatti, continua Delogu, certamente, tutti i beni trasmissibili possono essere per ciò stesso oggetto di efficace consenso (così senza dubbio i beni patrimo-

---

[7] *Ibidem*, 224; in questo senso già Grispigni (*Il consenso*, cit., 87) secondo il quale alcuni beni non sono tutelati in quanto rappresentano una immediata utilità generale. Questa utilità è soltanto mediata; in quanto cioè essi servono per il singolo; e lo Stato li difende appunto per il singolo perché cioè al singolo non manchino i mezzi per soddisfare i suoi bisogni.

[8] T. Delogu, *Teoria*, cit., 224.

[9] «La nozione dei diritti di famiglia è molto semplice, in quanto comunemente si intendono per tali i diritti che discendono dai rapporti in cui è il soggetto nel gruppo familiare». Così *ibidem*, 225.

[10] Secondo questa distinzione farebbero parte della prima categoria il diritto alla vita, all'integrità fisica e quelli avente ad oggetto il cadavere; della seconda categoria, il diritto alla vita sessuale, all'onore, alla libertà individuale.

niali), d'altra parte non tutti i beni intrasmissibili sono anche indisponibili. Il parametro della trasmissibilità deve dunque essere integrato da un requisito che diventa di fondamentale importanza: l'interesse dello Stato; se l'interesse è immediato e diretto, il bene è indisponibile, altrimenti, pur intrasmissibile, potrà considerarsi disponibile.

Un esame di alcune specifiche disposizioni penali porta l'autore alla conclusione che, in linea di massima, sono da considerarsi indisponibili i diritti personali su beni materiali, con specifico riferimento alla vita ed alla integrità fisica, mentre sono di regola disponibili i diritti su beni morali dell'individuo.

La ricostruzione della regola sembra tuttavia condizionata in modo determinante dall'esegesi normativa. Lo stesso autore, d'altro canto, afferma che «per il diritto alla vita, ogni discussione è inutile, posto che l'art. 579 del cod. pen. espressamente nega una simile disponibilità». La scelta normativa viene considerata, cioè, indice indiscutibile della validità della regola e del parametro, i quali non vengono valutati quali dati preesistenti alla norma ed utilizzati con funzione, per così dire, critica delle scelte del legislatore; essi sono ricostruiti invece a posteriori dalla esistenza di una certa disposizione normativa ed a giustificazione della stessa.

La conferma che, nonostante gli sforzi per una ricostruzione di un "sistema generale della disponibilità", in realtà poi la previsione legislativa diviene determinante nella definizione dei contenuti, si ha nel momento in cui l'autore ammette che la regola sopra individuata può trovare delle eccezioni a causa di limiti legali, impliciti o espliciti, riconducibili ad una qualunque norma dell'ordinamento giuridico, penale o extrapenale. Ciò che rileva, in fondo, è la individuazione di una fonte idonea a fornire esplicitamente od implicitamente indicazioni a riguardo[11].

Questo *modus operandi*, secondo il quale il contenuto della disponibilità non preesiste alla legge penale – così da consentirne il vaglio di legittimità – ma viene definito a posteriori dalla stessa, è peraltro riscontrabile poi costantemente in tutte le teorizzazioni successive, fino alle più recenti.

---

[11] *Ibidem*, 230 ss.

Il parametro di riferimento legato alla valutazione dell'interesse pubblico alla tutela di un determinato bene continua, anche in tempi più recenti, ad essere al centro dei tentativi di spiegazione del concetto di disponibilità, laddove si afferma che «l'antinomia si risolve distinguendo; nel concedere la tutela penale a un interesse facente capo a un singolo consociato, lo Stato può assumere due diversi atteggiamenti: può rivendicare un interesse diretto, dello Stato persona o della collettività impersonalmente considerata, all'integrità del bene tutelato: un interesse che si pone accanto a quello del singolo ed inevitabilmente lo sovrasta, esigendo una tutela incondizionata. Oppure può riconoscere che il bene riversa solo sul singolo la sua utilità immediata e peculiare: l'interesse collettivo piuttosto che sul bene come tale e sulla sua integrità, polarizzandosi su di una efficace tutela giuridica delle posizioni di interesse individuali, a garanzia di un'ordinata e pacifica distribuzione dei beni in seno alla collettività» [12]

Ma anche il dato, di matrice più strettamente civilistica, della trasmissibilità del diritto – tra l'altro nelle impostazioni più risalenti giustificato anche dall'idea, allora dominante ma ormai superata, che vedeva nel consenso dell'avente diritto un negozio giuridico di diritto privato – continua anche oggi ad essere utilizzato[13].

Tradizionalmente, infatti, ai diritti della personalità in genere, in quanto qualificabili quali diritti di libertà, vengono riferite una serie di caratteristiche considerate precipue dei diritti stessi ed, in particolare, l'indisponibilità, l'intrasmissibilità, l'imprescrittibilità e l'irrinunciabilità, che «indicano nella loro essenza comune, un difetto di potere giuridico del soggetto titolare del diritto finalizzato e di-

---

[12] Così C. Pedrazzi, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 140 ss. Rileva in senso critico che nell'affermazione secondo la quale non possono essere oggetto di un valido atto di disposizione gli interessi che fanno capo alla collettività non organizzata, si tratterebbe più che di un problema di disponibilità, di un problema di titolarità, F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 53.

[13] Così ad esempio E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute*, cit., 11 ss., la quale scrive «Qualificare il diritto alla salute, come diritto fondamentale ed inviolabile significa, infatti, riconoscere che esso ha tutti i caratteri della fondamentalità e cioè l'indisponibilità, l'intrasmissibilità, l'imprescrittibilità e l'irrinunciabilità»; sul concetto e l'evoluzione dei diritti della personalità, vedi, in generale, G. Marini, *La giuridificazione della persona*, cit., 359 ss.; D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, cit., 355 ss.

retto ad una più certa garanzia di stabilità giuridica e di preminenza del diritto stesso[14].

Tra queste caratteristiche quella che, come rileva attenta dottrina, crea maggiori problemi interpretativi, rispetto ai diritti di libertà ed, in particolare, al diritto alla salute, è proprio l'indisponibilità, a lungo correlata alla disciplina dettata dall'art. 5 c.c., come vedremo in dettaglio, di problematica legittimazione dopo l'entrata in vigore della Carta Costituzionale[15].

Sempre seguendo un punto di vista critico nei confronti della impostazione tradizionale, si sostiene che ai diritti della personalità – definibili quali posizioni giuridiche che qualificano un particolare modo di essere fisico o morale della persona[16] – mal si adattano i concetti di indisponibilità, inalienabilità o irrinunciabilità, intesi in senso tecnico, dovendosi, tali diritti, al più qualificarsi come «inseparabili dal soggetto». I diritti della personalità, infatti, non essendo suscettibili di appropriazione da parte di altri, non potrebbero costituire oggetto di rapporti giuridici e dunque per loro natura sarebbero in questo senso intrasmissibili. Il riferimento, cioè, al concetto di disposizione e/o ad atti di disposizione sul proprio corpo, (come noto, e come vedremo più in dettaglio, contenuto nell'art. 5 del codice civile) sarebbe un riferimento improprio, in quanto i diritti della personalità sono per definizione indisponibili, nel senso tecnico di inseparabili[17].

Il concetto di indisponibilità dovrebbe, in questa ottica, e per acquisire un senso logico, essere svincolato dal suo significato tec-

---

[14] Così B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, «DS», 1983, 32. L'autrice mette tuttavia correttamente in evidenza come la limitazione della possibilità giuridica del titolare nella determinazione delle vicende relative al proprio diritto viene qualificata da una finalità qualificata.

[15] L'articolo, peraltro, come giustamente si rileva, è dedicato almeno nella sua interpretazione autentica alla disciplina del diritto alla integrità fisica e non del diritto alla salute, cfr. B. Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., 34 ss.

[16] La categoria dei diritti della personalità è categoria di recente elaborazione almeno nei termini attuali, ma ancora alquanto dibattuta, sia per quanto concerne la legittimità teorica sia la pratica utilità. Vedi M. Dogliotti, *La tutela della personalità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, v. 2 «Persone e famiglia», 60 ss.; P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, voce in «EG», 1 ss.

[17] Per questi rilievi, vedi B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 74.

nico-civilistico; il punto nevralgico per la comprensione di siffatto concetto in relazione ai limiti di efficacia del consenso nel diritto penale, infatti, dovrebbe essere individuato essenzialmente nella «funzionalizzazione dell'individuo a realizzare finalità di ordine sociale»[18]. Su questa linea, si precisa, «i limiti alla disponibilità del diritto non sono conseguenze logiche delle caratteristiche strutturali del bene, ma ostacoli giuridici alle modifiche soggettive del diritto che interferiscono con le modalità di godimento dello stesso e che nulla hanno a che vedere con il potere di rinunciare, trasmettere, alienare il bene in oggetto»[19].

2. *Il tentativo di ricercare il fondamento del concetto nelle fonti che regolano la disponibilità*

Già Delogu, abbiamo visto, pur cercando di ricostruire una teoria generale della disponibilità, e di individuare, dunque, criteri e principi che ne costituissero il fondamento, riconduceva, poi, in ultima analisi, il problema della distinzione tra diritti disponibili ed indisponibili alla individuazione delle fonti che disciplinano la disponibilità, ed al loro contenuto[20]. In questo modo, la regola, tanto faticosamente ricostruita, poteva diventare eccezione e viceversa.

Ma la centralità delle fonti che disciplinano la disponibilità, nella interpretazione di siffatta categoria giuridica, diventa il motivo dominante di un più recente studio che, criticando quel modo di procedere che finalizzava l'indagine alla mera formazione di cataloghi di beni disponibili e/o indisponibili, si è proposto di andar oltre e di individuare così, una volta per tutte, i criteri atti a fondare la distinzione suddetta. A questo scopo, si è considerato come imprescindibile il riferimento – appunto – alle fonti che regolano la dispo-

---

[18] *Ibidem*, 74.

[19] *Ibidem*, 75.

[20] «Quella della disponibilità del diritto è perciò una questione che si risolve con la interpretazione logica e sistematica di tutte le norme che riguardano un determinato diritto. E ciò perché è pieno ed evidente che, essendo la disponibilità una qualifica del diritto, se essa esiste o meno, si deve necessariamente dedurre dalle norme stesse dell'ordinamento giuridico». Così T. Delogu, *Teoria*, cit., 233.

nibilità[21], precisando che siffatte fonti «si adeguano al cambiamento degli usi e dei costumi della società; e così anche le norme di legge che disciplinano la disponibilità di un bene vengono rinnovate (non sempre con la dovuta prontezza) per contemperare il pubblico interesse con le esigenze di libertà dell'agente e di libertà dell'avente diritto che vuol poter disporre in ordine alla tutela dei propri beni giuridici». Nel caso in cui manchi, come talora accade, una norma che faccia espresso riferimento alla specifica fattispecie, le fonti legittimate a fornire indicazioni sulla disponibilità o meno di un diritto vengono individuate nei principi generali dell'ordinamento giuridico e, comunque, in qualsiasi altra categoria di fonti che sia idonea a dare indicazioni in ordine ai limiti di disponibilità di un determinato bene. In particolare, secondo questa impostazione, anche le fonti indirette o mediate rientrerebbero tra quelle idonee alla soluzione della questione e, dunque, in questo senso, anche « discipline, regolamenti, ordini delle autorità, atti amministrativi e consuetudine»[22].

Anzi, è proprio la consuetudine il fulcro della originalità di tale impostazione rispetto ad altre precedenti che, in un modo o nell'altro, avevano già fatto riferimento, quali fonti della disponibilità, ai principi ed alle norme desunti dall'intero ordinamento giuridico, anche sulla scorta di quanto già precisato nella relazione al codice, in cui, a tale proposito si legge: «La materia trova regole, limiti e statuizioni in ogni ramo del diritto, privato e pubblico, scritto e consuetudinario, e l'interprete a tali fonti deve attingere, per decidere se il consenso validamente manifestato abbia efficacia discriminante»[23]. E ancora, nella Relazione dell'onorevole Appiani, si precisa: «Si tratta di indagini che hanno riferimento in vari rami del diritto e alla natura dei beni pubblici o privati, e che quindi possono avere soluzione particolare secondo che venga in questione l'una piuttosto che l'altra

---

[21] Così R. Riz, *Il consenso*, cit., 91. Per il riferimento alla disponibilità come requisito che può ricavarsi solo facendo riferimento all'ordinamento giuridico nel suo complesso, cfr. anche F. Bricola, *Aspetti problematici*, cit., 90; P. Nuvolone, *I limiti taciti*, cit., 92, secondo il quale il consenso dell'avente diritto è un limite di ordinamento, non di norma.

[22] Ancora R. Riz, *Il consenso*, cit., 92.

[23] Così la Relazione del Guardasigilli al Codice Penale, *Lav. prep. al Cod. pen*, 1930, vol. V, parte I, 93.

categoria di beni. Non è da escludere che la stessa legge penale possa fornire elementi testuali indiretti per la netta soluzione dei singoli casi, sia argomentando dall'istituto della querela, quando ne ricorre l'applicazione, sia argomentando dai casi in cui il consenso si trova considerato dalla legge non come causa di esclusione del reato ma come circostanza diminuente. E occorre avvertire che, nei rami del diritto in cui anche la consuetudine opera come fonte di norme giuridiche, debba anche questa tenersi presente per stabilire se un bene possa ritenersi o meno capace di disposizione da parte del singolo»[24].

La consuetudine che, si ribadisce, non può creare nuove incriminazioni né cause di giustificazione, può tuttavia funzionare quale fonte mediata da cui desumere la disponibilità o meno di un determinato diritto; questo, non solo nel caso in cui non si abbia una indicazione normativa sul punto, ma anche qualora esistano disposizioni normative dedicate specificamente a disciplinare i profili attinenti alla disponibilità di un bene, e dunque alla qualificazione di tale bene come disponibile o indisponibile; in tale ipotesi, infatti, la consuetudine può comunque intervenire per modificare, nella situazione concreta, il punto di vista normativo. Un fenomeno di questo genere sarebbe rinvenibile in relazione al trattamento medico o alla partecipazione ad attività sportive violente. La indisponibilità del diritto alla vita e alla integrità fisica sarebbe, infatti, ricavabile – in via generale – dall'art. 5 del codice civile, che, come noto, vieta gli atti di disposizione sul proprio corpo, quando essi cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica o quando siano contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume; tuttavia, si rileva, in molte «fattispecie della vita di relazione soprattutto in ordine alle condotte pericolose) lo stesso bene della vita non è indisponibile in senso assoluto» e, dunque, «occorre chiarire per quale ragione le norme che dichiarano l'indisponibilità della vita trovino evidenti limiti nella loro applicazione»[25]. E questa ragione sarebbe da riscontrare nella conformità al costume sociale, alla consuetudine, delle condotte stesse, pur pericolose per la vita o l'integrità fisica[26].

---

[24] Relazione S.E. Appiani, *Lav. prep al Cod. pen.*, vol. IV, parte I, 113.
[25] R. Riz, *Il consenso*, cit., 102.
[26] *Ibidem*.

Diversa la posizione di chi, pur in un'ottica che rimane aderente al dato normativo, ed in una prospettiva rivolta alla individuazione delle fonti, ed alla considerazione delle stesse quali dati vincolanti laddove esistenti, si affida poi, nelle situazioni di incertezza, ad una valutazione dell'interprete da effettuarsi in concreto[27].

Secondo tale punto di vista, in primo luogo, non può porsi in dubbio la qualifica di disponibili di quei diritti dichiarati espressamente come tali nell'ambito dell'ordinamento civile, con riferimento, in particolare, ai diritti patrimoniali e al diritto all'integrità fisica nei limiti concessi dall'art. 5 c.c.; in secondo luogo, d'altra parte, non si pone alcuna incertezza rispetto alla indisponibilità neppure di quei «diritti alla cui tutela sono predisposte norme penali che espressamente incriminano un dato comportamento anche se compiuto con il consenso del soggetto passivo (tipico a questo proposito l'esempio rappresentato dall'art. 579 cod. pen. *Omicidio del consenziente* o relativamente ai quali il soggetto stesso sarebbe incriminato se li offendesse personalmente (è il caso ad esempio degli articoli 369 *Autocalunnia*; 423 cpv. *Incendio di cosa propria*; 642 *Fraudolenta distruzione della cosa propria e mutilazione fraudolenta della propria persona*)»[28]; tuttavia, non si può negare che ci sono casi in cui una distinzione non è così facilmente individuabile e, dunque, toccherà all'interprete una definizione il più certa possibile del problema. A questo proposito, diventa opportuno svincolare il metodo di indagine da approcci legati a prospettive di natura civilistica, dalle quali lo studio delle problematiche coinvolgenti il consenso è stato da sempre condizionato, valorizzando profili di autonomia, inevitabilmente connessi alle «specifiche esigenze dell'imputazione penale»[29].

In questo modo viene risolto il problema del discrimine tra disponibilità e indisponibilità all'interno di uno stesso diritto. La soluzione non viene trovata sulla base di un riferimento ad una fonte astratta, seppure costituita dalla consuetudine o dal costume sociale, come invece accadeva nella impostazione sopra illustrata; quanto piuttosto attraverso un'opera di bilanciamento, effettuata in concre-

---

[27] F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 50 ss.
[28] *Ibidem*, 52.
[29] *Ibidem*, 54.

to, che prenda in considerazione i profili fattuali e motivazionali legati all'atto di disposizione. In relazione, ad esempio, al diritto alla libertà personale, «tanto più comprimibile sarà la libertà (e, quindi ammissibile il consenso) quanto più meritevole di tutela apparirà lo scopo per il quale il consenso è stato prestato»[30].

3. *Le fonti della disponibilità: in particolare l'art. 5 c.c. e la questione della disponibilità del diritto all'integrità fisica*

Una delle norme che, da sempre, viene diffusamente indicata quale fonte esplicitamente destinata alla regolamentazione della disponibilità di uno dei diritti personali per eccellenza, il diritto alla integrità fisica, e dunque alla delimitazione dell'ambito di efficacia dell'art. 50 c.p. in questo settore, è come detto, l'art. 5 del codice civile il quale, come noto, sotto la rubrica «atti di disposizione del proprio corpo, stabilisce che «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico, al buon costume»[31].

L'origine della norma è anch'essa nota. Essa si lega, infatti, ad un famosissimo caso giurisprudenziale, che fece grande scalpore, relativo ad un trapianto di un testicolo ceduto, a titolo oneroso, da un giovane studente ad un anziano e ricco signore.

La questione attraversò i tre gradi di giudizio, ognuno dei quali giunse ad analoga conclusione: assoluzione degli imputati sulla

---

[30] Così *ibidem*, 64.

[31] La letteratura che si è occupata dell'art. 5 del codice civile e della materia degli atti di disposizione del proprio corpo è vastissima. Si vedano, tra gli altri, P. D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari*, «DS», 1981, 592; C. D'Arrigo, *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999; Id., *Integrità fisica*, voce in «ED», Agg. IV, 2000, 712 ss.; A. De Cupis, *Corpo (atti di disposizione del proprio)*, voce in «NssDI», IV, 1959, 854 ss.; Id., *Integrità fisica (diritto alla)*, voce in «EG», XVII, 1989; M. Dogliotti, *La tutela della personalità*, cit., 53 ss.; F. Modugno, *Trattamenti sanitari non obbligatori e Costituzione*, «DS», 1982, 303 ss.; M. Pesante, *Corpo umano (atti di disposizione*), voce in «ED», X, 1962, 653 ss; B. Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., 21 ss.; R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 225 ss; Id., *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, «PD», 1991, 565 ss.

base della considerazione che il consenso del giovane avesse valore scriminante, non contrastando l'atto di asportazione della ghiandola sessuale, né con la legge dello stato, né con quelle di natura, né con quelle della morale[32].

A seguito di questo caso, e dell'esito assolutorio dello stesso, si aprì il dibattito in ordine alla esigenza di colmare quella che si riteneva una lacuna dell'ordinamento, e, cioè, la mancanza di una disciplina relativa agli atti di disposizione del proprio corpo, non tanto in quanto tali, quanto piuttosto nella misura in cui venissero posti in essere a favore di altri soggetti.

Non essendo, certo, configurabile un divieto assoluto ed indiscriminato che coinvolgesse tutti gli atti di disposizione del proprio corpo, si pose il problema della individuazione dei limiti da porre ad una siffatta facoltà. Tra quelli previsti dalla norma in questione, di particolare importanza risulta essere quello costituito dal carattere permanente della menomazione conseguente all'atto di disposizione. Da questa scelta, infatti, come è stato bene messo in evidenza, si desume chiaramente la concezione del diritto alla integrità fisica propria degli anni in cui il codice civile veniva elaborato: esso non viene visto come valore in sé «ma come bene strumentale per il perseguimento di fini e per lo svolgimento di attività ritenute essenziali per lo Stato di allora»[33].

3.1. *L'art. 5 del codice civile quale principio fondamentale, fonte ineludibile in materia di integrità fisica, ovvero quale norma inadeguata e superata?*

Secondo la maggioranza della dottrina penalistica, l'art. 5 del codice civile sarebbe da considerare espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico, di fondamentale rilievo per quanto concerne la individuazione dei limiti scriminanti del consenso

---

[32] In particolare, Trib. Napoli, 28 novembre, 1931, pubblicata in «GP», 1932, II, 592; Corte d'App. Napoli, 30 aprile, 1932 «GP» *1962*, II, 679; e Cass; 31 gennaio, 1934, «FI», 1934, II, 303. Sui contenuti vedi, in sintesi, R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 227 in nota.

[33] R. Romboli, *Art. 5. c.c.*, cit., 228.

dell'avente diritto in relazione alla integrità fisica, che sarebbero condizionati, in modo assoluto, dalle prescrizioni della fattispecie in parola[34]. Secondo taluno, la valenza della norma in questione andrebbe anche oltre la regolamentazione degli atti di disposizione riconducibili al diritto alla integrità fisica, trovando applicazione, nelle sue linee guida, anche in riferimento al diritto alla libertà sessuale, alla libertà personale, all'onore, alla dignità della persona[35].

Paradossalmente, dunque, si ammette che l'art. 5 abbia una diretta rilevanza in materia penale e, come viene da più parti segnalato, in dispregio ai principi di gerarchia delle fonti, si attribuisce ai divieti in esso contenuti «valenza quasi costituzionale»[36].

A fronte di questa consolidata valorizzazione dell'art. 5, quale fondamentale fonte di riferimento per la disponibilità del diritto alla integrità fisica, si riscontrano, solo recentemente, alcune voci dissenzienti[37], che, in tal modo, si avvicinano al prevalente atteggiamento, a dir poco scettico, della gran parte della scienza civilistica. Secondo quest'ultima, infatti, l'art. 5 del codice civile sarebbe, da un lato, disposizione generica ed oscura, per quanto concerne il significato dei suoi elementi costitutivi, ed in particolare lo stesso concetto di atti di disposizione del corpo; dall'altro, anacronistica, inadeguata a risolvere questioni di importanza sempre maggiore (come ad esempio le realtà legate al trattamento medico) ed espressione di una concezione statalista dell'ordinamento, ormai superata dalla visione personalista emergente dalla Costituzione[38].

---

[34] Si veda ad esempio, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, cit. 228; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 263; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 246; C. Pedrazzi, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 143; R. Riz, *Il consenso*, cit., 95; M. Zanchetti, *Diritto all'autodeterminazione del paziente*, cit., 171 ss.

[35] Così F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 246.

[36] B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 63; F. Ramacci, «RIML», 1983, 852; R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 227; M. Salazar, *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, «CP», 1983, 53 ss.

[37] Per quanto riguarda la dottrina penalistica ci riferiamo in particolare ad F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 66 ss.; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 85.

[38] Sul punto, in particolare, R. Romboli, *Art. 5 c. c.*, cit., 234 ss.; R. D'Alessio, *I limiti costituzionali*, cit., 536 ss.; B. Pezzini, *Diritto alla salute*, cit., 50 ss. Rileva l'assurdità di questa discrasia tra scienza penalistica e scienza civilistica, F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 67 ss.

Ma andiamo per ordine.

È evidente che l'opinione tradizionale – e che abbiamo visto essere tuttora prevalente soprattutto per quanto riguarda l'area di pensiero penalistica – che ha visto e vede ancora nell'art. 5 un principio fondamentale, ai fini della definizione della disponibilità od indisponibilità del diritto alla integrità fisica, si sia trovata a fare i conti con, almeno, due realtà che difficilmente si adattavano – e si adattano – a tale interpretazione.

Da un lato, ci riferiamo all'esistenza di situazioni oggettive e quanto mai diffuse nella vita odierna, in rapporto alle quali sarebbe del tutto insostenibile affermare la indisponibilità dell'integrità fisica, anche nei termini "relativi" fissati dall'articolo; si pensi, in particolare, all'attività medico-chirurgica ed alla pratica degli sport.

In effetti, taluno ha criticamente rilevato che la esagerata valorizzazione dell'art. 5 c.c. è stata una delle ragioni centrali dell'arretratezza e della scarsa diffusione, nella realtà italiana, di tutta una serie di interventi medico-chirurgici, pur volti a migliorare la salute dell'individuo – si pensi alla stessa pratica della donazione di organi – ma ritenuti riconducibili ai divieti contenuti nel codice civile, e per la cui legittimazione sono state talora necessarie delle leggi *ad hoc*[39].

Per ovviare alle incongruenze legate a soluzioni così drastiche, sono state tentate strade alternative spesso, peraltro, visibilmente tortuose; si pensi a quanto sopra già illustrato a proposito del riferimento ad una consuetudine o costume sociale che rendesse comunque non rilevanti penalmente i fatti lesivi dell'integrità fisica, accaduti nell'ambito dell'attività medica o nell'attività sportiva, pur nel riconoscimento di una validità generale dell'art. 5 c.c. e dei limiti in esso imposti[40].

Spesso, non ci si è nemmeno preoccupati di trovare una, condivisibile o meno, argomentazione giuridica, ma si è semplice-

---

[39] Ci riferiamo in particolare alla l. 485/76 sul trapianto del rene *inter vivos*, ma anche alla l. 146/82 in materia di transessualismo. Per queste considerazioni vedi R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 234 e riferimenti *ivi* citati.

[40] R. Riz, *Il consenso*, cit., 319.

mente sostenuto che fosse "ovvio" che i limiti fissati dall'art. 5 alla disponibilità del proprio corpo, e in particolare il limite legato al carattere permanente della menomazione dell'integrità fisica, non fossero applicabili al campo delle operazioni chirurgiche, o, comunque, a tutti quei campi che, come ad esempio la sperimentazione terapeutica di farmaci o le attività sportive, mostravano di avere un valore sociale e di essere comunque accettate dalla comunità[41].

La ragionevolezza di una tale conclusione non impedisce di coglierne lo scarso rigore scientifico-giuridico, così come di constatare la inadeguatezza della norma in questione a fungere da principio generale dell'ordinamento, in materia di atti di disposizione del corpo, già a prescindere dagli ulteriori rilievi emersi dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Soluzione radicalmente diversa, che non tocca, però, la generale problematica dei limiti della disponibilità del diritto alla integrità fisica – e dunque dei limiti di efficacia del consenso scriminante in riferimento agli atti lesivi dello stesso diritto – quanto, piuttosto, gli stessi criteri di legittimazione del trattamento medico, è quella di chi, pur ritenendo il consenso elemento indispensabile alla legittimazione della attività medico-sanitaria, ciò nonostante ne svincola la natura e, di conseguenza, anche i presupposti dall'art. 50 c.p. e dall'art. 5 c.c., facendo ricorso ad altre cause di giustificazione, codificate e non[42].

Ma, come anticipato, una ragione ancora più pregnante rende ormai da tempo difficilmente sostenibile l'opinione che attribuisce

---

[41] M. Benincasa, *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, «RIDPP», 1980, 723; A. De Cupis, *Corpo, (Atti di disposizione del proprio)*, cit.; in senso critico, vedi le considerazioni di R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 232 ss.

[42] Vedi ad esempio, F. Mantovani, *Esercizio del diritto (diritto penale*), voce in «ED», XV, Milano, 1966, 644; F.C. Palazzo, *Persona (delitti contro)*, cit., 249 ss., C. Pedrazzi, *Consenso dell'avente diritto*, cit., 144; per l'attività sportiva, vedi soprattutto G.V. De Francesco, *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, «RIDPP», 1983, 588 ss. Per una accurata e critica ricostruzione delle posizioni interpretative inerenti alla rilevanza del trattamento medico arbitrario, vedi F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., 398 ss., e F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico*, cit., 141 ss.

all'art. 5 c.c. la valenza di principio generale e di norma che detta una disciplina base in ordine alla disponibilità del diritto all'integrità fisica; ci vogliamo riferire, naturalmente, all'entrata in vigore della Costituzione, che, in primo luogo ha, come abbiamo già avuto modo di illustrare[43], modificato profondamente la concezione dell'uomo e dell'ordinamento coeva alla redazione dei codici civile e penale, sostituendo ad una visione statalista dei rapporti individuo-autorità, secondo la quale l'individuo esiste per lo Stato, una concezione personalista, in cui è lo Stato che esiste per l'uomo; in secondo luogo, ha introdotto la tutela espressa del diritto alla salute, tramite la previsione di cui all'art. 32, che diventa necessario punto di riferimento per ogni approccio al tema di cui ci stiamo occupando.

3.2. *(segue). L'art. 5 del codice civile e l'avvento della Costituzione*

Ma vediamo come, al di là delle affermazioni di principio, questi due profili, legati all'avvento della Costituzione repubblicana, incidono in concreto sull'ambito ed i presupposti di validità dell'art. 5 c.c. ed in generale su tutta la problematica relativa alla disponibilità del diritto alla integrità fisica.

In primo luogo, ed in via preliminare, non si può fare a meno di notare come la plausibilità di una concezione della norma che le attribuisca portata di principio generale dell'ordinamento sia oggi inevitabilmente condizionata ad un procedimento argomentativo di modifica tacita di gran parte dei suoi presupposti e/o contenuti[44].

Più in particolare, una prima considerazione viene spontanea in relazione allo stesso concetto di "atti di disposizione" del proprio corpo, che rinvierebbe, secondo i più, ad una posizione soggettiva di potere, a sua volta portato di una visione patrimonialistica della persona e del corpo. Secondo una tale visione – oggi, con l'entrata in

---

[43] Vedi *supra* quanto argomentato nella sez. I, cap. I, par. 1.5.

[44] R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 230 ss.

vigore della Costituzione, definitivamente superata a favore di una idea della persona quale realtà assolutamente unica ed inseparabile – il corpo è elemento scindibile dal soggetto, suscettibile di essere oggetto di poteri e diritti.

La trasformazione del concetto di persona comporta la impossibilità di far riferimento ad una posizione di potere sul proprio corpo e rende necessario sostituire ad un tale – ormai inadeguato – concetto quello di libertà, «libertà di decidere in ordine a comportamenti e ad attività incidenti sul corpo, per azione diretta dell'interessato o tramite l'opera di terzi[45].

Ma c'è un altro dato su cui ha inevitabilmente inciso l'entrata in vigore della Costituzione, con la previsione espressa del diritto alla salute, quale diritto fondamentale dell'uomo, contenuta nell'art. 32 cost., ed è lo stesso significato del concetto di integrità fisica, così come originariamente inteso nell'ambito della normativa civilistica[46]. Il concetto di salute viene, infatti, generalmente, considerato un concetto più ampio della mera integrità fisica, comprensivo, dunque, della stessa[47] e connotato da un carattere dinamico, «come qualcosa cioè tale da realizzare il più completo sviluppo della personalità umana e con il carattere relativo, in quanto diversa e variabile da soggetto a soggetto e in relazione al grado di sviluppo della società, escludendo che il diritto alla salute si esaurisca nella pretesa

---

[45] Così R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 229. Sulla evoluzione dal concetto di potere al concetto di libertà ed in generale sulla evoluzione della visione della persona successivo all'avvento della Costituzione, vedi anche, M. Bessone, G. Ferrando, *Persona fisica (dir. priv.)*, voce in «ED», XXXIII, Milano, 1983, 197 ss.; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 64 ss.; M. Pesante, *Corpo umano (Atti di disposizione)*, cit., 654 ss.; C. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 51 ss.

[46] Sia per quanto riguarda la previsione di cui all'art. 5 c.c., sia anche per quanto stabilito dall'art. 2087. L'evoluzione del concetto è emersa anche in modo evidente nello svilupparsi del dibattito in ordine alla valutazione in sede civile dei danni alla persona, dal parametro legato solo alla incapacità produttiva alla risarcibilità e quantificazione del c.d. danno biologico. Sul punto, M. Dogliotti, *Tutela della personalità*, cit., 90 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., 50.

[47] V. Crisafulli, *In tema di trasfusioni obbligatorie*, «DS», 1982, 560; M. Dogliotti, *Tutela della personalità*, cit., 89 ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, DS, 1980, 782 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., 50 ss.

alla integrità fisica, ma estendendo lo stesso alla sfera esterna in cui l'individuo vive ed opera»[48].

Anche la definizione di salute proposta dall'organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) secondo cui la salute è «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non consiste soltanto in un'assenza di malattia o di infermità» si orienta nel senso sopra indicato[49].

La trasformazione, dunque, dell'integrità fisica in salute o, comunque, dell'integrità fisica da dato valutato dal punto di vista meramente anatomico, a concetto più ampio, che tenga conto anche degli aspetti funzionali, collegato, quindi, ad una «visione unitaria dell'efficienza del complesso organico funzionale dell'individuo» ha consentito, ancora una volta, di confermare la valenza di principio generale dell'art. 5 c.c., recuperandolo anche alla disciplina del trattamento sanitario in senso lato. Secondo questo percorso logico, infatti, i divieti imposti dall'art. 5 c.c. non sarebbero applicabili al trattamento sanitario, non in seguito ad interpretazioni forzate, che ne dimostrano la inadeguatezza a fungere da limiti generali, quanto, piuttosto, perché pensati – già *ab origine* – in modo tale da non vietare quegli atti dispositivi, riconducibili all'attività sanitaria, pur se comportanti una menomazione permanente dal punto di vista strettamente corporale.

Caso emblematico è rappresentato dalla sterilizzazione volontaria o di comodo.

Tale pratica era punita dal codice Rocco all'art. 522, che sanzionava la procurata impotenza alla procreazione, prevedendo una pena, sia per colui che eseguiva l'operazione, sia per colui che, volontariamente, vi si sottoponesse.

L'art. 522 c.p., norma posta a tutela della integrità della stirpe e della fecondità – e dunque espressione dell'autoritarismo proprio del codice penale del 1930 – è stato espressamente abrogato dalla L. 194/1978 (Legge sulla interruzione della gravidanza) cosicché, dopo l'abrogazione, il problema della liceità della sterilizzazione volontaria

---

[48] In questi termini, R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 235.

[49] In tal senso vedi, E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute*, cit., 2 ss.

è stato per lo più risolto tramite il riferimento all'art. 5 c. c. il quale, ancora una volta, si è prestato alle più diverse conclusioni[50].

Da un lato, si è, infatti, ritenuto di poter desumere, dall'esistenza e dai contenuti dell'art. 5 c.c., la illiceità della sterilizzazione volontaria, specie se irreversibile – attività che, evidentemente, comporta una diminuzione permanente della integrità fisica[51]; dall'altro, si è, invece, ritenuta la liceità della stessa, interpretando il dato della permanenza della diminuzione dell'integrità fisica, nell'ottica dello svolgimento di certi compiti ritenuti dallo Stato socialmente utili, ovvero intendendo il concetto di integrità fisica in una accezione evolutiva, quale quella che abbiamo or ora illustrato, nel senso di salute fisica e psichica.

In quest'ultima accezione, dunque, la sterilizzazione volontaria sarebbe diretta ad un miglior equilibrio del soggetto, anche per quanto riguarda la sua libertà sessuale e la gestione dei rapporti sociali[52].

Ma, indipendentemente dalle modifiche tacite cui è stato sottoposto l'art. 5 c.c., sicuramente necessarie per conformarlo alla evo-

---

[50] È opportuno, per inciso, dar conto anche di quella impostazione, particolarmente restrittiva, secondo la quale, dato il rapporto di genere a specie tra gli artt. 583 2 comma, n. 3 e 552 c.p., l'abrogazione del secondo avrebbe fatto rifluire i fatti di sterilizzazione volontaria (di comodo) nella previsione del primo, comportando peraltro, come da più parti rilevato, la conseguenza che oggi la sterilizzazione volontaria sarebbe punita più gravemente di quanto lo fosse quando era in vigore l'art. 552 c.p. Per questa interpretazione, con esclusivo riferimento alla sterilizzazione c.d. di comodo irreversibile, vedi F. Mantovani, *Problemi giuridici della sterilizzazione*, «RIML», 1983, 840; F. Stella, *La configurabilità della sterilizzazione volontaria come lesione permanente gravissima*, «RIML», 1979, 639; *contra* M. Dogliotti, *La tutela della personalità*, cit., 101; T. Padovani, *Procreazione (dir. pen.)*, voce in «ED», 1987, XXXIV, 971; R. Riz, *Il consenso*, cit., 387; R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 273, il quale sposta l'oggetto del dibattito sulla necessità di effettuare un bilanciamento tra due beni che potrebbero risultare in conflitto, e cioè il bene della salute e quello della libertà di autodeterminazione. Nel senso che, in ogni caso, la sterilizzazione irreversibile, pur volontaria, sarebbe lesiva della stessa libertà di autodeterminazione, F. Mantovani, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 203.

[51] A. De Cupis, *Diritti della personalità*, Milano, 1959, I, 117; F.C. Palazzo, *Persona (delitti contro)*, cit., 313.

[52] M.C. Del Re, *Sterilizzazione volontaria: non lesione, lesione giustificata o delitto*, «GP», 1980, II, 53; G. Gemma, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, RTDC, 1977, 254 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., 43. Sul dibattito vedi R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 270 ss., il quale ritiene comunque estraneo alla problematica l'art. 5 ritenendo invece riconducibile il fenomeno al problema della libertà di autodeterminazione in ordine alla propria salute, quale valore tutelato dalla Costituzione.

luzione normativa e sociale, ma, soprattutto, per potergli attribuire il ruolo di principio generale in materia, ciò che diviene oggi di basilare importanza, in un ordinamento a Costituzione rigida, quale è il nostro, è valutare la conformità della disciplina, contenuta nella norma, al complesso dei valori espressi dalla Costituzione.

Ora, se, da un lato, non si può certo mettere in dubbio che la integrità fisica, in quanto, come abbiamo visto, riconducibile, come suo elemento costitutivo, al diritto alla salute, sia un diritto che trova tutela costituzionale all'art. 32 cost., più difficile risulta la verifica del rispetto della libertà di decidere ed autodeterminarsi in ordine agli atti che incidono sulla propria persona, da intendersi sia in senso negativo sia in senso positivo che, secondo il punto di vista che più volte abbiamo dimostrato di condividere, è libertà costituzionalmente prevista e garantita[53].

Abbiamo visto come, senza dubbio, l'art. 5 c.c. è norma che nasce in un periodo storico dominato da una ideologia autoritaria e statalista, nell'ambito della quale l'uomo non esiste quale valore in sé, quanto, piuttosto, quale strumento per la realizzazione degli interessi dello Stato; «una linea ideologica che vede nell'uomo il guerriero e il produttore, e nella donna la riproduttrice della specie»[54].

Abbiamo anche visto come l'articolo nasca per colmare una lacuna, o considerata tale, nell'ordinamento, concernente gli atti di disposizione relativi alla propria integrità fisica, posti in essere a vantaggio di terzi soggetti; il caso da cui il legislatore prese spunto aveva, inoltre, ad oggetto una cessione a titolo oneroso.

Si è evidenziato, infine, come la volontà di utilizzare la norma quale fonte fondamentale in tema di disponibilità del diritto alla integrità fisica, ha dovuto fare i conti con la inadeguatezza dei suoi contenuti rispetto ad un tale, pretenzioso ruolo e, dunque, ha potuto raggiungere l'intento solo a costo di modifiche tacite che hanno stravolto il dato normativo originario.

---

[53] Sul punto si rinvia a quanto approfondito nella sez. I, cap. 1.

[54] Così B. Pezzini, *Il diritto alla salute*, cit., 45; interpretazione particolare è quella della Calderai, la quale considera il limite agli atti di disposizione sul proprio corpo, contenuto nell'art. 5 c.c., un elemento di continuità con la dottrina liberale, erroneamente ritenuto, comunemente, espressione dell'ideologia fascista. Sul punto, V. Calderai, *Il problema del consenso nella bioetica*, cit., 328.

La forzatura di questo processo è evidente, così come è chiaro che, nonostante gli sforzi fatti, non si è stati, in questo modo, in grado di garantire un allineamento dei contenuti della norma del codice civile ai valori di libertà emergenti dalla Costituzione[55].

Punto di partenza, oggi, non può, infatti che essere l'estremo opposto rispetto a quanto emerge dall'art. 5 c.c.: la libera disponibilità del proprio corpo. Ecco, dunque, che l'unica via di sopravvivenza della disposizione sembra essere legata ad un netto ridimensionamento della sua portata, che torni, così, ad abbracciare solo gli atti negoziali ad effetti obbligatori[56]. In questo senso, dunque, è corretto affermare che «la logica del divieto risiede nell'esigenza di impedire che il corpo umano possa formare oggetto di diritti altrui»[57].

Una logica di questo tipo, peraltro, risponderebbe perfettamente alla tendenza che, di recente, si è andata affermando sia in campo europeo che internazionale, grazie a scelte normative univoche ed omogenee che, a partire dalla Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 1997, fino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2001, oggi recepita nel testo della Costituzione europea, si sono espresse in questo senso.

In particolare, in entrambi questi fondamentali atti normativi si afferma il principio, non dell'indisponibilità, ma della extrapatrimonialità del corpo umano, pur nel riconoscimento della libertà di autodeterminazione del singolo e della formalizzazione della regola del consenso informato in campo medico e biologico[58].

---

[55] Nello stesso senso, F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 71 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo*, cit., 388; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 80 ss.; R. Romboli, *Art. 5 c.c.*, cit., 238 ss.

[56] Così, in particolare, F. Albeggiani, *Profili problematici*, cit., 72; M. Bessone, G. Ferrando, *Persona fisica (dir. priv)*, cit., 200 ss.; M.C. Cherubini, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del proprio corpo*, in, F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 77 ss.; G. Gemma, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, cit., 263; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 80; M. Pesante, *Corpo umano (atti di disposizione)*, cit., 657 ss.

[57] Così, B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 80.

[58] Per queste osservazioni vedi G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, «RDC», 2002, II, 807 ss. Sulle scelte normative delle organizzazioni internazionali e transnazionali in tema di consenso nella bioetica, vedi anche V. Calderai, *Il consenso nella bioetica*, cit., 336 ss.

4. *L'art. 579 e l'art. 581 c.p. e la indisponibilità del diritto alla vita*

Un altro indice normativo considerato univoco e vincolante, nel senso della determinazione della disponibilità di un diritto personale, nello specifico il diritto alla vita, è l'art. 579 del codice penale, che, come noto, incrimina l'omicidio del consenziente, fissando così – affiancato, spesso, dalla considerazione dell'art. 581 c.p., che punisce l'istigazione e l'aiuto al suicidio – il principio della assoluta indisponibilità della vita umana.

È, in effetti, una opinione diffusa quella che dà per scontata la indisponibilità assoluta – *manu aliena* – del diritto alla vita, motivando in funzione dell'esistenza di tali due norme, talora integrate dal riferimento all'art. 5 c.c., secondo un procedimento logico-interpretativo che, ancora una volta, ci sembra, e lo vedremo, invertito rispetto ad un corretto approccio alla problematica[59]: una norma contenuta in un codice assume la connotazione di norma fondante e diviene espressione di valori che, a causa dell'esistenza di suddetta norma, vengono trattati come immutabili ed incontestabili.

Come autorevolmente rilevato, e come abbiamo avuto modo di precisare anche in altri momenti del presente lavoro[60], «i limiti del consenso scriminante sono influenzati dalla evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza, contrapposta, di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici»[61].

Ora, vale la pena ribadirlo, gli articoli del codice penale che si assumono quali limiti normativi univoci della disponibilità del bene della vita e, dunque, indicazioni nel senso di una assoluta indisponibilità della stessa, nascono e si legittimano in un'epoca storica in

---

[59] Tra la letteratura più recente, vedi ad esempio, F. Albeggiani, *Profili problematic*i, cit., 52; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 264, ma degli stessi autori vedi ora le considerazioni problematiche in *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 3 ss.; R. Riz, *Il consenso*, cit., 99; M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., Art. 50, Rn 13; M. Zanotti, *Le cause di giustificazione*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 94.

[60] Vedi *supra*, sez. I, in *Premessa*.

[61] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 262.

cui l'uomo era concepito in funzione dello Stato e la conservazione della vita era vista in un'ottica oggettiva quale strumento per la conservazione dello Stato stesso.

Sulla difficoltà di trovare una legittimazione, oggi, delle due disposizioni in parola, che sia compatibile con la visione nuova dell'uomo e dei rapporti individuo/autorità, introdotta con la Costituzione, secondo la quale al centro dell'ordinamento sono collocati i diritti fondamentali dell'uomo intesi quali diritti di libertà, abbiamo già detto[62].

Peraltro, il dibattito, avente ad oggetto la questione della disponibilità del diritto alla vita, viene oggi, come noto, in considerazione, prevalentemente in riferimento al fenomeno dell'eutanasia, fenomeno che, senza dubbio, presenta particolarità innegabili rispetto all'omicidio – pur consensuale – *tout court*. Particolarità che, come è evidente, sono legate principalmente all'ambiente in cui il fenomeno si viene a manifestare ma, soprattutto, al ruolo preponderante svolto dalla malattia e dalla sofferenza, che caratterizzano la realtà di riferimento.

L'origine dell'art. 579 c.p., norma introdotta per la prima volta dal legislatore del Trenta è, d'altro canto, in parte svincolata dalla problematica in questione, che, pur presente al legislatore, senza dubbio non poteva considerarsi così centrale come invece appare divenuta oggi e, in ogni caso, si manifestava in termini sostanzialmente diversi da quelli odierni, data la assenza di quell'aspetto oggi così diffuso ed accentuato qualificabile come "medicalizzazione" della malattia e della morte.

La ragione alla base dell'introduzione di una disciplina *ad hoc* per l'omicidio consensuale fu, da un lato, legata alla esigenza di contenere una tendenza giurisprudenziale che, vigente il codice precedente, sprovvisto, appunto di tale incriminazione, oscillava tra una riconduzione di casi di uccisione consensuale nell'alveo dell'omicidio volontario comune ed interpretazioni distorte che miravano, per evitare rigori eccessivi, alla applicazione della norma sull'aiuto al suicidio; dall'altro lato, alla volontà di sancire inderogabilmente il principio della indisponibilità del bene vita, chiudendo ogni spazio a quelle voci, pur isolate, che chiedevano una legalizzazione del fenomeno[63]. Esplicitamen-

---

[62] Vedi *supra*, sez. I, cap. 2, par. 4.4.

[63] Sul punto vedi, S. Cagli, *Rilevanza penale dell'eutanasia*, cit., 105; F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 79; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., 709.

te, dunque, con tale disposizione venne negato valore scriminante al consenso nell'ambito delle offese al bene della vita, ma – come si legge nei lavori preparatori del codice – «il principio dell'indisponibilità del bene della vita non può far disconoscere l'influenza veramente notevole che il consenso della vittima esercita sull'apprezzamento del dolo in genere e della personalità del colpevole»[64]. D'altro canto, se pure il silenzio dell'art. 579 c.p., in ordine al movente pietistico, conferma la non specificità della disciplina in relazione all'uccisione pietosa, le ulteriori dichiarazioni del Guardasigilli sul punto dimostrano che le problematiche connesse ad un tale fenomeno non vennero del tutto trascurate. Così infatti si legge nella Relazione: «Se ragioni di pietà, oltre il consenso, concorrano come moventi del delitto, il sistema del progetto comporta che si applichi un'ulteriore attenuante, ossia quella comune stabilita nel n. 1 dell'art. 66»[65].

In realtà, ben presto emerse l'inadeguatezza della disciplina a regolamentare il fenomeno dell'uccisione pietosa: l'attenuante comune richiamata dal guardasigilli, infatti, non venne mai applicata, sulla base di una prospettiva interpretativa secondo cui «i motivi considerati dall'art. 62 n. 1 c.p. devono corrispondere a finalità, principi, criteri, i quali ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la condotta criminosa ed in quel momento storico, appunto per il loro valore morale e sociale particolarmente elevato, in modo da sminuire l'antisocialità dell'azione criminale e da riscuotere il generale consenso della collettività»[66].

A questa situazione si aggiunga il fatto che, generalmente, si è negata la rilevanza del consenso prestato dal soggetto gravemente malato, o affetto da gravi ed irreversibili malformazioni ed incapacità, giacché lo stesso art. 579 c.p. esclude espressamente la validità del consenso prestato da «persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti». L'incertezza interpretativa che ruota attorno

---

[64] Oggi art. 62 c.p. Cfr. *Relazione al Progetto definitivo del codice penale e del codice di procedura penale*, in *Codice Penale illustrato con i lavori preparatori*, a cura di R. Mangini, F.P. Gabrieli, U. Cosentino, Roma, 1930, 462.

[65] Cfr. op. loc. ult. cit.

[66] Così Cass. 7 aprile 1989, «GP», 1993, II, 201 ss., con nota critica di M. Bellotto, *Il "particolare valore morale" della disperazione*.

alla nozione di infermità di mente, apparentemente alquanto generica e senza graduazione di misura[67] da un lato; la ricostruzione lata del concetto di deficienza fisica, tale da attagliarsi senza dubbio alla situazione del malato terminale o comunque in preda a dolori tali da giustificare una richiesta di morte, dall'altro, hanno reso pressoché inapplicabile ed inapplicata la disposizione in questione ai casi di eutanasia, ricondotti, dunque generalmente all'art. 575 c.p., peraltro il più delle volte aggravato dalle circostanze aggravanti di cui all'art. 576 c.p., quali la premeditazione, l'uso di sostanze venefiche, i rapporti di parentela[68]. Anche i più strenui sostenitori del principio di indisponibilità della vita non hanno mancato di riconoscere la inadeguatezza ed, in particolare, l'eccessivo rigore della disciplina codicistica in materia.

Ulteriori questioni si pongono poi in riferimento all'art. 580 c.p., che accomuna sotto un'unica disciplina le ipotesi di aiuto e di istigazione al suicidio, condotte entrambe punite con una sanzione che va dai 5 ai 12 anni.

---

[67] Per una interpretazione più restrittiva del concetto, cfr. B. Pannain, F. Sclafani, M. Pannain, *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988, 11. Gli autori ritengono errata la trasposizione – generalmente effettuata – dei contenuti elaborati in sede di imputabilità alla norma in esame e giungono a sostenere che «le sofferenze, le alterazioni metaboliche, il deperimento organico, gli stati tossici, causati da gravi malattie, finché non determinino uno stato di seria alterazione della coscienza, generalmente lasciano sufficientemente integre le funzioni psichiche superiori, specialmente in riferimento a questioni di semplice comprensione e di fondamentale rilevanza qual è certamente quella che riguarda la propria fine; sentimento questo che si annulla o si offusca solo in uno stato di grave compromissione della coscienza»; sempre nell'ottica di una negazione di una concezione unitaria della capacità dell'individuo, e dell'affermazione di «uno *standard* variabile delle capacità in relazione ai valori coinvolti», cfr. H. Kadish, *Consenso a morire e pazienti incapaci*, in L. Stortoni (a cura di), *Vivere: diritto o dovere*, cit., 198: l'autore ritiene che un soggetto può essere sufficientemente capace per decidere determinate questioni, ma non altre e che, data la gravità ed irreparabilità della posta in gioco, la fine dell'esistenza della persona, «non si può considerare nessuna persona talmente incapace da non tenere in considerazione il suo espresso desiderio di continuare a vivere (a meno che, naturalmente non si sia sicuri che la persona non è assolutamente in grado di comprendere ciò che sta facendo)».

[68] Su tali, prevalenti, interpretazioni, vedi F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 82; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., 710-714, con ampi riferimenti bibliografici. Negano, invece una differenza di contenuto tra i concetti di "infermità di mente" e di "deficienza fisica derivante da altra infermità", B. Pannain, F. Sclafani, M. Pannain, *L'omicidio del consenziente*, cit., 11 ss.

Da un lato, infatti, sono note le difficoltà di trovare una plausibile legittimazione e coerenza alla incriminazione delle condotte di partecipazione – in senso lato – al suicidio, in ordinamenti che, come il nostro, prevedono la non rilevanza penale del suicidio stesso. Superata definitivamente la prospettiva ricavabile dalla stessa Relazione del Guardasigilli, secondo la quale il suicidio, in quanto male per la società doveva essere perseguito e combattuto con il massimo rigore[69], a lungo si è cercato di giustificare lo "scarto" tra tipicità della partecipazione e non tipicità del suicidio facendo leva sulle ragioni legate al non senso, da un punto di vista politico criminale, della pena per il suicida. Oggi però, le difficoltà sopra menzionate si accentuano perché questa giustificazione non persuade più[70].

La ragione evidente oggi, alla stregua dei parametri costituzionali già più volte evidenziati, della scelta di non tipicizzazione della condotta di suicidio non può infatti che essere riscontrata nel fatto che il suicidio è espressione del proprio diritto di autodeterminazione sulla propria vita. Non solo inopportuno, dunque, ma anche incostituzionale[71] – e la tesi trova oggi autorevoli sostenitori – appare l'articolo in questione per quanto concerne la incriminazione delle condotte di agevolazione al suicidio. Diversamente si pone, invece, la questione in riferimento alla condotta di istigazione, in relazione alla quale si potrebbe riscontrare una plausibile rilevanza penale ma non in quanto lesiva del diritto alla vita quanto invece del diritto alla libertà morale dell'individuo[72].

Anche e proprio in riferimento al diritto alla vita si pone oggi, irrimediabilmente, una contraddizione tra un diritto costituzionale, il diritto di autodeterminazione, e altre disposizioni dell'ordinamento giuridico.

E ancora una volta si assiste ad un ribaltamento di prospettiva, per cui l'esistenza degli articoli del codice sembra, da un lato, condi-

---

[69] Relazione, cit., 465.

[70] Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, v. II, tomo, I, Bologna, 2007, 41.

[71] Così S. Cagli, *La rilevanza penale dell'eutanasia*, cit., 110; F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 123; S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., 726; L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, cit., 482.

[72] Sul punto cfr. S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio*, cit., 726.

zionare la visione proposta e contenuta in altre fonti normative, più attuali e recenti e talvolta sovraordinate, come accade ad esempio in riferimento alla Costituzione[73], ma, dall'altro, sembra anche fondare valutazioni impermeabili a qualsiasi evoluzione e modifica culturale e sociale che dovrebbe, invece, quantomeno, mettere in crisi il loro assolutismo.

Correttamente, di recente, è stata colta e definita «stridente ed irridente» questa contraddizione[74]; la contraddizione tra il riconoscimento di un diritto – e dello stesso fondamento costituzionale di quel diritto – e la impossibilità di farlo valere in concreto per la mancanza di regole "conformi" dettate dal legislatore. In questo senso «non si può dire, una volta riconosciutolo: il diritto costituzionale è "effettivo e tutelato" solo se e quando il legislatore abbia emanato norme di attuazione. Ciò, in concreto, significa, subordinare la Costituzione alla legge»[75].

Anche in relazione al bene della vita, dunque, il problema della disponibilità od indisponibilità deve porsi in un'ottica di bilanciamento tra il diritto di autodeterminarsi in relazione alla propria vita e gli altri diritti, di rango pari o superiore, che possono eventualmente essere coinvolti da una scelta libera di morte. Un bilanciamento, ancora una volta, in concreto, che porti ad una differenziazione delle situazioni e, dunque, a rifiutare soluzioni uguali per realtà diverse.

La proposta, da taluno di recente elaborata, per l'individuazione della natura, disponibile od indisponibile di un diritto nei casi in cui non vi siano o non siano facilmente individuabili indici normativi univoci in riferimento all'una o all'altra opzione, che trova nel bilanciamento in concreto degli interessi coinvolti e nelle modalità in cui la restrizione del diritto viene effettuata, i parametri valutativi di riferi-

---

[73] Corretta l'impostazione del problema come operata da F. Mantovani *(Diritto penale. Delitti contro la persona*, cit., 93 ss.) il quale, pur concludendo nel senso della indisponibilità del bene della vita *manu aliena* giunge a questa conclusione partendo dalla concezione dell'uomo emergente dalla Costituzione, e cioè dalla concezione personalista.

[74] Ci riferiamo alla critica sferzante rivolta da G. Zagrebelsky (*Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, apparso sul quotidiano «Repubblica» del 19 marzo 2007) alla decisione del Tribunale di Roma che si è pronunciato sulla inammissibilità del ricorso proposto da Piergiorgio Welby; sul caso Welby e sulla decisione del Tribunale di Roma, vedi più diffusamente, *infra*.

[75] Così ancora G. Zagrebelsky, *Il giudice*, cit.

mento[76], dovrebbe essere utilizzata anche in tutti quei casi in cui le indicazioni legislative, pur apparentemente univoche, siano tuttavia superate ed inadeguate a rappresentare la realtà dei valori odierna.

Così, lo abbiamo visto, è per gli atti di disposizione dell'integrità fisica e per l'art. 5 c.c. così deve, a nostro parere, essere per il diritto alla vita e gli artt. 579 e 581 c.p.[77].

5. *Il problema della disponibilità del diritto alla dignità personale*

5.1. *Una difficile definizione per un concetto multidimensionale*

Il riferimento al concetto di dignità è oggi una costante, quando ci si confronta con la tematica dei diritti fondamentali[78].

Il richiamo alla tutela della dignità umana quale diritto fondamentale fu inserito, nel dopoguerra, ad apertura della Costituzione tedesca dove, come abbiamo già avuto modo di vedere, l'art. 1 defi-

---

[76] La valutazione in concreto degli elementi fattuali e motivazionali per una soluzione sulla disponibilità od indisponibilità dei diritti personali è sostenuta da F. Albeggiani (*Profili problematici*, cit., 64 ss.) in riferimento a quei diritti per i quali non sono riscontrabili indici normativi univoci, o comunque in quelle ipotesi in cui la decisione sulla disponibilità o meno non può essere condizionata dal tipo di diritto ma deve essere affrontata all'interno di uno stesso diritto. In particolare l'autore si sofferma sul diritto alla libertà personale, in riferimento al quale dovrebbero essere presi in considerazione, da un lato la definitività o temporaneità delle restrizioni, dall'altro, nell'ambito di restrizioni temporanee, la meritevolezza dell'interesse in funzione del quale il consenso alla restrizione viene prestato.

[77] Per una precisazione di questo concetto si rinvia a quanto già illustrato *supra*, nell'ambito della sezione I, cap. 2, par. 4.4.

[78] Ormai infinita la letteratura inerente ai diritti fondamentali della persona; per quanto concerne la relazione tra diritti fondamentali e dignità umana, vedi Aa.Vv., *Historia de los Derechos Fundamentales*, diretto da Peces-Barba Martinez, Fernandez Garcia, Madrid, 1998; M.A. Alegre Martinez, *La dignidad de la persona, como fundamiento del ordinamento costitutional espanõl*, Leon, 1996; V. Gimeno-Cabrera, *Le traitemen jurisprudentiel du principi de dignité de la personne humane*, Paris, 2004, soprattutto p. 265 ss.; J. Gonzales Perez, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986; J. Muguerza, *El fundamentos de los derechos humanos*, Madrid, 1991; F.C. Palazzo, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti nuove tecnologie e trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 583 ss.; D. Rousseau, *Les libertés individualles et la dignité de la personne humaine*, Paris, 1998.

nisce la dignità umana quale diritto inviolabile[79] ed è oggi presente in tutti i testi costituzionali dell'Unione Europea[80], ma è anche elemento ricorrente nei più importanti testi di diritto internazionale, dal Preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 1945, alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina, fino a giungere alla recente Carta dei diritti della Unione Europea, dove compare già nel preambolo[81].

L'espressione solitamente si accompagna ad alcune ulteriori specificazioni: "dignità umana", "dignità personale", "dignità sociale"; ma, a prescindere dall'attributo che le si affianca, "in ogni caso la dignità appare come un attributo della persona o come un attributo delle sue modalità di vita»[82].

Nell'ambito della Costituzione italiana il riferimento alla tutela della dignità è talora esplicito, talaltra implicito, ma sicuramente assurge a principio generale dell'ordinamento giuridico interno[83].

Certo è che l'espressione, il valore, il principio "dignità" ha assunto dunque, ormai da tempo ed in modo sempre più capillare ed invasivo, un ruolo centrale nella nostra realtà normativa, affiancandosi o talora, come vedremo, sovrapponendosi al riconoscimento

---

[79] Vedi *supra* nell'ambito della sezione I, cap. 1.2.1.

[80] Per i riferimenti contenuti nella Costituzione italiana vedi ad esempio l'art. 41 secondo comma, secondo il quale l'iniziativa economica privata trova un limite nella dignità umana; nell'art. 3 primo comma secondo cui tutti i cittadini hanno pari dignità sociale o nell'art. 36 primo comma secondo cui il lavoratore ha diritto ad una retribuzione in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa. Oltre alla Costituzione tedesca e spagnola di cui ci siamo occupati direttamente nella prima sezione del lavoro, riferimenti espressi, pur di tenore diverso, alla tutela della dignità sono rinvenibili nella Costituzione belga, nella Costituzione svizzera, in quella polacca, in quella della Repubblica Ceca. Per un *excursus* approfondito vedi C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Trento, 2006, 48 ss.

[81] C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 47 ss.; G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 817; A.M.V. Valenti, *La dignità umana quale diritto inviolabile dell'uomo*, Perugia, 1985, 22 ss.

[82] G. Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, «NGCC», 1997, II, 415.

[83] Per una previsione esplicita basti il riferimento all'art. 3, comma 1° in cui si parla di dignità sociale; per un riferimento implicito non si può prescindere dall'art. 2 in cui, come noto, si riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo; per una completa disamina delle disposizioni costituzionali in cui compare il riferimento, implicito o esplicito, al concetto di dignità, si veda, G. Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, cit., 415 ss.

dei più tradizionali diritti fondamentali dell'uomo, sempre più al centro, negli Stati liberali, degli scopi di tutela degli ordinamenti stessi oltre che entro i singoli Stati, anche, ed in modo sempre più prepotente, al di fuori dagli stessi[84].

Un analogo processo di diffusione dei riferimenti alla dignità, quale diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo, si può riscontrare anche a livello di approfondimento scientifico-dottrinale e, dato forse ancora più interessante, per i risvolti pratici che porta con sè, a livello giurisprudenziale-applicativo.

Estremamente evidente è un tale processo evolutivo con riguardo all'ambito tedesco, ma una notevole diffusione ha assunto l'utilizzazione di questo "modello" anche nell'esperienza spagnola ed in quella francese, dove, peraltro, il fenomeno assume un rilievo del tutto peculiare, in quanto solo di recente, nel 1994, la tutela della dignità umana viene consacrato quale principio di rilevanza costituzionale ad opera del *Conseil constitutionnell*[85].

Come è stato correttamente rilevato, dunque, la dignità umana, «ha ormai perso l'originaria connotazione etico-filosofica per trasformarsi in un penetrante ed incisivo strumento regolativo»[86], seppure la connaturata indefinitezza del concetto ha consentito utilizzazioni e prese di posizione tutt'altro che univoche e condivisibili[87].

---

[84] Per un lucido ed affascinante affresco della evoluzione delle relazioni tra costituzionalismo e diritti fondamentali dell'individuo, vedi F.C. Palazzo, *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, cit., 583 ss.

[85] È noto come il sistema costituzionale francese presenti caratteri del tutto peculiari rispetto a quello italiano, spagnolo e tedesco, in una tradizione da sempre incentrata su di un primato del valore della legge sulla Costituzione, che mai ha rappresentato un testo funzionale alla proclamazione dei diritti fondamentali, solitamente contenuti nei preamboli, fonti normative di non precisato valore. Sulla evoluzione del sistema costituzionale francese in riferimento al ruolo dei diritti fondamentali e soprattutto al ruolo assunto nell'ultimo trentennio dal *Conseil Costitutionell*, vedi A. De Vita, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 1161 ss.

[86] Così G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 823; sul crescente ruolo assunto di recente dal valore della dignità umana, vedi anche F.C. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, cit., 411.

[87] Sulla correlazione tra astrattezza e indeterminatezza dei contenuti del principio ed altissima capacità di consenso che il principio di dignità assume, vedi U. Neumann, *Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde zu Beginn und am Ende des*

Come vedremo più in dettaglio, infatti, se utilizzato in una certa accezione, il modello dignità può facilmente essere finalizzato alla estensione della sfera d'autonomia degli individui ma, d'altra parte, l'accentuazione di elementi prettamente oggettivi può invece favorirne una utilizzazione che si traduce facilmente «nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e delle diversità»[88].

Ma andiamo con ordine.

L'inserimento del concetto di dignità della persona nel tessuto giuridico-normativo di ordinamenti laici e secolarizzati è frutto di un processo che si sviluppa e si afferma facendosi faticosamente strada tra ostacoli e difficoltà di vario tenore, prime fra tutte quelle legate alla stretta interrelazione che il concetto di dignità ha con quello di morale e dunque alle possibili sfasature che l'inclusione dello stesso tra gli strumenti giuridici di regolamentazione dei rapporti possa comportare nel già tanto problematico equilibrio delle relazioni tra diritto e morale[89].

In effetti i tentativi di definizione della dignità umana spesso coinvolgono il riferimento alla morale o comunque alle regole della morale; d'altro canto la dimensione etica della nozione di dignità umana non può essere ignorata. Ma, come noto, la nozione stessa di morale si evidenzia come oggetto di una duplice proiezione: una privata e personale ed una pubblica; la prima può essere definita come l'insieme delle regole di condotta accettate dall'individuo per indirizzare il proprio comportamento; è un dato autonomo, che non può essere imposto da alcuna autorità esteriore. La dimensione collettiva, invece, si identifica con una dottrina relativa ai costumi e designa ciò che è bene e ciò che è male in senso oggettivo. Naturalmente opposte sono le conseguenze di natura giuridica, con particolare riferimento alla disponibilità del diritto, a seconda che la dignità venga identificata con la nozione individuale di mo-

---

Lebens, in C. Prittwitz, D. Manoledakis (Hrsg.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden Baden, 1998, 51 ss.

[88] G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 827. Vedi inoltre C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 50 ss.; R. Romboli, *Bioetica e costituzione*, «RDcost»., 1996, 299.

[89] Aa.Vv., *Dignité humaine et hierarchie des valeurs*, Academia, 1999, *passim*.

rale, o con la nozione sociale collettiva, divenendo così sinonimo di moralità pubblica[90].

Ciò che, nell'ambito della presente indagine, diviene rilevante, a questo proposito, è individuare in quale rapporto la dignità si ponga, o comunque venga generalmente posta, rispetto alla libertà di autodeterminazione dell'individuo.

Ponendo diversamente la questione, si tratta di evidenziare se, ed in quale misura, la dignità possa essere un limite alla efficacia del consenso dello stesso soggetto la cui dignità si assume violata; se, dunque, si possa ipotizzare un conflitto tra libertà di autodeterminazione e dignità personale, ovvero se la dignità non sia essa stessa un elemento costitutivo portante della libertà, per cui divenga impossibile parlare di rispetto della dignità se non viene rispettata la libertà dell'individuo.

Quest'ultima accezione è sicuramente rinvenibile nel modello interpretativo nordamericano che, con particolare riferimento al campo della bioetica, si incentra sul principio di autonomia individuale quale criterio dirimente il pluralismo di valori tipico della società moderna. Il *right of privacy*, che – come noto – consiste anche nel generale diritto di decidere le questioni afferenti al proprio corpo e alla propria persona in maniera libera da intrusioni esterne, è in questo senso «il rimedio giuridico all'anarchia dei valori»[91].

Il concetto di *dignity* è, secondo un siffatto modello, una nozione prettamente soggettiva che, in quanto tale, viene «definita dallo stesso individuo che ne è portatore»[92].

Ma, pur in una realtà diversa quale quella europea, in cui l'individualismo si bilancia con la solidarietà e la risposta al pluralismo dei valori si indirizza alla elaborazione di una gerarchia tra gli stessi e ad un loro bilanciamento, non necessariamente la nozione di dignità deve essere intesa quale limite, oggettivo ed invalicabile, alla libertà individuale[93].

---

[90] V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel*, cit., 148.

[91] Sul punto, F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 3; sul *right of privacy*, vedi peraltro quanto precisato *supra*, sez. I, cap. I, par. 1.4

[92] F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, cit., 4 ss.

[93] Così, sembra invece ritenere F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, cit., 5 e 232 ss.

In questo senso ci si può e ci si deve porre l'interrogativo sulla natura disponibile od indisponibile della dignità umana, diritto fondamentale, di rilevanza costituzionale.

Qualora, infatti, questa sia intesa in senso oggettivo, come sinonimo di moralità pubblica, diviene facilmente limite alla stessa libertà di autodeterminazione del singolo, con conseguenti rischi di deriva verso una sorta di paternalismo giuridico ed una totale deresponsabilizzazione dell'individuo; qualora sia intesa in senso, per così dire, soggettivo, è essa stessa elemento della libertà dell'individuo che, solo, vede tutelata la propria dignità di uomo, se vede garantita la propria autodeterminazione.

In fondo, l'unico dato certo che riguarda il contenuto sostanziale della dignità personale è che essa indica «l'appartenenza dell'uomo all'umanità e designa con ciò qualcosa di immateriale, l'umanità dell'uomo» appunto[94].

Ma se andiamo a cercare una definizione più concreta e delineata, tale da poter fungere da strumento regolativo univoco, le difficoltà crescono.

5.2. *La definizione del diritto alla dignità umana nelle pronunce dei giudici costituzionali*

Difficilmente si riesce a ricostruire un significato univoco del concetto di diritto alla dignità umana nelle stesse pronunce dei giudici costituzionali che, pure, sono da considerarsi i primi lettori ed interpreti del testo costituzionale e dei suoi contenuti.

Spesso il modulo utilizzato è quello di un percorso indiretto di definizione del concetto, deducendone i contenuti e la rilevanza di diritto fondamentale dalla relazione con altri diritti e realtà.

Sicuramente emblematica in questa ottica la decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo che, nel pronunciarsi sulla legittimità della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, ha strettamente collegato la dignità personale alla dimensione morale del prin-

---

[94] V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel*, cit., 173; B. Edelman, *La dignitè de la personne humaine, un concept nouveau*, RD, 1997, 185.

cipio della vita umana ed ai diritti della personalità, con particolare riferimento al diritto alla vita, alla libertà di pensiero, al diritto all'onore, alla riservatezza e all'immagine, definendo, così, la dignità, come «un valore spirituale e morale inerente alla persona che si manifesta più in particolare attraverso l'autodeterminazione cosciente e responsabile della propria vita e che implica il rispetto delle altre persone[95].

In una oltremodo illuminante pronuncia, sempre il Tribunale Costituzionale spagnolo si è occupato della legittimità della alimentazione forzata dei detenuti in sciopero della fame. I ricorrenti contestavano la misura della alimentazione forzata assumendola lesiva della libertà di disporre del proprio corpo riconosciuta all'individuo, facendo riferimento all'art. 10.1 della Costituzione, dedicato, come noto, proprio alla inviolabilità della dignità personale. Il Tribunale, pur precisando che la regola dell'art. 10.1 implica che, in quanto valore spirituale inerente alla persona, la dignità deve rimanere inalterata qualunque sia la situazione in cui il soggetto si trova, quindi anche durante l'esecuzione di una pena privativa della libertà, riconosce tuttavia che l'amministrazione penitenziaria ha il dovere di proteggere i detenuti da qualsiasi forma di aggressione anche contro la loro stessa volontà e dunque che la alimentazione forzata non costituisce lesione della dignità[96].

Ma di grande interesse anche la "storica" pronuncia del Consiglio costituzionale francese, che, in assenza di dati testuali esaurienti che consentissero un piano giudizio sulla legittimità della cd. legge bioetica, ha dovuto riferirsi a norme espressione di tempi e realtà sicuramente molto diverse nel tentativo di conciliare la libertà di ricerca con la dignità umana[97]. In effetti in Francia il diritto alla dignità personale non figura espressamente in alcun testo costituzionale ed è quindi una realtà di creazione giurisprudenziale. Il Consiglio

---

[95] Ci riferiamo alla sentenza dell'11.04.1985, n. 53 i cui contenuti sono stati poi ripresi e confermati anche dalla successiva pronuncia del 27.02.1994, n. 57. I riferimenti alla salvaguardia della dignità personale sono peraltro numerosissimi nella giurisprudenza costituzionale spagnola, a partire dagli anni Ottanta, anche in riferimento al diritto di uguaglianza dei cittadini e al divieto di discriminazione.

[96] STC 120/90; diversamente, l'opinione dissenziente che invece ritiene lesa la dignità proprio in quanto non viene rispettata la volontà della persona.

[97] D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, cit., 62 ss.; V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel*, cit., 47 ss.; B. Edelman, *La dignitè de la personne humaine*, cit., 185 ss.

costituzionale, dunque, ha scelto di collegarsi, interpretandone liberamente il testo, al preambolo alla Costituzione del 1946 che si apre con la seguente proclamazione «Au lendemain de la victoire remportee par les peuples libres sue les regimes qui ont tente d'asservir et de degrader la personne humaine, le peuple francais proclame a nouveau que tout etre humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possede des droits inalienables et sacrés»[98].

Il riferimento era dunque tutt'altro che esplicito ed il riferimento testuale serviva al Consiglio essenzialmente per prevenire le critiche legate al travalicamento di ruoli, da interprete a creatore del diritto, che certamente gli sarebbero state indirizzate[99].

Come tradizione, le motivazioni del Consiglio costituzionale francese sono sempre piuttosto stringate, ed anche in rapporto a queste pronunce i riferimenti appaiono sicuramente meno estesi di quanto non possa cogliersi nella lettura del giudice supremo spagnolo. Ciò nonostante anche in questo caso possiamo notare il collegamento con altri principi, di matrice legislativa, ed in particolare il primato della persona umana, il rispetto dell'essere umano dall'inizio alla fine della vita, l'inviolabilità, l'integrità e l'assenza del carattere patrimoniale del corpo umano, l'integrità della specie umana, i quali, tutti, servono ad assicurare il rispetto del principio della dignità personale. In questo modo si vincola il legislatore, che, seppure autorizzato a modificare i principi stessi con altre leggi di pari grado, pur tuttavia non ha invece facoltà di ridurre la protezione legale offerta e garantita da un principio costituzionale; le eventuali modifiche legislative, dunque possono solo rafforzarla.

La bioetica è stata, quindi, terra di elezione della costituzionalizzazione del principio della dignità umana nella realtà francese. Il

---

[98] P. Avril, G. Conac, *La costitution de la Republique Francaise*, II ed., Paris, 1999.

[99] Sui meccanismi del funzionamento del sistema di giustizia costituzionale in Francia e sulla particolarità dello stesso rispetto al sistema italiano e tedesco, vedi E. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, 58 ss. Sull'evoluzione storica del Consiglio costituzionale francese, vedi Pegoraro, *Giustizia costituzionale*, in G. Morbidelli *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, 860 ss.; Id., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, 13 ss.

concetto è poi evoluto nella giurisprudenza del Consiglio costituzionale francese molto rapidamente: nel 1995 viene infatti dapprima attribuita rilevanza costituzionale al diritto ad una abitazione dignitosa, e poi, con la decisione sui patti civili di solidarietà nel 1999, viene raggiunta la consacrazione formale della autonomia del principio e della sua natura di principio costituzionale svincolato, ormai, da qualsiasi riferimento testuale al preambolo del '46[100].

5.3. *Il caso comunemente definito del "lancer de nains" e la trasposizione della dignità umana nell'ordine pubblico*

Nel 1995 prende parte, in Francia, al processo evolutivo del modello di riferimento della dignità personale e della sua definizione anche il Consiglio di Stato che modifica la tradizionale accezione di ordine pubblico includendovi il rispetto della dignità umana. Il caso riguardava la legittimità di uno spettacolo, comunemente definito come "lancio dei nani", nell'ambito del quale gli spettatori lanciano delle persone affette da nanismo il più lontano possibile in un ambiente protetto con misure apposite a prevenire possibilità di danni alla salute. Avverso i provvedimenti dei sindaci di Morsang sur Orge e Aix en Provence, che avevano sospeso lo svolgimento di tali spettacoli nei loro comuni, erano intervenute le pronunce dei tribunali amministrativi di Versailles e Marseille che avevano ritenuto che l'interdizione di tali spettacoli per violazione della dignità personale potesse essere condizionata solo all'assenza di particolari circostanze che nei casi in questione non era stata riscontrata. In appello, il Consiglio di Stato annullò le decisioni dei tribunali giustificando così la interdizione decisa dai sindaci e ritenendo siffatti spettacoli in sé idonei ad offendere la dignità umana a prescindere da ulteriori specifici accertamenti relativi ad ulteriori circostanze concrete.

Ciò che vale la pena evidenziare è il fatto che non si tennero in alcuna considerazione le argomentazioni dei soggetti interessati (i nani appunto che fecero notare come quella attività commerciale aveva

---

[100] V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel*, cit., 47 ss.

permesso loro di trovare una occupazione lavorativa, ed una certa, e secondo il loro punto di vista dignitosa, collocazione sociale.

I giudici ritennero infatti di svincolare il principio del rispetto della dignità della persona dalla volontà e dal giudizio della persona interessata, connotandolo così come principio imposto alla persona in funzione di una protezione assoluta anche da se stessa; la dignità personale viene così sottratta alla sfera di disponibilità del soggetto a cui si riferisce.

Il contenuto di ciò che è degno e ciò che non lo è viene imposto dall'esterno sulla base di una valutazione della dignità che vuole assumersi come oggettiva, ma che, in realtà, ad una più attenta riflessione, non è meno soggettiva di quella propria del soggetto interessato (il nano nel caso specifico) consistente nella possibilità di svolgere la propria esistenza in condizioni sociali ed economiche dignitose.

Attraverso questa decisione, l'ordine pubblico diviene lo strumento mediante il quale la morale penetra nel diritto in funzione di una imposizione di un ordine morale diffuso[101].

Seppure, infatti, il Consiglio di Stato eviti di utilizzare espliciti riferimenti alla moralità pubblica, tuttavia, come è stato giustamente rilevato, la finalità della decisione risulta essere quella di vietare uno spettacolo in grado di scioccare la coscienza collettiva[102].

In questo modo, rilevano i (numerosi) critici della decisone, si potrebbe arrivare facilmente a proibire la prostituzione, ma anche la stampa e gli spettacoli pornografici ed, in generale, tutte quelle altre attività che, pur messe in atto volontariamente dai soggetti coinvolti, vengano da un giudice ritenute contrarie al buon ordine morale.

In sintesi i punti critici che emergono dalla pronuncia sul lancio dei nani sono essenzialmente due: da un lato, l'assimilazione della dignità umana ad aspetto essenziale dell'ordine pubblico e dunque

---

[101] G. Lebreton, *Ordre public, ordre moral et lancer de nain*, «RD», 1996, 177; sul caso vedi le considerazioni svolte da D. Rousseau, *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, cit., 66 ss.; da V. Gimeno-Cabrera, *Le traitement jurisprudentiel*, cit., 157 ss.; e da B. Edelman, *La dignitè de la personne humaine*, cit., 187 ss.

[102] G. Lebreton, *Ordre public, ordre moral et lancer de nain*, cit., 177.

il coinvolgimento di un'etica collettiva nella soluzione di una questione giuridica; dall'altro l'atteggiamento paternalistico del giudice che si estrinseca nella protezione del soggetto a prescindere e contro la sua stessa volontà, attraverso una sovrapposizione della propria concezione del bene a quella riferibile all'interessato, non ritenuta degna di essere presa in considerazione.

Analoga questione si è posta di recente in Germania, dove è altrettanto diffuso lo spettacolo del lancio dei nani (*Zwergenweitwurf*).

Anche i giudici amministrativi tedeschi sono giunti alla medesima conclusione negando l'autorizzazione richiesta dal § 33 della *Gewertbeordnung*, il quale prevede la necessità di una autorizzazione per le attività che comportano l'esposizione al pubblico di persone per fini diversi da quelli scientifici od artistici; autorizzazione che può essere concessa solo qualora suddette attività non siano in contrasto con il buon costume (*guten Sitten*).

Omogenea anche la motivazione: anche in questo caso, infatti, si è ritenuto che una tale attività fosse lesiva della dignità del nano, che, attraverso una siffatta esibizione, sarebbe stato trattato non come persona ma come oggetto[103]. Ancora una volta, il consenso della persona interessata, la quale, peraltro, motivava il suo consenso sulla base dell'argomentazione per la quale lo svolgimento di una tale attività consentiva persino di avere una certa notorietà ed un certo inserimento sociale oltre, naturalmente, ad una remunerazione economica, fu ritenuto ininfluente, e la dignità, ex art. 1 della *Grundgesetz*, valore oggettivo ed indisponibile.

Emerge così chiaramente, ancora una volta, che «quello che viene esteriormente presentato come un principio di tutela della dignità della persona, in realtà non ha nulla a che vedere con la dignità dell'uomo concretamente interessato, bensì si riferisce al genere umano complessivamente inteso, o ad un aggregato più ristretto di soggetti bene identificabile al suo interno»[104].

---

[103] VG Neustadt, 21 maggio, 1992, NVwZ, 1993, 98. Su questa decisione, vedi G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 835 in nota. L'autore, inoltre commenta la stessa vicenda come affrontata dai giudici francesi nel 1985 (Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 839 a cui si rinvia anche per i riferimenti di letteratura e giurisprudenza).

[104] G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 841.

5.4. *Il Peep-Show Fall, ovvero la dignità ancora come valore oggettivo ed indisponibile*

Un altro noto caso giurisprudenziale in cui il *Bundesverwaltungsgericht* ha utilizzato il modello legato alla tutela della dignità personale e si è in particolare occupato della tematica inerente i rapporti tra dignità e consenso dell'individuo è il c.d. Peep Show Fall, risalente al 1981. La pronuncia riguardava la legittimità dei Peep Show, esibizioni di spogliarelliste all'interno di cabine oscurate da pannelli che i clienti del locale possono aprire inserendo dei gettoni[105].

La questione che, in concreto, si poneva era, anche questa volta, verificare se potesse essere concessa l'autorizzazione all'apertura di locali in cui si sarebbero svolti questi spettacoli, in conformità a quanto previsto dal § 33 della *Gewerbeordnung*.

Anche in questa pronuncia il tribunale, con una operazione ermeneutica da più parti contestata, cerca di ricondurre il concetto – alquanto indefinito – di buon costume, contenuto nella disposizione in parola, nell'ambito dell'ordine di valori emergente dalla Costituzione, ricorrendo, nel caso concreto, alla clausola della intangibilità della dignità umana – prevista dall'art. 1 – e concludendo nel senso che «comportamenti che sono lesivi della dignità di un uomo sono contrari al buon costume».

L'attenzione, quindi, viene spostata sull'art. 1 GG al fine di verificare se il Peep Show sia esibizione lesiva della dignità personale. Il problema, tuttavia, non viene affrontato, almeno in apparenza, nella prospettiva di una possibile offesa alla dignità umana in genere – nel senso di dignità sociale, degli altri – quanto piuttosto come offesa alla dignità specifica delle stesse spogliarelliste che, volontariamente e liberamente, mediante un contratto, decidono di esibirsi.

A prescindere dalla correttezza o meno del collegamento tra limite del buon costume e concetto della dignità umana, effettuato dai giudici, e dello stesso modo in cui i giudici hanno impostato ed in-

---

[105] BverwG, 15 dicembre, 1981, «NJW», 1982, 664 ss.; pronuncia poi confermata dal *Bundesvervassungsgericht* nel 1986 (BvervG, 30 gennaio, 1986, «NJW», 1987, 3246. Sulle varie decisioni che hanno avuto ad oggetto la legittimità del Peep-Show, cfr. T. Discher, *Die Peep-Show-Urteile des BverwG*, «JuS», 1991, 642 ss.

terpretato la questione[106], la pronuncia del *Bundesverwaltugsgericht* diviene ancora una volta interessante ai nostri fini nel momento in cui si pone il problema dei rapporti tra consenso delle donne che dovrebbero esibirsi e lesione della dignità personale delle stesse.

In altri termini, i giudici si pongono il problema della disponibilità del diritto alla dignità personale da parte dello stesso soggetto titolare, il quale acconsente liberamente (così si assume dall'esistenza di un valido contratto) a mostrarsi al pubblico quale oggetto di piaceri sessuali e, dunque, nell'ottica dei giudici, a far sì che terzi violino la sua dignità.

Il tribunale, dopo aver esaurientemente motivato sulla idoneità di un siffatto tipo di spettacolo ad offendere la dignità della donna, ritiene irrilevante il consenso dalla stessa prestato, affermando il dovere dello stato di assicurare, comunque, il rispetto della sua dignità anche contro la volontà della stessa[107]; la dignità è definita quale «valore obbiettivo da imporre indipendentemente da divergenti posizioni soggettive»[108].

La decisione in oggetto è stata duramente contestata da coloro che, sposando posizioni neo-liberali, hanno denunciato il rischio di un sovvertimento della gerarchia dei diritti fondamentali. Nonostante le critiche il procedimento motivazionale utilizzato nella pronuncia sul Peep Show è stato più volte riutilizzato dalla giurisprudenza

---

[106] In effetti, in senso decisamente critico nei confronti di questa decisione, si pone l'accento sul fatto che la funzione del § 33 della GewO non sarebbe quella di tutelare la dignità del soggetto che svolge lo spettacolo, bensì quella di tutelare l'ordine pubblico rispetto ad attività che possano turbare il comune senso del pudore. Il concetto di buon costume utilizzato in seno alla norma in questione, dunque, non avrebbe niente a che fare con quello di dignità umana come inteso dal tribunale e, di conseguenza, totalmente errata sarebbe la ricostruzione giuridica del problema. La questione, si obbietta, avrebbe dovuto trovare soluzione attraverso il riferimento all'art. 2 abs 1 GG, e cioè al diritto al libero sviluppo della personalità e ai limiti nello stesso articolo previsti, costituiti dai diritti degli altri soggetti, dal rispetto dell'ordine costituzionale e del buon costume (vedi in particolare per questi rilievi critici, C. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen*, cit., 170).

[107] BverwG, 15 dicembre, 1981, «NJW», 1982, 664.

[108] In questo senso è la dottina tedesca assolutamente dominante; vedi, ad es., P. Kunig, *sub art. I*, in I. v Munch, P. Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, 80; C. Starck, *Art. 1 Abs.1*, *GG*, cit., 51. Parziamente contrario, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden, 1985, 94 ss.

tedesca, come ad esempio in relazione alla pronuncia, di cui sopra, sulla legittimità dello spettacolo del lancio dei nani[109].

5.5. *Dignità personale e diritto alla vita. Il caso di Diane Pretty*

Il problema dei rapporti tra libertà di autodeterminazione e dignità personale si ripropone in modo eclatante in riferimento alla tematica delle decisioni inerenti alla fine della vita e della eutanasia in genere, ulteriore banco di prova privilegiato del contrasto tra utilizzazione di un modello di dignità "oggettivo", ovvero che riflette i canoni di una morale collettiva, e di un modello di dignità che possiamo definire soggettivo, in quanto specchio di una morale individuale o "critica"[110].

Evidente risulta essere il conflitto, in questa materia, tra le diverse nozioni di dignità umana; da un lato una nozione che si basa sul rispetto della vita umana come bene e realtà trascendente che non può essere lasciata alla libera disposizione del singolo e assimila dignità e vita in una comune qualifica di indisponibilità; dall'altro, una nozione completamente distinta dalla vita e che porta ad ammettere l'eutanasia su richiesta come condizione per il rispetto della dignità dell'uomo; come realizzazione del diritto a morire con dignità, secondo l'idea che «la richiesta di aiuto ad una morte consentita

---

[109] Problemi analoghi, si sono, più di recente posti in occasione della trasmissione televisiva *Il grande fratello*. In dottrina, ci riferiamo anche qui in prevalenza al dibattito tedesco, si è molto discusso sulla compatibilità di questo spettacolo televisivo con i "valori" propri dell'ordinamento di riferimento. In particolare si è anche in questo caso fatto leva prevalentemente sul concetto di dignità umana, e si sono poste le due questioni inerenti, da un lato, all'eventuale contrasto di un siffatto tipo di spettacolo con la dignità stessa e, dall'altro, all'eventuale ruolo svolto dal consenso dei protagonisti. Si è dunque posto ancora una volta il problema della disponibilità della dignità personale. Nel senso della esistenza di una violazione della dignità e dunque dell'esclusione dell'efficacia scriminante del consenso degli interessati, U. Hinrichs, *"Big Brother" und die Menschenwürde*, «NJW», 2000, 2175. Sulla problematica si rinvia comunque a G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali*, cit., 835 ss., ed alla copiosa letteratura *ivi* citata.

[110] Sul criterio della dignità come possibile fondamento legittimante la prescrizione di cui all'art. 579 c.p., vedi *supra*, sez. I, cap. 2.4.4., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

o una richiesta di eutanasia attiva resta l'ultimo spazio di libertà a cui ha diritto l'uomo»[111].

Generalmente, la separazione tra queste due accezioni di dignità umana rispecchia la distinzione tra una visione cattolica ed una visione laica della vita e del rapporto tra individuo e diritto alla vita.

Il ruolo centrale che assume il principio di autonomia e autodeterminazione in una visione laica dell'esistenza entra necessariamente a permeare anche il concetto di dignità e si scontra, non tanto con il diritto di concepire la dignità umana come espressione di una concezione assoluta della vita e di intendere la sacralità della vita come presupposto ineludibile di un dovere di vivere; si scontra piuttosto con la negazione, affermata in termini di inderogabilità, del diritto di ciascun individuo ad aspirare ad una vita e ad una morte dignitosa secondo la sua propria, personale e specifica, morale.

Intendere la dignità umana come concetto superindividuale significa, secondo una siffatta prospettiva «derubare l'individuo della propria libertà di decidere della propria esistenza e sottoporlo ad una razionalità estranea», consegnandolo così «ad una disponibilità altrui»[112].

L'ambiguità del concetto, e la sua capacità a prestarsi a finalizzazioni contrastanti, emerge – per quanto concerne l'ambito medico e la eutanasia in particolare – con grande evidenza dalla lettura del codice di deontologia medica del 1998, tuttora in vigore. Una delle

---

[111] Pone l'accento sulla utilizzazione divaricata della nozione di dignità della persona umana in funzione di soluzioni opposte, in riferimento al contesto in questione, S. Canestrari, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la persona*, Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 119 ss.

[112] In questi termini, U. Neumann, *Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde*, cit., 58. Secondo questa linea di pensiero, la questione dell'influenza del principio della dignità dell'uomo sul diritto penale diviene particolarmente evidente quando il malato non in grado di darsi da solo la morte, per la situazione di sofferenza estrema, chiede al medico di aiutarlo a morire. In questa ipotesi il divieto penale non può che risultare in contrasto con il diritto ad una morte dignitosa. È necessario ricostruire in via interpretativa il fatto tipico dell'omicidio su richiesta in chiave costituzionale ed ipotizzare una esclusione della rilevanza penale del fatto entro precisi presupposti, legati, per esempio alla necessità di mettere fine ad una situazione di sofferenza dura, che non può essere risolta con altri mezzi. In questo senso vedi, ad esempio l'*Alternativ Entwurf eines Gesetzes übere Sterbehilfe*, presentato nel 1986.

maggiori innovazioni rispetto al codice precedente, infatti, riguarda la maggiore attenzione rivolta all'individuo, al paziente, con particolare riferimento alla sua autonomia di scelta.

In effetti, laddove il codice precedente poneva, come parametro attorno al quale incentrare l'attività medica, la dignità della persona, l'attuale codice deontologico pone il binomio dignità e libertà.

Dietro un siffatto binomio, come è stato scritto, «apparentemente innocuo, si nasconde uno scontro di culture. Per un verso c'è una cultura libertaria, che affida alla libertà del singolo individuo il compito esclusivo di determinare il senso della propria dignità, si che l'aspirazione assolutistica alla qualità della vita si traduce fatalmente in una tutela esclusiva della vita di qualità»; dall'altro, in senso opposto, si possono individuare i segni di una cultura che interpreta la libertà dell'individuo in funzione della «realizzazione di valori costituzionalmente tutelati – e riassumibili nel principio della dignità della persona umana –» valori intesi, tuttavia, come qualcosa di oggettivo e svincolato dalla libertà stessa che «nella salvaguardia di tali valori trova al tempo stesso il suo limite»[113].

Esempio emblematico di una visione libertaria e relativizzata della dignità e della vita è senz'altro una significativa pronuncia della Corte Costituzionale della Colombia che ha interpretato, in senso conforme allo spirito personalista e liberale della Costituzione colombiana, la norma del codice penale che punisce l'omicidio pietoso del consenziente, circoscrivendone l'applicabilità proprio sulla base di una concezione soggettiva di dignità. In particolare di specifico interesse sono le parti della motivazione in cui, sulla base della premessa che la Costituzione è ispirata ad una visione dell'uomo come soggetto morale, capace di assumere autonomamente e responsabilmente le decisioni che lo riguardano, si afferma «si la manera in en ques los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, … no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisible de que una mayoria lo juzga un imperativo re-

---

[113] Cfr. per tali rilievi, F.D. Busnelli, *Bioetica e diritto privato*, cit., 81; in riferimento al Codice deontologico vedi M. Barni (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999.

ligioso o moral». La Corte prosegue in modo assai pregnante affermando che condannare una persona a prolungare la sua esistenza quando non lo desidera «equivale non solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la carta (CP art.12), sino a una anulacion de la su dignidad y de su autonomia como subjeto moral»[114].

Diverso, invece, sempre in via esemplificativa, l'atteggiamento della House of Lords – e poi anche della Corte Europea dei diritti dell'uomo – nella pronuncia che ha deciso l'ormai famoso caso di Diane Pretty.

Diane Pretty, come noto, era una malata terminale, affetta da una rara sindrome neuro-degenerativa del sistema nervoso centrale – malattia destinata a produrre indebolimenti progressivi della muscolatura con conseguente riduzione della mobilità e della possibilità di parlare, che interessa presto o tardi l'apparato respiratorio, e che l'avrebbe in breve portata ad una morte secondo la sua stessa definizione «*humiliating and distressing*».

Considerando le proprie condizioni di vita non più dignitose, e quindi la propria vita non più degna di essere vissuta, non potendo suicidarsi da sola ma necessitando dell'assistenza del marito, Diane Pretty chiese in primo luogo al *Director of Public prosecutions* l'impegno a non perseguire il marito che l'avesse assistita nel suicidio e, ricevuta risposta negativa, si rivolse alla *Divisional Court* per ottenere la revisione di tale decisione e poi, alla *House of Lords*, sollecitando una pronuncia che sancisse la contrarietà delle norme inglesi che puniscono l'assistenza al suicidio, rispetto ai principi di cui alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In particolare le disposizioni oggetto della controversia furono gli artt. 2 e 3 della Convenzione, relativi al diritto alla vita e al divieto della tortura e gli artt. 8 e 9 aventi ad oggetto la tutela del diritto alla libera manifestazione del pensiero e a non subire interferenze nella vita privata.

Secondo le argomentazioni della Pretty, la criminalizzazione dell'assistenza al suicidio sarebbe stata in contrasto, in primo luogo con l'art. 2 della Convenzione, che non sarebbe da intendere a

---

[114] La pronuncia è la C_239 del 20 maggio 1997. Per i riferimenti e il commento, vedi C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 67 ss. e 159 ss.

tutela della vita in quanto tale, bensì a tutela del potere che ciascun essere umano ha di difendere se stesso contro ogni possibile assalto dei terzi – apparato statale incluso.

La facoltà di morire liberamente altro non rappresenterebbe, secondo tale impostazione, se non un corollario del diritto generale alla vita. In tal senso, la Convenzione non imporrebbe agli Stati membri l'assunzione di iniziative miranti a costringere le persone a restare al mondo; più semplicemente, si richiederebbe la messa in opera di congrui interventi di prevenzione, affinché gli individui non vengano privati della vita stessa.

Per quanto riguarda invece l'art. 3 della Convenzione, esso, – nel vietare trattamenti inumani e degradanti – consacrerebbe necessariamente l'esistenza di un diritto dell'uomo a spegnersi con dignità. Fra i compiti di uno Stato, a parte il dovere di non infliggere ai cittadini condizioni di vita inumane, non potrebbe non rientrare l'impegno a difendere ogni individuo di fronte a emergenze siffatte. E in situazioni come quelle di Diane Pretty detto obiettivo non sarebbe realizzabile cha attraverso una normativa volta, specificamente, ad autorizzare l'assistenza a morire.

Le conclusioni della Corte furono nel senso di una "non incompatibilità" tra la normativa interna (che considera reato l'assistenza al suicidio) e le disposizioni della Convenzione di cui la Pretty lamentava la violazione, mediante una confutazione delle interpretazioni (soggettivistiche) sostenute dalla Pretty, ma non mancando di riconoscere che legislazioni orientate a tollerare l'assistenza al suicidio o a concedere spazi all'eutanasia su richiesta non si porrebbero – neppur esse – in contrasto con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Quanto poi all'art. 8 della Convenzione – ossia alla pretesa illiceità di intrusioni dello Stato nella intimità degli individui (attraverso la criminalizzazione di condotte sostanzialmente autolesive) – non si escluse che la norma punitiva dell'assistenza al suicidio potesse collidere con le pretese al rispetto per la vita privata, e con le scelte più intime dell'individuo. Tali ingerenze furono tuttavia giustificate, alla stregua di quanto previsto dallo stesso articolo in questione, in quanto «necessarie in una società democratica», a tutela dei diritti altrui – specie di chi non sia in grado di adottare decisioni informate rispetto ad atti miranti a porre fine alla vita.

Diane Pretty si rivolse allora alla Corte europea per i diritti dell'uomo che si pronunciò anch'essa negativamente, facendo proprie le motivazioni espresse dalla corte britannica, il 29 aprile 2002.

In particolare, la Corte escluse che dall'ammissione generale del "diritto alla vita" di cui all'art. 2 Conv. possa mai derivare, sul terreno interpretativo, un riconoscimento dell'esatto contrario di ciò, ossia di un diritto del paziente a morire. Né sarebbero plausibili configurazioni del potere di autodeterminazione quale tramite per (permettere all'individuo di) scegliere addirittura la morte, piuttosto che la vita[115].

5.6 *(segue). Il caso Welby*

Recentissimamente anche in Italia si è prepotentemente posta all'attenzione generale la questione relativa all'esistenza di un diritto di morire dignitosamente e di porre fine ad una vita che, secondo una valutazione soggettiva personale e, peraltro, estremamente lucida, non viene più considerata degna di essere vissuta.

Piergiorgio Welby, malato di distrofia muscolare progressiva dall'età di diciotto anni, dopo un inesorabile peggioramento della malattia che gli aveva già immobilizzato le gambe negli anni Ottanta, il 14 luglio 1997 perde i sensi ed entra in coma. Pur avendo espresso, precedentemente allo stato di incoscienza, volontà contraria ad interventi del genere, viene tuttavia tracheotomizzato e quindi si risveglia dal coma. Da quel momento respira con l'ausilio di un ventilatore polmonare, è nutrito artificialmente e parla con l'ausilio di un computer e di un software. Dal 2002 si batte strenuamente per il riconoscimento del diritto di morire; pubblica il libro *Lasciatemi morire* e nel settembre 2006 invia una lettera al Presidente della Repubblica descrivendo la sua stanchezza estrema e l'amore per una vita vera, e chiedendo una morte buona e pietosa. Assistito in casa da due medici curanti, chiede loro il distacco dal ventilatore polmonare accompagnato da sedazione in modo da evitare ulteriori inutili sofferenze. A fronte del rifiuto di uno

---

[115] Sul caso Pretty, vedi, P. Borsellino, *Decisioni di fine vita a confronto: i casi di Miss B e di Diane Pretty*, «Bioetica», 2004, 2, 200 ss.; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 141; P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003, 210 ss.

di essi, Piergiorgio Welby propone ricorso avanti al Tribunale di Roma *ex* art. 700 c.p.c., onde ottenere il riconoscimento del diritto di rifiutare la terapia attuata mediante il ventilatore polmonare e del dovere del sanitario di rispettare tale diritto e di attivarsi in tal senso. Il Tribunale di Roma riconosce quel diritto, affermando, testualmente, che «Il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute; esso permette alla persona, in un'epoca in cui le continue conquiste e novità scientifiche nel campo della medicina consentono di prolungare artificialmente la vita, lasciando completamente nelle mani dei medici la decisione di come e quando effettuare artificialmente tale prolungamento, con sempre nuove tecnologie, di decidere autonomamente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se e a quali cure sottoporsi»; ed ancora, dopo aver fatto riferimento alle fonti nazionali ed internazionali in cui siffatto principio trova espresso riconoscimento, connotandolo così come principio ormai positivamente acquisito, continua evidenziando la necessità di superare «l'impostazione formale della generale doverosità giuridica del mantenimento in vita del paziente ed il leale ripensamento delle categorie distintive fra comportamenti passivi e comportamenti attivi del medico, in particolare valorizzando l'essenza ed il rispetto della dignità umana, la qualità della vita e facendo ricorso ai concetti di futilità o inutilità del trattamento medico, di incurabilità della malattia, di insostenibilità della sofferenza e di condizioni degradanti per l'essere umano».

Dopo essersi così chiaramente espressi a favore del riconoscimento di un diritto di autodeterminazione terapeutica e della matrice costituzionale dello stesso[116], i giudici del Tribunale mettono lucidamente in evidenza anche la contraddittorietà del nostro attuale contesto normativo, ispirato, nel suo complesso al principio di indisponibilità della vita, come risulta dagli artt. 5 c.c. e soprattutto dagli artt. 575, 576, 577, I comma n. 3, 579 e 580 del codice penale, in tema di omicidio.

Nonostante la profonda e lungimirante ricostruzione sopra schematizzata, la pronuncia si conclude nel senso di una inammissibilità

---

[116] Il tribunale fa espresso riferimento al combinato disposto degli artt. 2; 13 e 32 cost.

del ricorso, considerando il diritto di autodeterminazione terapeutica un diritto riconosciuto ma non concretamente tutelato per la mancanza di una disciplina legislativa ad *hoc*. In definitiva uno *ius imperfectum*[117]. Il giorno 20 dicembre successivo alla ordinanza (16 dicembre 2006), il dottor Mario Riccio, anestesista dell'Ospedale Maggiore di Cremona e medico della Consulta Bioetica di Milano, assunto da Piergiorgio Welby come nuovo sanitario, pratica un'endovena a Welby iniettandogli un sedativo e contemporaneamente inizia l'operazione di distacco del respiratore. Piergiorgio Welby cessa di vivere il giorno 20 dicembre 2006 per insufficienza respiratoria a seguito di distacco del ventilatore polmonare sotto sedazione terminale. L'esito della perizia autoptica ha accertato che il sedativo utilizzato dal dottor Riccio non ha accelerato la morte, essendo questa avvenuta per arresto cardiocircolatorio da insufficienza respiratoria. Il Gup di Roma ha prosciolto, in data 23 luglio 2007, il dottor Riccio dall'accusa di omicidio del consenziente riscontrando ancora una volta l'esistenza del diritto del paziente a rifiutare il trattamento e il correlativo dovere del medico a rispettare tale diritto[118]. La pronuncia con grande chiarezza e lucidità pone alcuni punti fermi di notevole rilevanza. In particolare, tra l'altro, il GUP afferma che: 1) Il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost. e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminazione riconosciuta all'individuo dall'art. 13 Cost.; 2) la volontà consapevole dell'individuo deve essere rispettata anche quando il rifiuto riguardi terapie salvavita; 3) il diritto alla autodeterminazione della persona in materia di trattamento sanitario nasce già perfetto, non necessitando di alcuna disposizione attuativa di normazione secondaria; 4) nella gerarchia costituzionale dei diritti non soccombe rispetto al diritto alla vita: «anche la difesa approntata dall'ordinamento all'inviolabilità della vita deve cedere di fronte alla condotta del medico che possa metter-

---

[117] Sul punto vedi M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, «CP», 2007, 903 e, in senso nettamente critico, ampiamente, G. Zagrebelsky, *Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, cit.

[118] Cfr. Trib. Roma (nd. 23 luglio 2007, dep. 17 ottobre 2007, n. 2049/07). Per un primo commento, cf. S. Seminara, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, «DPP», 2007, 1561.

la a rischio o addirittura pregiudicarla, se tale condotta sia stata posta in essere in ossequio alla volontà liberamente e consapevolmente espressa, sulle terapie cui sottoporsi o non sottoporsi dello stesso titolare del bene protetto».

Come non può non saltare all'occhio di un osservatore attento e consapevole, il caso di Piergiorgio Welby, pur presentando notevoli affinità con il caso di Diane Pretty, se ne differenzia anche in modo determinante. L'aspetto saliente riguarda il fatto che, mentre Diane Pretty chiedeva di essere aiutata a morire, e la impunità per il marito che l'avesse assistita materialmente a questo fine, non essendo lei da sola in grado di suicidarsi, Piergiorgio Welby, invece, chiedeva la interruzione di cure (cui peraltro non aveva mai espresso un consenso), pur evidentemente salvavita, e quindi rivendicava il suo diritto ad essere lasciato morire, a non curarsi.

Questo aspetto, che sembra di così facile ed intuitiva percezione, è in realtà rimasto totalmente in ombra nel dibattito politico e mediatico che il caso di Piergiorgio Welby, anche per le modalità pubbliche con cui è stato condotto, ha scatenato. In effetti tale dibattito, come è stato rilevato «si è polarizzato sfortunatamente sui due concetti di *eutanasia* e di *accanimento terapeutico*. Sfortunatamente, perché il primo concetto, evocando un fantasma da molti demonizzato come attentato alla sacralità della vita umana, non appare affatto funzionale all'obbiettivo di una discussione razionale e pacata sul problema»[119].

Il secondo aspetto di diversità concerne il fatto che il caso di Diane Pretty non coinvolgeva il profilo inerente al rapporto medico-paziente, in quanto i soggetti del "dramma" esistenziale erano Diane e suo marito; nel caso Welby, invece, la soluzione doveva fare i conti con i profili legati al dovere di curare del medico ed alle conseguenze legate ad un suo eventuale rifiuto di interrompere la cura[120].

Entrambe le storie hanno però alla base la rivendicazione di un diritto: quello di scegliere di non vivere più una vita che non viene più percepita e considerata dignitosa; altro elemento comune alle due vicende è l'impossibilità di attuare personalmente questa scelta, e dun-

---

[119] Così F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, «DPP», 2007, 1, 5 ss.

[120] Su cui in particolare M. Donini, *Il caso Welby*, cit. 909 ss.

que il necessario coinvolgimento di altri soggetti; infine, la totale ed assoluta lucidità mentale e consapevolezza dei protagonisti[121].

Certo non si può non condividere l'amarezza e lo sdegno per la conclusione della drammatica vicenda di Welby, che correttamente è stata interpretata come «una sconfitta per l'ordinamento giuridico italiano, che si è rilevato incapace di fornire una indicazione univoca prima che il fatto venisse commesso, circa la liceità o illiceità di quello stesso fatto»[122].

Ma al di là di queste valutazioni, il caso Welby ci ha fornito utili elementi per fare dei passi avanti nel dibattito sul tema.

Soprattutto sembra potersi considerare definitivamente superata, alla stregua di quanto affermato nella motivazione dell'ordinanza del Tribunale civile di Roma, che abbiamo per stralci riportato, la questione, o forse meglio il cavillo, sulla natura omissiva od attiva della condotta di distacco del respiratore. Sul punto vale forse la pena ricostruire brevemente i presupposti della questione.

Come noto, una delle distinzioni che generalmente viene effettuata in relazione al poliforme concetto di eutanasia, è quella tra uccidere e lasciar morire, tratta dalla terminologia anglosassone che distingue tra *mercy killing* e *letting die*[123]. A questa distinzione si fa corrispondere quella tra eutanasia attiva ed eutanasia passiva, termini più vicini all'ambito tecnico-giuridico e maggiormente indicativi delle modalità di realizzazione dell'evento, la dolce morte, appunto.

La distinzione si basa soprattutto su di un dato differenziale che diviene la ragione prima di un giudizio – etico, ancora prima che giuridico – diversificato in ordine alla liceità delle due ipotesi: nella prima, causa della morte non sarebbe l'azione del medico ma la malattia stessa, il cui decorso naturale non verrebbe modificato dall'in-

---

[121] Non si pone quindi, né in riferimento al caso Welby, né in riferimento al caso Pretty, la questione concernente validità e limiti del c.d. testamento biologico. Sul tema, di recente, D. Tassinari, *Gli attuali progetti di legge sul così detto "testamento biologico"*, cit., 265 ss. A. Vallini, *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile", dal paziente*, «DP», 2003, 185 ss.

[122] Così F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 5 ss.

[123] Cfr. sul punto D. Tassinari, *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di Common law*, in S. Canestrari, G. Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela*, cit., 147 ss.

tervento umano; nella seconda, invece, causa della morte sarebbe proprio la condotta del medico.

L'eutanasia passiva, naturalmente consensuale, viene così generalmente considerata lecita, non solo da un punto di vista morale ma anche da un punto di vista giuridico. Anzi, non sarebbe nemmeno da annoverare tra le ipotesi di eutanasia, in quanto manifestazione del rispetto, peraltro obbligato da parte del medico, del diritto di rifiutare le cure, costituzionalmente riconosciuto e garantito dal combinato disposto degli artt. 32 e 13 cost.; l'eutanasia attiva, invece, sarebbe senz'altro da considerarsi illecita, in quanto omicidio e quindi lesiva di un diritto, il diritto alla vita, da un punto di vista giuridico assolutamente indisponibile[124]. Una tale drastica e "tranquillizzante" separazione di categorie non trova, però, o non trova più, conferma sul piano empirico. La differenza tra pratiche mediche attive ed omissive, tra intervento e non intervento, originariamente chiara ed esauriente, oggi sfuma sempre più nella complessità delle tecniche mediche. In particolare, come noto, la certezza della distinzione delineata entra in crisi proprio nella considerazione dei casi di interruzione di trattamenti, quando implichi una condotta attiva da parte del medico la cui valenza positiva, da un punto di vista ontologico, viene però a cozzare con il significato "omissivo" (omissione di terapia) che è inevitabilmente sotteso ad una tale condotta.

In questo caso, dunque, se non si vuole confutare la plausibilità della differenziazione sopra delineata, le alternative sono due: da un lato si può considerare la condotta interruttiva come condotta commissiva e, coerentemente con le premesse, qualificarla come eutanasia attiva, e dunque, illecita[125], atteggiamento seguito in riferimento al caso Welby, da gran parte del dibattito mediatico e scientifico e

---

[124] Cfr., tra gli altri, F. Mantovani, *Eutanasia*, voce in «DDP», Torino, 1990, IV, 427; G. Orrù, *La tutela della dignità umana del morente*, in L. Stortoni (a cura di), *Vivere diritto o dovere*, cit., 103; E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000, 103 ss.; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono di cure mediche*, «RIML», 1984,. 1019; *contra*, cfr. L. Eusebi, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, «AP»., 1985, 527, il quale ritiene illecita anche la eutanasia passiva.

[125] Anche per una sintesi delle posizioni dottrinali sul punto, vedi H.H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 545 ss.

naturalmente dalla Chiesa; dall'altro, avvertendo la iniquità di una tale opzione, data la innegabile omogeneità del significato sotteso alla condotta di interruzione e della omissione di terapia, prescindere dal dato naturalistico – non confutabile – dalla valenza attiva delle condotte di disattivazione di un macchinario e concentrarsi su ciò che davvero deve considerarsi determinante: il significato che la richiesta assume. Il malato che non vuole più essere alimentato artificialmente, non vuole più essere curato.

La richiesta di un malato di interrompere un determinato trattamento, disattivando la macchina dal cui funzionamento il trattamento dipende, integra null'altro che un rifiuto di cure[126].

Nel momento in cui il Tribunale ammette che il diritto di Welby era un diritto al rifiuto delle cure, ammette l'equivalenza contenutistica del non praticare le cure e della sospensione delle stesse, indipendentemente dal fatto che la sospensione richieda nel concreto un movimento corporeo attivo, una condotta positiva. Ciò che rileva e deve rilevare è semplicemente legato al significato ultimo che la condotta comporta: lasciare che la malattia faccia il suo corso e non intervenire creando un decorso causale verso la morte modificativo dello stato esistente. Il cuore del problema ritorna ad essere il rispetto della dignità umana, come «rifiuto di strumentalizzare l'individuo, e la sua libertà, per scopi che lo trascendono»[127].

---

[126] Conforme F. Giunta (*Diritto di morire*, cit., 106) secondo il quale la liceità della condotta di disattivazione della macchina sarebbe condizionata al consenso del paziente, in virtù dell'art. 32 2 comma cost. che, nel caso in esame, fonderebbe la doverosità della condotta di disattivazione, integrando il limite scriminante dell'art. 51 c.p.

Bisogna aggiungere, peraltro, che per riconoscere la validità di una tale equazione non occorre scomodare artificiose costruzioni dogmatiche (con il rischio di utilizzarle quali meri *escamotages* giuridici, funzionali ad una soluzione già prestabilita), quale quella di considerarla una ipotesi di omissione mediante azione. Sulla questione cfr. L. Eusebi, *Omissione dell'intervento terapeutico*, cit., 531; F. Ramacci, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, *SS*, 1988, *suppl*,. 291; F. Stella, *Il problema giuridico dell'eutanasia*, cit., 1017. Sul punto vedi anche F. Giunta, *Diritto di morire*, cit., 94, il quale contesta la legittimazione normativa di una tale figura nel nostro ordinamento giuridico.

[127] F. Viganò, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"?*, cit., 8. Punta il dito sul rispetto della dignità umana e la qualità della vita anche l'ordinanza del Trib. Civile di Roma, cit.

5.7. *(segue). Il riflesso delle opposte concezioni della nozione di dignità personale sulle scelte normative attuali in riferimento alla vita e alla morte*

Il diverso modo di intendere la portata del valore dignità umana assume un ruolo determinante, in questo ambito, anche nelle scelte di disciplina che i singoli ordinamenti decidono di adottare.

In particolare l'ordinamento può decidere di muoversi verso l'adozione di un modello di disciplina che «riconosca il singolo come agente morale assolutamente libero e ne rispetti l'autonomia e l'autodeterminazione (modello permissivo)»; ovvero può optare per l'imposizione di «modelli di comportamento individuale tesi al rispetto della promozione, anche contro la volontà del singolo, di quello che l'ordinamento suppone sia il suo bene (modello impositivo)»[128].

Secondo questa schematica ricostruzione, e per quanto riguarda il rapporto degli ordinamenti con la protezione del diritto alla vita, sono stati efficacemente individuati alcuni ordinamenti che si ispirano ad un modello tendenzialmente impositivo della vita ed altri che si ispirano invece ad un modello tendenzialmente permissivo.

Nella prima categoria si ha «una prevalenza assoluta dell'ideologia dominante sul principio del consenso». La dignità umana, per non perdere di vista l'oggetto prioritario di questa parte del lavoro, non è vista, considerata e rispettata in termini di autonomia; la dignità e, dunque, la possibilità di una morte dignitosa non «risulta nella disponibilità dell'individuo, ma giunge ad essere un concetto delineato a priori secondo l'impostazione culturale dominante e quindi calato in termini costrittivi sulla volontà individuale[129].

Nella seconda categoria, invece, la nozione di dignità, in assenza di pregiudizi concreti per la collettività, si costruisce e si esaurisce sugli stessi interessi del singolo individuo. Il soggetto è così titolare di un diritto ad orientare la propria vita e la propria morte secondo i propri valori senza condizionamenti esterni imposti.

---

[128] C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 131.
[129] *Ibidem*, 133.

Come abbiamo avuto modo di vedere, l'ordinamento italiano è sicuramente espressione emblematica di un modello a tendenza impositiva, che, se pure caratterizzato da un generalizzato riconoscimento di un diritto di rifiutare le cure fondato su di una interpretazione del dettato costituzionale, prevede tuttavia un divieto netto e assoluto dell'eutanasia attiva volontaria, sia nella forma dell'omicidio del consenziente sia nella forma dell'assistenza al suicidio[130].

Modelli a tendenza permissiva sono, invece, ad esempio, quelli adottati dagli ordinamenti dell'Olanda e del Belgio, i quali, pur non prevedendo un vero e proprio diritto alla morte o alla eutanasia, ciò nondimeno hanno optato per la non punibilità, a certe condizioni, dei medici che praticano l'eutanasia diretta e volontaria[131].

Ancora più evidente risulta tuttavia essere la valorizzazione della autonomia di scelta dell'individuo in relazione alla fine della vita, e dunque il riferimento ad una nozione di dignità strettamente connessa a quella di libertà e autodeterminazione, nell'ordinamento della Colombia, se pure, come abbiamo avuto già modo di precisare, in seguito ad un intervento della Corte costituzionale e non ad una modifica legislativa[132].

---

[130] In una posizione intermedia sembra porsi l'ordinamento svizzero che, da un lato punisce con la detenzione «chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà cagiona la morte di una persona su sua seria ed insistenza richiesta»; dall'altro, tuttavia, punisce l'istigazione e aiuto al suicidio solo se motivati da ragioni egoistiche» (M. Aquino, *L'esperienza svizzera*, in S. Semplici [a cura di], *Il diritto di morire bene*, cit., 151 ss.; F. Botti, *L'eutanasia in Svizzera*, Bologna, 2006; C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 162).

[131] In entrambe le normative, tra le varie condizioni procedurali che acquistano rilevanza ai fini della esclusione della responsabilità del medico, assumono un particolare ruolo la genuinità, spontaneità e ponderatezza della decisione del paziente. Il testo della legge olandese è, tradotto in italiano, leggibile in *Bioetica*, 2001, 389 ss.; la legge belga è riportata sempre in «Bioetica», 2002, 578 ss. Per un commento di tali discipline, vedi, tra gli altri, C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 154 ss.; G. Cimbalo, *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in S. Canestrari, G. Cimbalo, G. Pappalardo (a cura di), *Eutanasia e diritto*, cit., 133 ss.; A. Ronzio, *Olanda: la scelta della legalizzazione*, in S. Semplici (a cura di), *Il diritto di morire bene*, cit., 109 ss.; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 245 ss.

Sulla natura di causa di giustificazione procedurale del modello che fonda la non punibilità della eutanasia, nella normativa olandese e belga, vedi quanto approfondito *supra*, sez. II, par. 2.7.

[132] Cfr. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, cit., 159.

6. *Il diritto al rispetto del pudore, da valore etico della collettività a bene della persona. Aperture e chiusure nella recente giurisprudenza italiana*

Come noto il titolo IX del codice penale, intitolato «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume», privato ormai del capo I, dedicato ai delitti contro la libertà sessuale, trasposti nel titolo dedicato ai delitti contro la persona, si riduce in pratica a due fattispecie delittuose: l'art. 527, intitolato «Atti osceni» e l'articolo 528, dedicato alle pubblicazioni e spettacoli osceni, entrambe ricomprese nel capo II «Delle offese al pudore e all'onore sessuale».

Definizione chiave in materia è considerata quella contenuta nell'art. 529 secondo il quale «Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»; il collegamento di tale disposizione con quelle di cui alle due fattispecie incriminatrici di cui sopra, porta a ritenere che l'atto – o il comportamento – sia osceno ed assuma rilevanza penale solo ed in quanto offensivo, anche solo potenzialmente, del «comune sentimento del pudore».

L'interesse si incentra da sempre proprio sulla interpretazione del concetto di comune sentimento del pudore, non solo per quanto concerne i dibattito teorico scientifico[133], ma anche la voce dei giudici, di legittimità, di merito, così come della stessa Corte Costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi sulle fattispecie di cui agli artt. 527 e 528 c.p.

Non è questa la sede per una ricostruzione accurata del dibattito che si è incentrato, in linea di massima, sull'alternativa tra una accezione del comune sentimento del pudore improntata a parametri di stampo storico-relativistico ed una accezione invece c.d. deontologico-assolutistica[134].

Ciò che invece ci preme evidenziare è il percorso giurisprudenziale che, soprattutto negli ultimi dieci anni, sembra aver modificato

---

[133] G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno*, cit., 2 ss.; M. Petrone, *Moralità* (dir. pen.), voce in «ED», XXVII, Milano, 1977, 66.

[134] Per una completa ricostruzione del dibattito vedi fondamentalmente G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno*, cit., *passim*.

la tradizionale concezione del pudore come bene di natura pubblica, se pure non sempre in maniera diretta e talvolta più come effetto "collaterale" che come esplicita presa di posizione, a favore di uno spostamento verso una visione del pudore come bene di natura individuale, disponibile, dunque, da parte del titolare.

Il passaggio nodale si è incentrato sull'inserimento del requisito della pubblicità quale presupposto ovvero, addirittura, elemento costitutivo delle fattispecie di osceno, con particolare riguardo alla fattispecie di cui all'art. 528 c.p.

In particolare lo spunto in questa direzione emerse nei primi anni novanta per risolvere il contrasto giurisprudenziale sviluppatosi in ordine al problema della liceità del commercio "riservato" di cassette pornografiche, effettuato cioè in locali separati, solo su richiesta del cliente interessato al prodotto.

Le Sezioni Unite si pronunciarono sulla questione nel 1991 e, immediatamente dopo sullo stesso filone argomentativo intervenne anche la Corte Costituzionale. La non riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 528 c.p. fu in entrambi i casi motivata sul fatto che la contrarietà al buon costume non dipende dall'oscenità in se della condotta o dell'oggetto, ma dal fatto che condotta od oggetto siano potenzialmente o effettivamente offensivi del pudore sessuale. L'offesa potenziale o reale al pudore sessuale si ha solo, peraltro, nel caso in cui l'atto o la condotta siano connotati dal requisito della pubblicità, da intendersi, a sua volta, quale reale o potenziale percezione da parte della collettività o di terzi non consenzienti.

Le modalità riservate, dunque, della condotta – del commercio di materiale osceno nello specifico – furono ritenute elemento essenziale per escludere la illiceità dello stesso.

In questo modo si è operato, in concreto, uno spostamento, sul piano interpretativo dell'oggetto di tutela delle fattispecie di osceno dalla moralità pubblica alla persona sotto il profilo specifico della salvaguardia della riservatezza e della discrezione sessuale[135], secondo quella impostazione liberale della tutela del pudore che mirava

---

[135] B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., 263.

ad inquadrare tale diritto tra i diritti di libertà, come libertà dal non subire molestie nella propria sfera di riservatezza personale[136].

In realtà questa trasposizione non è mai stata esplicitata dalla Corte, la quale, anzi, talora l'ha espressamente confutata, considerando il buon costume, così come inteso dal codice e dalla Carta costituzionale[137], un valore etico della collettività, ma arrivando tuttavia ad escludere la illiceità del commercio riservato di materiale osceno sulla base della carenza di offensività in presenza di offerta riservata a persone consapevolmente consenzienti[138].

Nello stesso senso si è espressa la Corte Costituzionale, che nel 1992 ha rigettato una questione di costituzionalità dell'art. 528 c.p. facendo propria l'interpretazione "restrittiva" facente leva sulla riservatezza della condotta quale elemento negativo di fattispecie e confutando tuttavia in modo drastico le argomentazioni dell'ordinanza di rinvio che ponevano in luce la natura individuale del sentimento del pudore[139]. Lo stesso filone interpretativo è stato ribadito poi nuovamente

---

[136] G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno*, cit., 55.

[137] Come noto la Costituzione italiana fa riferimento al buon costume quale limite alla libertà di manifestazione di pensiero all'art. 21. La interpretazione del concetto di buon costume contenuto nella Costituzione oscilla tra un orientamento per così dire restrittivo, che identifica la nozione costituzionale con quella penalistica di sentimento del pudore riferendo entrambe esclusivamente al pudore sessuale, ed uno, decisamente minoritario che fa leva su di una interpretazione "interna" allo stesso sistema costituzionale che riconduce in linea di massima il concetto di buon costume costituzionale alla accezione civilistica, assai più lata, e grosso modo identificabile con la morale pubblica in senso ampio. Per la ricostruzione del dibattito, cfr. G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno*, cit., 70 ss.

[138] Così in particolare Cass. Sez. Un. 1° ottobre 1991, Vercelli, «CP», 1992, 931 ss.

[139] Corte cost. 27 luglio 1992, n. 368, «RDcost». 1992, 2935 con osservazioni di Orrù, e di Ramacci. Di grande interesse appaiono le motivazioni alla base della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 528 c.p., sollevata dal pretore di Macerata. In particolare, nell'ordinanza si legge»: «posto che il potere punitivo è giustificato, nella predetta cornice, solo se tende a impedire la commissione di fatti produttivi di danni sociali, il giudice *a quo* osserva che, in coerenza con i ricordati principi, sembra da condividersi l'orientamento secondo il quale il parametro valutativo di un concetto, quale il "buon costume", rinviante a elementi normativi dotati di precaria efficacia descrittiva, possa essere definito attraverso la configurazione del comune sentimento del pudore come tutela della libertà della persona nei confronti delle molestie provocate dal dover assistere, contro la propria volontà ad atti o a rappresentazioni di contenuto pornografico».

dalle Sezioni Unite in una pronuncia del 1995 che ha escluso che «il commercio dell'osceno, se realizzato con particolari modalità di riservatezza e cautela idonee a prevenire la lesione reale o potenziale del pubblico pudore» integri l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 528 c.p.[140].

7. *(segue). Se c'è consenso dello spettatore non c'è offesa al pudore; il caso della "lap dance" in una recente pronuncia della Corte di Cassazione*

Il punto di arrivo di questa evoluzione interpretativa è attualmente riscontrabile in una recentissima sentenza della Corte di Cassazione che si è pronunciata sulla liceità della *lap dance*, un particolare tipo di *sexy show* che «a differenza dei classici spettacoli si spogliarello, contempla – e addirittura presuppone – il coinvolgimento degli spettatori nell'esibizione dell'artista». In particolare, proprio questo aspetto comportava la ipotetica riconducibilità della situazione non tanto alla fattispecie di spettacoli osceni quanto a quella di atti osceni di cui all'art. 527 c.p.

La Corte, apparentemente, non innova quanto già affermato precedentemente nelle pronunce sopra schematicamente illustrate. In motivazione, infatti, si legge che «Nel delitto di atti osceni, la capacità di offendere il pudore è strutturalmente connessa al requisito della pubblicità, cioè della percepibilità da parte di un numero indeterminato di persone, rappresentativo dell'uomo medio, e della comune sensibilità in materia sessuale».

Anche – e per la prima volta – dunque, in riferimento al delitto di atti osceni viene riconosciuta la centralità del requisito della pubblicità; la capacità offensiva del comune senso del pudore, si afferma ancora una volta, viene a mancare «quando il comportamento dell'agente è percepibile soltanto da un ristretto gruppo di persone determinate» con una importante precisazione legata al fatto che esse «lungi dal rappresentare la sensibilità media hanno mostrato di accettare (addirittura gradire) quel comportamento e non subire al-

---

[140] Cass. Sez. Un., 24 marzo 1995, «FI», 1996, II, 17 ss.

cun vulnus al loro senso del pudore. In questi casi la condotta è priva di concreta offensività e dunque non è idonea ad integrare la fattispecie tipica di cui all'art. 527 c.p.».

In questo modo la Corte ha ancora una volta utilizzato il modello (ormai tradizionale) della mancanza di offensività della condotta determinata dalla mancanza della pubblicità della stessa, per escludere la configurabilità della fattispecie; ma ciò che emerge con maggiore evidenza è la valorizzazione, anche questa volta non apertamente ammessa, della mancanza di consenso quale elemento di rilevanza del fatto.

La Corte, infatti, specifica che «la c.d. lap dance, entrata prepotentemente nel costume dei nostri giorni, a differenza dei classici spettacoli di spogliarello, contempla – e addirittura presuppone – il coinvolgimento degli spettatori nella esibizione dell'artista, per cui anche i contatti e i toccamenti tra le ballerine ed i clienti non possono essere considerati un inatteso ed imprevisto fuori programma idoneo ad offendere il senso del pudore dei presenti»[141].

Come è stato correttamente rilevato, dunque, al di là di quanto esplicitato dalla Corte, «pare giocoforza concludere che la repressione dell'osceno miri non più a tutelare il pudore collettivo, ma a proteggere il soggetto che non intenda essere raggiunto dalla sollecitazione erotica contenuta nel materiale o nello spettacolo pornografico»[142].

Ciò che emerge dal percorso interpretativo intrapreso dai giudici di legittimità ed avallato dalla Corte Costituzionale è un rimodellamento dell'oggetto giuridico delle fattispecie in esame: non più tutela del pudore collettivo ma del pudore del singolo individuo.

Ciò che effettivamente sembra, in modo ancora più evidente emergere nella pronuncia in tema di lap dance è che elemento fondamentale «per affermare l'oscenità di un contegno sessuale non sia tanto il fatto che si manifesti pubblicamente» secondo quanto apertamente proclamato dalla Corte nelle varie pronunce evidenziate, quanto piuttosto che la visione raggiunga spettatori non informati e non consenzienti»[143].

---

[141] CP Sez. III, 17 dicembre 2004, «DPP», 2005, 7, 865, con commento di Farina.

[142] M. Farina, *Commento* a Cass. 17 dicembre 2004, «DPP», 2005, 871.

[143] *Ibidem*, 873.

Considerazioni conclusive

I RIFLESSI DELLA IMPOSTAZIONE PERSONALISTICA SU PRESUPPOSTI E AMBITO DI EFFICACIA DEL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO

1. *Il "paternalismo forte" non è giustificazione sufficiente per una scelta di penalizzazione*

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea varata a Nizza nel dicembre del 2001 – al pari dei principi in essa contenuti e recepiti nel testo della Costituzione Europea – esprime un quadro di valori comuni ai paesi europei, incardinati sulla centralità della persona umana. Nello stesso preambolo si legge: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia»[1].

La promozione univoca di una impostazione personalistica accoglie, conferma e rafforza la tradizione del costituzionalismo europeo del dopoguerra e le attribuisce, ancor più, valenza di principio cardine che, non solo rispecchia le indicazioni provenienti dai vari paesi, ma ispira un processo evolutivo che, dalla visione personalistica e, dunque, dalla centralità del valore della persona umana, non può prescindere.

---

[1] G. Fiandaca *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in S. Canestrari, L. Foffani (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?* Milano, 2005, 179.

Abbiamo più volte avuto modo di vedere come l'impronta personalistica sancita in senso formale dalla nostra Costituzione e, in particolare, dal combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 3 II comma cost., – ma non solo, essendo evidente come la concezione personalistica permei di sè tutto l'impianto costituzionale italiano[2] – renda ormai inaccettabili tutte quelle scelte di politica legislativa nate e legittimate in una fase storica in cui la persona era valutata, non in quanto valore in sé, ma in quanto mezzo, strumento, per la realizzazione degli scopi dello Stato.

L'opzione per una concezione che valorizza la persona come tale non può che incidere drammaticamente sui parametri che legittimano l'intervento proibitivo dello Stato e, tanto più, che legittimano l'intervento penale, già comunque improntato, almeno sul piano del dover essere, alla sussidiarietà ed alla frammentarietà.

Cambiano, inevitabilmente, gli equilibri nei rapporti tra autorità e libertà: l'ago della bilancia si sposta necessariamente verso il polo della libertà, da intendersi nel senso di autonomia e possibilità dell'individuo di autodeterminarsi.

Sul piano specifico della teorizzazione giuridico-penale il tentativo più estremo e in qualche modo coraggioso di valorizzare la libertà di scelta dell'individuo, in relazione alle proprie possibilità di autotutela, in un'ottica di riduzione dell'intervento penale, è probabilmente da rinvenirsi nelle linee teoriche della vittimodogmatica[3]. La centralità data al parametro della autoresponsabilità come fondamento dell'obbligo di autotutela della vittima e, correlativamente, della possibilità di auto-tutela della stessa; la attribuzione di una sorta di "responsabilità funzionale" alla persona offesa per la propria modalità di condotta che può contrapporsi e comunque si pone sullo stesso piano rispetto alla tradizionale "responsabilità funzionale" dell'autore, per utilizzare una terminologia di matrice criminologica, restituiscono senza dubbio dignità di persona – nel senso di individuo autoresponsabile – alla vittima sulla scia delle aperture proposte dalla vittimologia.

---

[2] Vedi quanto precisato *supra*, sez. I, cap. I.

[3] Su presupposti e contenuti della Vittimodogmatica, vedi *supra*, *Introduzione*.

Ma questa istanza di dignità in realtà non emerge in modo appropriato; ciò che invece salta all'occhio è la attribuzione di responsabilità alla vittima per non aver saputo o non aver voluto contrapporsi in modo efficace all'aggressore. Non è tanto la valorizzazione della libertà di scelta della vittima che sembra guidare la logica vittimodogmatica, quanto piuttosto la sua funzionalizzazione verso esigenze di organizzazione ed economia del sistema.

In questo senso la perdita di terreno che subiscono le istanze di difesa sociale non viene controbilanciata dalla centralizzazione della libertà come valore.

Proprio questa centralizzazione, invece, emerge e si pone come dato fondante le prospettive del pensiero dei filosofi morali di matrice liberale e neo-liberale.

In questa ottica il titolare del bene giuridico non perde diritto alla tutela da parte dell'ordinamento, ma viene rispettato dall'ordinamento nella sua libera autodeterminazione perché espone consapevolmente i suoi beni a pericolo o acconsente a che altri lo facciano.

Ecco che, dunque, in presenza di un soggetto capace di autodeterminarsi autonomamente – e, dunque, di scegliere in ordine alla gestione di propri beni – ciò che si chiede ad un ordinamento che si pone come laico e garantista del pluralismo morale, è di rispettare e promuovere la libertà e la scelta, anche qualora essa appaia autolesionistica ed oggettivamente irragionevole; il criterio legittimante le scelte di interdizione – o meglio di penalizzazione – dei comportamenti "autoresponsabili" dovrà, quindi, necessariamente, connettersi ad un punto di riferimento ineludibile: il coinvolgimento di interessi esterni al soggetto[4].

La valorizzazione del personalismo avviene, dunque, attraverso l'accoglimento di una prospettiva di matrice liberale, che si incentra sul c.d. principio del danno, che, seguendo le più recenti ed autorevoli teorizzazioni, possiamo oggi definire come quel principio secondo il quale «è sempre una buona ragione del fondamento della legislazione penale che essa sia efficace nella prevenzione (eliminazione,

---

[4] Per una sintetica ricostruzione dei presupposti che legittimano l'intervento penale, in un'ottica spiccatamente liberale, vedi di recente K. Roxin, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo II, 715 ss.

riduzione) di danni a soggetti diversi dall'attore (colui nei confronti del quale è posto il divieto di agire) e che non vi siano altri mezzi ugualmente efficaci» e che, pur con tutte le necessarie precisazioni del caso, costituisce l'evoluzione del pensiero "milliano" secondo cui «l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, ad interferire sulla libertà di azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualsiasi membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare il danno ad altri»[5].

Coinvolgimento, dunque, reale o potenziale, di interessi di terzi soggetti o della collettività in genere, quale *condicio sine qua non* della legittimità di un divieto, specialmente se penale; ma anche in presenza di una tale condizione non può riscontrarsi nessun vincolo aprioristico: la via obbligata diventa, infatti, quella di una valutazione degli interessi in gioco, di un bilanciamento attento e rigoroso tra la libertà di autodeterminazione e gli altri interessi che per mezzo di questa verrebbero esposti a rischio. Una valutazione che deve tener conto di un dato che acquista fondamentale importanza – e sulla sostenibilità del quale abbiamo cercato di concentrare molta della nostra attenzione –: la libertà di autodeterminazione è una libertà protetta e garantita dalla Costituzione[6].

Il suo sacrificio, dunque, è legittimamente consentito solo nella misura in cui gli altri interessi potenzialmente confliggenti possano essere ad essa equiparati od equiparabili, cioè abbiano anch'essi rilevanza costituzionale.

Secondo uno studio recente sul tema della "giuridificazione della persona", l'epoca attuale conosce una "terza generazione" dei diritti della personalità, la cui caratteristica fondamentale deve riscon-

---

[5] Principio che non appare d'altronde poi così lontano da quella tradizione culturale che, già con Beccaria, identificava «la vera misura dei delitti» nel «danno della società». Traccia un interessante parallelismo tra Beccaria ed i filosofi morali di stampo liberale, G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., tomo I, 283 ss.; sulla tematica del "danno sociale", di recente, le belle pagine di F. Stella, *La Giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 180.

[6] Vedi *retro* sez. I, cap. I

trarsi nella logica della autonomia e della autodeterminazione[7]. Tale terza fase segue, secondo questa convincente ricostruzione, le prime due "generazioni", la prima delle quali improntata ad una visione essenzialmente statica dei diritti stessi, in cui «si afferma come modello dominante il paradigma proprietario»; qui l'idea dominante si basava sulla convinzione che il singolo, da solo, «fosse in grado di trovare – nel suo isolamento – le condizioni ideali del suo sviluppo». La seconda, la cui origine è strettamente correlata all'avvento delle costituzioni democratiche, si incentra sul «pieno sviluppo della persona» e appare, invece, già connotata da un certo dinamismo, se pure ancora non del tutto evidente. Il singolo, in questa fase, chiede di essere protetto anche nella sfera pubblica e questa richiesta determina l'emergere di nuovi diritti della personalità o la dilatazione di quelli esistenti.

Già «la trasposizione sul piano delle libertà costituzionali dei diritti della persona, avvenuta progressivamente in tutta la tradizione giuridica occidentale», ha inevitabilmente portato ad una evoluzione del «contenuto e della struttura stessa dei diritti della personalità in cui il modello proprietario, incorporato anche all'interno di alcuni codici civili, cede il passo ad un altro modello fondato sul libero sviluppo della persona, di cui il par. 2 della Costituzione tedesca e l'art. 2 della Costituzione italiana rappresentano il formale riconoscimento». L'inizio della svolta nella concezione dei diritti della personalità coincide, dunque, con il riconoscimento costituzionale degli stessi; ma il profilo di estrema novità del terzo polo dell'evoluzione sopra evidenziata è dato «dall'ascesa al suo interno del potere di autodeterminazione soggettiva come potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità personale» e dal riconoscimento dell'autonomia e della possibilità per l'individuo di autodefinirsi. Ma la peculiarità di questa fase si arricchisce di una ulteriore caratteristica di centrale importanza, data dal particolare ruolo delle istituzioni. Se infatti la visione liberale classica richiedeva o addirittura imponeva un ritrarsi assoluto delle stesse, nel rispetto del noto "diritto ad essere lasciati soli", oggi si auspica, invece, una presenza dello Stato e dell'ordinamento che si finalizzi «allo scopo di garan-

---

[7] Ci riferiamo al saggio di G. Marini, *La giuridificazione della persona*, cit., da cui saranno riprese anche la maggior parte delle citazioni che seguiranno.

tire agli individui non solo la libertà di fare scelte esistenziali fondamentali, ma di assicurare loro la maggior autonomia possibile»[8].

In questa ottica, dunque, oggi, il compito dei pubblici poteri – dell'"autorità" – dovrebbe porsi nella direzione della promozione della capacità di scelta dei cittadini[9]. L'obiettivo dovrebbe essere il formare individui che siano capaci di realizzarsi in una pluralità di modi, «individui che hanno sia la preparazione sia le risorse per realizzarsi in un certo modo, qualora lo vogliano. Ma la scelta finale è lasciata soltanto a loro»[10].

Questa strada, che porta inevitabilmente ad una riduzione drastica o forse addirittura ad una scomparsa del "paternalismo" quale principio "morale" legittimante l'intervento penale[11]; questa strada che consentirebbe una «nuova e più piena comprensione dell'idea di persona» – e che, a sua volta, trova la sua ragione d'essere in questa nuova e piena comprensione – potrebbe, secondo l'autorevole voce di uno dei grandi pensatori liberali dei nostri tempi, diventare anche una risposta appropriata ai disagi del diritto penale odierno. «Fondamentale è allora l'ampliamento delle capacità di ciascun individuo di assumere decisioni efficaci e responsabili, visto che solo con la partecipazione personale e autonoma, attraverso tentativi ed errori, ai problemi individuali e sociali dell'esistenza si può avere una crescita della capacità di una effettiva partecipazione»; e ancora «il ruolo del diritto penale in questo contesto è allora di definire le condizioni minime della responsabilità di ogni uomo nei confronti dei suoi simili e vincolarlo a una tale responsabilità»[12].

---

[8] G. Marini, *La giuridificazione della persona*, cit., cui si rinvia anche per la letteratura di riferimento. Per un approfondimento della tematica non si può in ogni caso prescindere dall'opera di S. Rodotà. Cfr. in particolare, *Il terribile diritto, Studi sulla libertà privata*, Bologna, 1990; Id. *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

[9] Per un recupero dell'idea liberale nell'ottica enunciata, vedi le belle pagine di G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., tomo I, 283 ss.

[10] La citazione è tratta da M. Nussbaum, *Aristotelian Social Democracy*, trad. it., *Una concezione aristotelica della socialdemocrazia*, in *Capacità personale e democrazia sociale*, Reggio Emilia, 2003, 122, riportato da G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 336.

[11] Vedi quanto precisato *supra*.

[12] H.L.A. Hart., *The Aims of the Criminal Law*, in *Law and Contemp. Prob.*, 1958, 23, 409 ss.

2. *…ma la constatazione di un rifiuto non può legittimare un totale disinteresse pubblico*

Nel suo ultimo saggio, «La vita e le regole», Rodotà riscontra come, nell'ordine internazionale e nella vita quotidiana si affacci un nuovo diritto, il diritto di «ingerenza umanitaria». Per illustrarne contenuti e problematiche, l'autore fa ricorso ad una immagine a lui cara, quella, ripresa da Lawrence Friedmann, ad apertura del suo libro sulla «Repubblica delle scelte», in cui si rappresenta il rifiuto e la resistenza che, in nome della libertà, alcuni barboni e *homeless* opposero alle autorità che intendevano condurli in alcuni locali pubblici durante il grande freddo che avvolse New York nel 1985; secondo l'autore, il rifiuto della «compassione» pubblica da parte dei senza tetto non può essere considerata decisione atta a porli automaticamente fuori dal circuito giuridico, rimanendo così aperto «il problema della legittimità di un totale disimpegno pubblico, della scomparsa di ogni responsabilità istituzionale, nei confronti di coloro che scelgono di vivere in quella particolare condizione».

Il caso dei senza tetto e del rispetto della loro libertà di scelta si inserisce più in generale nella problematica del difficile rapporto tra «uso del diritto e autonomia individuale nelle situazioni estreme» e si riconnette, dunque, alla questione di quali siano «le aree dove, nella "Repubblica delle scelte" può legittimamente entrare la norma giuridica» e di quali siano «in definitiva i limiti stessi del diritto»[13].

Giustificare la legittimità dell'ingerenza del diritto nelle situazioni estreme solo in ragione del fatto che sono, appunto, situazioni estreme significherebbe svilire le conquiste dell'autodeterminazione che sembra oggi, senza dubbio, essersi aperta un varco anche in relazione a quelle situazioni. Non può infatti più negarsi, seppure può non condividersi, che la stessa decisione più estrema, quella di lasciarsi morire, è con varie modalità e sfumature entrata a far parte dell'area dei diritti della persona; sia essa motivata da convinzioni

---

[13] S. Rodotà, *La vita e le regole*, Milano, 2006, 16.

religiose, o da ragioni politiche (si pensi allo sciopero della fame ed alle problematiche connesse dell'alimentazione forzata), dall'intollerabilità del dolore, dal rifiuto di una vita considerata non degna di essere vissuta.

Un modo corretto di porsi davanti a questa realtà è riconoscere che oggi la dimensione giuridica non può e non deve essere considerata necessariamente in alternativa con la scelta radicale di una libertà che rifiuta ogni vincolo; riconoscere che «la questione si scompone ed esige un'analisi che valuti legittimità, modalità e limiti di possibili azioni istituzionali dal punto di vista delle scelte individuali»[14].

Le riflessioni di cui sopra, aventi ad oggetto la legittimazione dell'intervento del diritto *tout court* nelle scelte individuali, possono essere estese ed adattate più nello specifico alla questione della legittimazione di un intervento dello strumento penale; le conclusioni peraltro possono andare nella stessa direzione: il ripudio di una alternativa secca tra "giuridificazione" ed inerzia, tra penalizzazione e liceità; la valutazione di una possibile graduazione ed individualizzazione della risposta.

La illegittimità di un intervento penale a tutela dell'individuo da se stesso, che sia motivato solo da ragioni improntate ad una visione paternalistica dei rapporti Stato-cittadino, non implica infatti necessariamente l'assoluta astensione dell'"autorità" rispetto ad una valutazione delle condotte di disposizione di sé.

La frammentarietà, ed insieme ed accanto alla frammentarietà, la proporzionalità e sussidiarietà, quali parametri di politica criminale che informano – o dovrebbero informare – lo strumento penale, si pongono, è un dato noto, come caratteristica centrale del diritto penale in uno stato liberale di diritto[15]; il primo esprime «l'esigenza che le finalità politico-criminali, perseguite attraverso le comminatorie di pena (prevenzione di fatti socialmente dannosi), siano comparabili dal legislatore con il sacrificio imposto ai diritti fondamentali dell'agente»; in questa ottica, «qualora i danni derivanti… dalla

---

[14] *Ibidem*.

[15] E. Dolcini, *Sanzione penale*, cit., 606 e riferimenti *ivi* citati.

criminalizzazione non appaiano, quanto meno contro bilanciati dalla dannosità della condotta, lo stato dovrebbe rinunciare all'impiego della sanzione penale»[16]; il secondo implica che, «laddove possono soccorrere gli strumenti del diritto civile o del diritto pubblico, il diritto penale deve ritrarsi»[17].

Lo strumento amministrativo di controllo, così come quello civile e quello disciplinare, sono strumenti che possono – in talune circostanze, e presenti specifiche condizioni – supplire ad un ritrarsi dello strumento penale e testimoniare una attenzione alla tutela di determinati interessi da parte del pubblico con modalità, e conseguenze meno invasive, pur nell'ambito di una omogenea finalità di prevenzione generale e speciale[18].

Un'ulteriore alternativa recentemente valorizzata con particolare vigore proprio in riferimento ad ambiti a forte connotazione etica, in cui l'opzione tra intervento e assenza radicale viene considerata troppo semplicistica o comunque insoddisfacente, è data dalla teorizzazione delle c.d. scriminanti procedurali. Come abbiamo avuto modo di approfondire[19], l'ordinamento, attraverso questo strumento, rinuncia ad una scelta di valore, ma non abdica totalmente al controllo, attraverso la predisposizione di

---

[16] *Ibidem*, 608.

[17] Così K. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, 13 ss. Sul principio di sussidiarietà, tra gli altri, F. Bricola, *Teoria del reato*, cit., 14 ss.; G. Fiandaca, *Il bene giuridico come problema teorico*, cit.; W. Hassemer, *Theorie und Soziologie*, cit., 196 ss.; G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, «JUS», 1974, 477 ss.

[18] In particolare, rileva Bricola, «se si vuole individuare all'interno della Costituzione una specificità della tecnica di tutela penale rispetto alle altre plausibili tecniche di intervento, la civilistica e la amministrativa, si può desumere che le tecniche di tutela amministrativa devono articolarsi tramite modalità sanzionatorie non implicanti in alcun modo restrizioni della libertà personale» e proprio in riferimento a questo aspetto possono essere meno pregnanti le esigenze connesse al rispetto di quei principi fondamentali invece per l'illecito penale, e, tra gli altri, al principio di necessaria offensività (cfr. F. Bricola, *La depenalizzazione*, cit., 1443).

Sul tema spinoso dei criteri discretivi tra illecito penale ed amministrativo e sui parametri caratterizzanti l'illecito amministrativo, vedi tra gli altri E. Dolcini, *Sanzione penale*, cit., 589 ss; M. Donini, *Teoria del reato*, cit., 59 ss.; C.E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., 345.

[19] Vedi *supra*, sez. II, par. 2.7.

regole procedurali che, spesso, includono anche la considerazione della libertà di scelta del titolare del bene (manifestazione di consenso).

In tal modo la opzione per una non penalizzazione non implica necessariamente una presa di posizione sulla mancanza di disvalore giuridico-penale – ma anche talora etico – del fatto, limitandosi a garantire ragioni di opportunità politico-criminale, ma soprattutto consentendo un compromesso tra valori confliggenti.

Lo Stato non si sostituisce al singolo in una valutazione pubblicistica e paternalistica univoca circa la legittimità *sostanziale* della scelta; la permette a certe condizioni, ma non effettua una scelta in proprio.

Abbiamo avuto modo di vedere come una soluzione di tal genere sia stata scelta e seguita dal legislatore tedesco ed italiano in riferimento alla disciplina dell'interruzione di gravidanza[20], e sia oggi adottato dalle leggi olandese e belga in tema di eutanasia; in particolare, per quanto riguarda questo ambito, infatti, la non punibilità della pratica eutanasica non si inserisce in una opzione di fondo a favore della disponibilità della vita (vista anche la tipicità penale dell'omicidio su richiesta), ma si lega al rispetto di una procedura che garantisce, tra l'altro, la caratterizzazione peculiare del caso[21].

Il modello della c.d. *prozedurale Rechtfertigung* si riferisce a condotte che, quindi, appaiano o «sempre lesive di un qualche "bene", oppure condotte altamente "pericolose" per le potenzialità culturali o politiche, tecniche o economiche, di deviazioni e sfruttamenti antiumanitari, oppure ancora segnate da antinomie fra doveri che l'ordinamento contemporaneamente impone (per es. salvare la vita e rispettare il diritto di rifiutare le terapie) e quindi di problematica valutazione etico-sociale»[22].

---

[20] *Ibidem*.
[21] Vedi *ibidem* ma anche 3.5.5.
[22] Cfr. M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose*, cit., 692.

3. *Presupposti e limiti del "paternalismo debole" come criterio di legittimazione delle scelte di criminalizzazione. Il rifiuto delle presunzioni nell'accertamento della capacità del titolare del bene*

Nell'attuale realtà culturale, la tutela dell'individuo da se stesso, come ragione legittimante un intervento dello strumento penale, è quindi ammissibile solo nell'assenza della capacità del soggetto di determinarsi come soggetto autonomo; solo nei confronti di un soggetto c.d. debole[23].

Una valutazione, questa, che diviene dunque centrale nel quadro che abbiamo cercato di delineare con il presente lavoro; una valutazione che, ancora una volta, tende ad abbandonare il terreno delle presunzioni, per aprirsi sempre più ad accertamenti di tipo fattuale, concreto[24].

Basti pensare alla evoluzione del rapporto tra medico e paziente: il malato, già da tempo, non è più considerato "in quanto tale" parte debole della relazione, ma quale controparte di un rapporto tendenzialmente paritario, a cui è attribuito il diritto all'informazione e ad esprimere il proprio consenso; ma basti pensare anche alla evoluzione che si è avuta negli ultimi tempi in riferimento alla considerazione della capacità decisionale dei minori, dall'ambito del riconoscimento del figlio naturale, a quello dell'adozione, a quello, oggi, della salute.

La stessa Carta di diritti, recependo quanto già disposto dalla Convenzione di Oviedo, dopo aver proclamato che «I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere», precisa che «Essi possono esprimere liberamente la propria opinione

---

[23] Sul punto vedi *supra*, sez. I, cap. II

[24] Nettamente in questa direzione, con particolare riferimento all'ambito medico, le affermazioni di F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico*, cit., 391, secondo il quale «poiché la validità del consenso dipende solo dalla capacità reale del paziente, è fin troppo evidente che in questa materia non vi è spazio per presunzioni» ed ancora: «in effetti la questione non ammette altra soluzione che quella di una valutazione in concreto, anche se non va sottaciuta la difficoltà che può presentare tale accertamento in situazioni particolari».

che viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e maturità»[25].

Come viene da più parti rilevato, la regola, in sintonia anche con i principi generali della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (art. 12 par. 2), offre «all'interprete italiano una base testuale per l'abbandono di una dicotomia – tra capacità giuridica e capacità di agire – obsoleta e priva di senso fuori dai rapporti patrimoniali»[26].

A testimonianza del fatto che queste affermazioni non sono avulse da esigenze concrete e che dunque hanno riscontro sul piano applicativo, basti fare riferimento alla tendenza giurisprudenziale, oggi dominante, in tema di consenso al trattamento medico di soggetti minori di età[27].

Caso emblematico, che ci piace riportare, è quello, recente e drammatico, di Ketha, una bambina di dieci anni affetta da leucemia linfoblastica acuta.

Ketha viene sottoposta con il consenso dei genitori alle prime fasi del protocollo terapeutico attualmente in uso nei presidi pediatrici italiani, ottenendo buoni risultati. I genitori della bambina deci-

---

[25] In particolare le norme di riferimento sono l'art. 6 della Convenzione di Oviedo che al comma primo subordina in linea di principio l'intervento su minori ed incapaci al requisito del diretto beneficio e ai commi successivi dispone il coinvolgimento del minore o dell'incapace e l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[26] Così V. Calderai, *Il problema del consenso nella bioetica*, cit., 347; in argomento, vedi anche F.D. Busnelli, *Capacità e incapacità di agire del minore*, «DFP», 1982, 60 ss.

[27] Anche in dottrina si evidenzia come sempre più diffusa la concezione che il minore possa manifestare una volontà rilevante in ordine a questioni che concernono la propria esistenza. Cfr. M. De Cristofara, A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980; M. Bessone, in *Commentario alla costituzione*, 86 ss.; F.D. Busnelli, *Capacità ed incapacità del minore*, cit., 54 ss.; A. Dell'Antonio, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001; G. Ferrando, *Il controllo giudiziale sulla potestà dei genitori*, «NGCC», Suppl. fasc. 3/04 – *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, a cura di M. Cinque, Padova, 200423 ss.; G. Grifasi, *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*, «NGCC», 2000, I, 211, ss.; F. Pellecchia, *La salute dei minori tra autodeterminazione, potestà e intervento del giudice*, «NGCC», Suppl. fasc. 3/04 – *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, a cura di M. Cinque, Padova, 2004, 104 ss.; P. Stanzione, *Personalità capacità e situazioni giuridiche del minore*, RDF, 1999, 260 ss.

dono di interrompere la terapia per intraprendere il c.d. metodo Di Bella, motivando la loro scelta con la gravità degli effetti collaterali della chemioterapia[28].

Il Tribunale per i minorenni prescrive ai genitori di riprendere le terapie tradizionali e il provvedimento viene confermato dalla Corte d'Appello. Dato il rifiuto dei genitori ad ottemperare al provvedimento del giudice, viene effettuata una consulenza sulla bambina per evidenziare la fattibilità di una terapia in via coattiva o comunque la possibilità di ricostituire un rapporto di fiducia con la famiglia.

A seguito della consulenza, il Tribunale dispone l'archiviazione degli atti affermando che «la minore ha dimostrato nell'esprimersi senza esitazioni e nel dialogare una determinazione e una lucidità non facilmente riscontrabile in bambini della sua età», considerando così rilevante il dissenso alla terapia dalla bimba espresso a testimonianza della necessità, e della conseguente tendenza, ad una valutazione in concreto della capacità di autodeterminazione e al rifiuto di prassi presuntive[29].

4. *La disponibilità dei diritti personali non come eccezione ma come regola*

La realtà culturale odierna pone oggi al centro degli interessi la persona umana, in quanto essere la cui nota caratterizzante è data dalla capacità di autodeterminarsi; la libertà di scelta è quindi elemento precipuo del *Menschenbild* che la cultura giuridica attuale assume quale punto di riferimento. Questo dato culturale emerge, come ci sembra di aver bene evidenziato, anche in riferimento alle scelte esistenziali estreme, come dimostra l'attenzione ed il clamore che suscitano i sempre più diffusi appelli ad un diritto ad essere lasciati morire in pace rivolti alle istituzioni da parte di persone che non desidera-

---

[28] Per un *excursus* sul caso Di Bella come caso emblematico della difficoltà insite nelle scelte terapeutiche, vedi B. Pezzini, *Soggetti, contenuto e responsabilità della scelta terapeutica nel Servizio Sanitario*, in L. Chieffi (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, cit., 45 ss.

[29] Il caso è pubblicato nel suo percorso completo in «NGCC», 2000, 1, 204 ss.

no più vivere nella sofferenza della malattia. Abbiamo avuto modo di raccontare i casi di Diane Pretty, di Miss B. e di Piergiorgio Welby, solo come esempi particolarmente rappresentativi del fenomeno.

L'interesse emerso non è d'altro canto solo un interesse "mediatico" o "da pubblica opinione". Si pone oggi finalmente con serietà la questione della necessità di una disciplina legislativa dei fenomeni connessi.

In riferimento al caso Welby, i giudici per ben due volte hanno posto il problema di una carenza della disciplina normativa sul punto o, addirittura, di una contraddittorietà della stessa rispetto ai principi costituzionali in materia.

Ci riferiamo, da un lato, alle esplicite affermazioni contenute nell'ordinanza del Tribunale di Roma che ha respinto il ricorso di Welby, secondo le quali «solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari e alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina…»[30]; ma anche alle notazioni del Giudice per le indagini preliminari di Roma, che ha rigettato la richiesta di archiviazione della Procura. Nello stesso senso, quale denuncia alla carenza di una disciplina normativa, si pone anche la pronuncia della Procura della Repubblica di Sassari, del 13 febbraio 2007, con la quale viene dichiarata inammissibile la richiesta presentata da Giovanni Nuvoli, in ordine alla emissione di un provvedimento che consentisse ad un medico esterno di occuparsi dell'interruzione di trattamenti dallo stesso Nuvoli inutilmente richiesta al primario del reparto in cui era ricoverato[31]. Così, infatti si legge nella pronuncia: «Salta agli occhi una profonda contraddizione: l'ordinamento giuridico italiano da un lato riconosce il diritto di rifiutare le cure ventilatorie e dall'altro non

---

[30] Vedi *supra*, sez. II, par. 3.5.5.

[31] Recentemente deceduto per aver rifiutato di essere alimentato dopo che era andata inascoltata la sua richiesta, ultima di una lunga serie, di essere lasciato morire. Per un riepilogo della vicenda, vedi l'articolo comparso su «Il Resto del Carlino» del 25 luglio 2007, 13.

appresta i mezzi per assicurarne la tutela. L'ordinamento è "schizoide", ha bisogno di un antipsicotico, che solo il legislatore può fornire. O si nega per legge il diritto al distacco del ventilatore o si stabiliscono, altrettanto per legge, i mezzi per tutelarlo»[32].

Questo sentire sempre più diffuso, così come i valori emergenti dalla Carta Costituzionale – abbiamo visto – contrastano in modo evidente con lo stato della disciplina normativa in vigore che, soprattutto in riferimento a beni altamente personali, quali la vita e l'integrità fisica, sembrano porre ostacoli insormontabili ad una valorizzazione della libertà di scelta del titolare.

L'art. 5 del codice civile, in particolare, nel sancire il divieto di compiere atti di disposizione sul proprio corpo, è assurto nel corso del tempo a principio generale della materia, attraverso un meccanismo interpretativo che, da un lato, ha quasi ribaltato la legittima gerarchia delle fonti facendone prevalere i contenuti rispetto alle indicazioni provenienti dalla Costituzione – che soprattutto con riferimento all'art. 32 pone invece come principio generale la libertà di disposizione del proprio corpo, sia in termini di libertà negativa, sia di libertà positiva –; dall'altro ne ha in parte manipolato il significato di alcuni elementi costitutivi, nel tentativo, compromissorio e mal riuscito, di adeguare una norma originata e giustificata da esigenze di stampo autoritario e statalista ad un sistema di valori capovolto e ad esigenze concrete nuove ed imprescindibili: si pensi ai problemi che la presenza del divieto contenuto nell'art. 5 c.c. ha comportato in riferimento alle pratiche mediche e medico-chirurgiche in genere[33].

Ma un altro esempio evidente di quanto affermato è dato dagli artt. 579 e 580 del codice penale che, insieme, tessono una disciplina di assoluta indisponibilità della vita e anch'essi, pur scontrandosi con l'impossibilità di individuare una *ratio* che sia svincolata da una visione paternalistica dei rapporti Stato-individuo, vengono additati quali fonti ineludibili per una ricostruzione oggettivo-assolutistica del diritto alla vita.

---

[32] Così il provvedimento della Procura della Repubblica di Sassari del 13 febbraio 2007, «GD», 2007, 16, 92 ss.

[33] Su questi aspetti e sull'art. 5 c.c. in genere, si vedano gli approfondimenti di cui al par. 3.3, nella sez. II.

La disponibilità dei diritti, quale requisito cardine per la definizione dell'ambito di efficacia del "consenso dell'avente diritto" – inteso e valorizzato nella sua essenza di manifestazione della libertà di autodeterminazione dell'individuo – viene dunque in questo contesto basata su scelte normative ormai anacronistiche, condizionate a loro volta da quella linea interpretativa che ha voluto ricostruire la categoria della disponibilità in riferimento alla esistenza di un interesse diretto dello Stato alla tutela dello specifico diritto. Solo in assenza di un tale interesse, il diritto è catalogato come disponibile.

La distinzione tra beni disponibili e beni indisponibili prescinde dunque dalla titolarità; non necessariamente corrisponde alla distinzione tra beni individuali e collettivi e se, di regola, tutti i beni collettivi vengono per ciò stesso considerati come indisponibili rispetto al singolo individuo, non è sempre vero che tutti i beni individuali siano inevitabilmente da considerare disponibili.

Seguendo questo percorso logico, si è giunti alla conseguenza, oggi non più accettabile ma rispecchiata dall'assetto codicistico ancora in vigore, che, ai fini del diritto penale ed, in particolare, dell'applicabilità dell'art. 50 c.p., i beni per definizione di natura più strettamente personale sono stati sottratti alla disponibilità del titolare, proprio sulla base di un riconoscimento dell'interesse diretto ed esclusivo dello Stato alla loro tutela[34].

Il quadro culturale che, abbiamo visto anche in una prospettiva ultra-nazionale, va emergendo, ed i valori costituzionali che caratterizzano gli attuali ordinamenti democratici, tuttavia, non possono che imporre la seguente riflessione: la funzione del diritto, ed in particolare del diritto penale, di fronte ad un bene giuridico di natura individuale, non può astrarsi dalla considerazione del singolo titolare rivolgendo lo sguardo solo alla protezione del bene in sé, disinteressandosi della relazione che quel bene ha con il soggetto a cui appartiene e del modo in cui l'individuo vuole relazionarsi con il bene stesso.

Queste premesse, crediamo, possono essere affermate e condivise; allora sembra sempre più opportuno procedere verso una ulteriore conclusione: il rapporto oggi esistente tra regola ed ecce-

---

[34] Sulle problematiche connesse alla disponibilità dei diritti quali limite alla efficacia del consenso, vedi *supra*, sez. II, par. 3.1.

zione nella definizione della disponibilità dei diritti personali deve essere invertito.

I dati normativi attualmente ancora vigenti confermano, come più volte evidenziato, l'equazione: indisponibilità = regola e disponibilità = eccezione. Nonostante il relativo fermento e l'accresciuta sensibilità a favore di un riconoscimento di un diritto di autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri beni personali, l'equazione come sopra individuata continua, allo stato, ad essere condivisa o comunque assecondata, da larga parte della cultura giuridica (e giuridico-penale) dominante.

Sotto questo profilo, sarebbe invece auspicabile un rovesciamento dell'equazione stessa, nel senso di indicare nella disponibilità dei diritti personali, e dunque nell'efficacia del consenso dell'avente diritto, la regola, e nella indisponibilità – e dunque nella inefficacia del consenso – l'eccezione, subordinata, solo a particolari e specifiche condizioni.

Il nostro ordinamento, così come oggi la maggior parte degli ordinamenti dei paesi occidentali – abbiamo visto –, è caratterizzato da una forte impronta personalistica e da un approccio morale di tipo pluralistico.

Questo rende inaccettabile, oggi, una scelta repressiva improntata, non solo, come già ribadito, alla tutela dell'individuo da se stesso in chiave paternalistica, ma, anche alla imposizione di un modello morale dominante o comunque selettivo[35].

5. *Verso la considerazione del bene giuridico individuale come strumento per la autorealizzazione della personalità del titolare*

La valorizzazione dell'individuo, nel senso di valorizzazione della sua libertà di scelta in ordine ai beni di sua competenza, emerge, dunque, in tutta la sua completezza dal portato dei valori costituzionali, non solo, come abbiamo cercato di dimostrare, della Costituzione italiana, ma in modo anche più pregnante ed evidente da altri

---

[35] Vedi *supra*, sez. I, cap. II e quanto rilevato nella *Introduzione*, con particolare riferimento al par. 1.6.

testi costituzionali coevi, come quello tedesco, o più recenti, come quello spagnolo[36].

Crediamo, a conclusione dell'analisi svolta, di poter affermare che il diritto alla autodeterminazione del singolo in ordine alla disposizione dei propri beni individuali è diritto che trova riconoscimento e protezione nelle costituzioni moderne; crediamo, ancora, di poter rilevare come, di conseguenza, nasca e si affermi l'esigenza di intendere in modo diverso il rapporto tra individuo e bene personale, nonché l'essenza del bene individuale stesso.

In primo luogo, infatti, non si può, a nostro parere, oggi prescindere dal valorizzare il carattere relazionale del bene giuridico individuale, da intendersi, quindi, più che mai, quale realtà dotata di significato, non in sé, ma in quanto mezzo necessario alla autorealizzazione del soggetto che ne è titolare, secondo quella concezione personale del bene giuridico individuale che, come abbiamo avuto modo di approfondire, si incentra essenzialmente proprio sull'idea secondo la quale il bene giuridico è un'entità dinamica, una relazione di valore tra un elemento materiale ed il suo titolare, uno strumento di autorealizzazione dell'individuo e della sua personalità[37].

Ma ci sentiamo di andare ancora oltre, ritenendo conforme alla reale essenza del bene giuridico individuale quel modello di spiegazione che, come visto, viene indicato come modello dell'integrazione (*Integrationsmodell*), secondo il quale il diritto di autodeterminazione del soggetto sul bene non è qualcosa di esterno al bene stesso, ma entra a far parte della sua essenza, del suo contenuto[38].

Se, infatti, la concezione personale del bene giuridico si accompagna spesso al mantenimento di una separazione tra libertà di disposizione del singolo e bene, inteso quale dato di natura oggettiva, con la possibilità, conseguente, di un conflitto (*Kollisionsmodell*), tra due poli distinti e dunque la necessità di un bilanciamento, con la concezione soggettiva del bene, invece, si effettua un passo ulteriore che giunge a spostare il fuoco della tutela penale, da un oggetto ma-

---

[36] Vedi *supra*, sez. I, cap. I.

[37] Per un esame di questa concezione si veda *supra*, sez. II, cap. I.

[38] Sulla c.d. concezione soggettiva del bene giuridico e sull'*Integrationsmodell*, vedi *supra*, sez. II, cap. 1, par. 4.

teriale che acquista la dignità di bene giuridico in quanto relazionato al singolo individuo, all'individuo stesso, alla sua libertà di disporre del bene nel modo che ritiene più opportuno[39].

In presenza di un bene giuridico individuale, l'ordinamento, dunque, non tutela il bene in sè a prescindere dalla volontà, o addirittura contro la volontà, del titolare, in una prospettiva che rischia, così, facilmente, di evolvere in un meccanismo di intervento paternalistico o di impronta moralistica, o comunque, che subordina l'individuale al pubblico.

L'aggressione cagionata da un soggetto terzo con l'adesione del soggetto offeso rappresenta, secondo tale prospettiva, una manifestazione della libertà di azione del titolare (consenziente), né più né meno di quanto non lo sia una condotta di autolesione vera e propria o di autoesposizione al pericolo in senso stretto.

Anzi, come abbiamo già avuto modo di riferire, una delle argomentazioni su cui si basano i sostenitori di questa concezione si fonda proprio sulla incompatibilità della visione oggettiva con la diversità di trattamento generalmente riservata dall'ordinamento alle condotte di autolesione rispetto a quelle di eterolesione consentita. Qualora, infatti, l'ordinamento considerasse anche beni strettamente individuali, quali la vita o la integrità fisica, come beni dotati di un valore proprio meritevole di tutela in quanto tale, a prescindere dalla volontà del soggetto titolare, anche le autolesioni dovrebbero essere considerate penalmente rilevanti; nessun significato, in una tale ottica, dovrebbe assumere il soggetto portatore dell'offesa, ed in particolare la assenza o la presenza di un rapporto interpersonale (che diviene invece fondamentale nell'ottica di una concezione soggettiva)[40].

Il bene giuridico individuale diviene così una entità composta da due elementi, uno di natura materiale, uno di natura spirituale; le aggressioni contro i beni personali quindi si rivolgono sia contro la libertà individuale, sia contro il substrato materiale, sul quale la libertà individuale si esprime.

---

[39] Su queste prospettive vedi *supra*, sez. II. par. 1.5.
[40] Sul punto vedi *supra*, sez. II, par. 1.5.

Questo, a differenza di quanto viene frequentemente paventato, non comporta alcun pericolo di una eccessiva soggettivizzazione degli interessi tutelati dal diritto penale e dunque della responsabilità penale stessa.

Da un lato, considerare oggetto di tutela del diritto penale, non il bene in sé, ma la relazione tra bene e titolare dello stesso, non significherebbe negare che i beni possano godere anche di una tutela "oggettiva" che sia indipendente dalla volontà del titolare, ad esempio quando si sia al di fuori di ogni ambito di disposizione del singolo ovvero quando non sia identificabile un soggetto che possa esercitare il potere di disposizione.

Certo questo processo porta inevitabilmente ad una sorta di "relativizzazione" del bene giuridico, individuale, che va a discapito della "sacralità" dello stesso e che, sicuramente, riduce l'ambito della difesa sociale a vantaggio della valorizzazione della autonomia.

Ma non implica che l'ordinamento debba abdicare totalmente ad una protezione oggettiva dei beni; significa solo che la protezione oggettiva è subordinata alla assenza di una libera manifestazione di volontà contraria del titolare; e, ancora, questo non implica l'accoglimento di un atteggiamento di individualismo estremo, perché il rispetto della libertà di scelta del titolare in ordine alla disposizione del proprio bene è comunque da bilanciare con l'eventuale pregiudizio che una siffatta scelta può arrecare ad altri beni individuali e non, i quali abbiano, in base ad una valutazione in concreto, una rilevanza pari o superiore.

6. *Il consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del fatto tipico*

I ragionamenti e le affermazioni riproposte fin qui, ed in particolare i tentativi di trovare un fondamento condivisibile ed autorevole al diritto di autodeterminazione dell'individuo con particolare riferimento al titolare del bene giuridico, ci consentono, quindi, di tentare un'ipotesi interpretativa che, riteniamo, potrebbe contribuire al superamento di alcune contraddizioni emerse in riferimento alle tradizionali opzioni teoriche ed applicative dell'istituto del consenso dell'avente diritto.

Come noto, e come abbiamo avuto modo di illustrare nel corso del lavoro[41], l'opzione teorica tradizionale, ed anche più diffusa, vede il consenso del titolare del bene offeso operare su due piani distinti ed alternativi: la tipicità e l'antigiuridicità. In particolare, per quanto concerne l'ordinamento italiano (ma come si è visto anche in Spagna ed in Germania si può riscontrare un percorso analogo), il consenso viene ricondotto al piano della tipicità in tutte quelle ipotesi in cui espressamente o implicitamente la fattispecie legale ricomprende il dissenso quale elemento costitutivo del fatto; viene ricondotto invece al piano della antigiuridicità, e quindi annoverato tra le cause di giustificazione[42], in tutti gli altri casi, salvi naturalmente i limiti di efficacia previsti dalla legge o desunti in via interpretativa: primo fra tutti la disponibilità del diritto.

L'affermazione secondo la quale il consenso dell'avente diritto è una causa di giustificazione si basa, tuttavia, prevalentemente su dati normativi che, come abbiamo cercato di dimostrare, sono tutt'altro che univoci e certi. Lo stesso riferimento al concetto di causa di giustificazione è assente nel codice Rocco, mentre compare nel nuovo codice di procedura penale (artt. 273, 385 e 530 c.p.p.), peraltro con riferimento solo a quelle cause di esclusione del reato riconducibili all'esercizio di una facoltà legittima[43]; la disposizione del codice penale, l'art. 59, che accomuna sotto una unitaria disciplina gli artt. 50 ss. utilizza il generico riferimento alle «circostanze che escludono la pena» senza dare alcuna indicazione, in realtà, in ordine al piano di operatività delle stesse[44].

Ma anche se abbandoniamo il piano delle indicazioni testuali per cercare indicazioni "rassicuranti" che possano provenire dai criteri fondanti le cause di giustificazione in genere, non possiamo che aggiungere dubbi ai dubbi.

---

[41] Vedi *supra*, sez. II, par. 2.1 ss.

[42] Prescindiamo qui dalle differenziazioni conseguenti all'accoglimento delle diverse concezioni del reato e in particolare della concezione bipartita e/o tripartita, su cui ampiamente *supra*, sez. II, par. 2.1.

[43] Cfr. quanto precisato *supra*, sez. II, par. 2.4.

[44] L'art. 55 c.p., peraltro, nel disciplinare l'eccesso colposo, rinvia come noto agli artt. 51 ss. escludendo così, almeno in apparenza, la riferibilità della disciplina in esso contenuta al consenso dell'avente diritto.

Tutti i tentativi di trovare un fondamento unitario alle cause di giustificazione sono notoriamente falliti proprio, o prevalentemente, a causa del "consenso dell'avente diritto" che sembra, in effetti, porsi come corpo estraneo, quanto a fondamento, rispetto alle altre situazioni scriminanti. Anche coloro che hanno voluto abbracciare la linea della *ratio* unitaria delle cause di giustificazione (c.d. concezione monista), adottando per tutte il modello del bilanciamento degli interessi, hanno comunque dovuto fare i conti con un dato di determinante rilevanza: il conflitto che sottostà al modello fondante il consenso dell'avente diritto è un conflitto "interno", in quanto fondato solo sul rapporto che intercorre fra il bene tutelato e la persona titolare del relativo diritto a disporne.

Lo schema del bilanciamento che verrebbe utilizzato in relazione al consenso dell'avente diritto, dunque, non può essere identico a quello utilizzato per le altre cause di giustificazione: nel consenso siamo in presenza di un unico soggetto di riferimento ed il conflitto – e dunque il bilanciamento – deve avvenire in riferimento a beni pertinenti ad un unico soggetto: colui che consente.

Come abbiamo rilevato, pertanto, «l'intera problematica del consenso sta nella relazione della valutazione soggettiva dell'offeso con la valutazione oggettiva delle norme»[45], con tutte le conseguenze che questo comporta in ordine ai parametri di valutazione e di soluzione adottabili[46].

Premesso, quindi, che il collegamento della operatività del consenso al piano della antigiuridicità non sembra essere condizionato in modo vincolante né da dati di natura formale, né – considerazione di maggior rilievo – da dati di natura sostanziale, nulla osta a cercare soluzioni alternative.

In questo senso, l'accoglimento di una concezione soggettiva del bene giuridico individuale, secondo il modello dell'integrazione, nei termini che abbiamo sopra specificato, apre la strada ad una valutazione della rilevanza del consenso sul piano della tipicità come solu-

---

[45] Così P. Noll, *Ubergesetzliche Rechtsfertigungsgrunde*, cit., 59. Per un approfondimento del dibattito vedi comunque *supra*, sez. II, par. 2.4.2.

[46] Vedi in dettaglio le varie posizioni riportate *supra*, sez. II, par. 2.4 ss.

zione di carattere generale, indipendentemente, dunque, dalla configurazione formale della fattispecie.

Come abbiamo visto, la posizione interpretativa che nega la fondatezza di una differenziazione tra consenso che esclude la tipicità e consenso che esclude l'antigiuridicità, attribuendo in via generale al consenso l'effetto di escludere il fatto tipico, è oggi diffusa soprattutto nel dibattito scientifico di lingua tedesca e di lingua spagnola. Tale diffusione è stata di certo facilitata dalla assenza, nei rispettivi ordinamenti, di una disposizione generale specifica della materia.

La presenza dell'art. 50 nel codice Rocco ha costituito, lo abbiamo visto, la ragione prima, o addirittura una sorta di alibi, per ribadire in modo automatico le posizioni di sempre[47]. Ma anche nei rari casi in cui ci si è spinti a confutare la impostazione che vede il consenso come causa si esclusione della tipicità attraverso obiezioni di natura più spiccatamente sostanziale, le argomentazioni non sono riuscite ad assumere, a nostro parere, una solidità decisiva.

Queste, in particolare, le due principali obiezioni mosse alla concezione richiamata, nell'ambito del più recente dibattito italiano sull'argomento:[48] da un lato – si afferma – se non vi è dubbio che vi siano beni rispetto ai quali un problema di tutela penale non si pone in presenza di un valido consenso del loro titolare alla condotta altrui, ad esempio i diritti di libertà (un rapporto sessuale volontario non integrerebbe alcuna lesione consentita della propria libertà sessuale, bensì un mero atto di esercizio della libertà stessa), vi sono però altri beni individuali che sarebbero invece «concettualmente offendibili malgrado il consenso del titolare», come ad esempio la vita o l'integrità fisica.

Dall'altro lato, si evidenzia come la tesi contestata finirebbe per individuare l'oggetto di tutela non nel bene giuridico oggettivamente considerato, ma nella libertà di disposizione del bene; questo cambio di prospettiva di tutela, tuttavia, non potrebbe essere sostenuto nei casi in cui si sia in presenza di un titolare incapace di disporre

---

[47] Vedi, da ultimo, le considerazioni di F. Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 368.

[48] Cfr. F. Viganò, *Consenso dell'avente diritto*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G. Marinucci, Milano, 2006, 508.

del bene cosicché ci troveremmo davanti ad una diversa considerazione dell'oggetto di tutela a seconda delle caratteristiche soggettive del titolare.

La prima obiezione non sembra portare argomentazioni sostanziali. Non è infatti chiara la portata dell'affermazione secondo la quale alcuni beni siano «concettualmente offendibili malgrado il consenso» ed altri invece no, così come non è chiara la ragione per cui si dovrebbe concepire diversamente l'atto di disposizione della propria libertà sessuale, rispetto ad un atto di disposizione della propria integrità fisica.

Se, peraltro, ci spostiamo ad effettuare una panoramica delle ipotesi in cui il legislatore sembra, secondo una linea interpretativa non contestata, aver optato per una valorizzazione del consenso sul piano della tipicità, ci sorge spontaneo chiederci quali siano, in effetti, le ragioni sostanziali che giustificano la differenza tra l'operatività del consenso in riferimento ad un bene individuale, quale la riservatezza domestica, o il patrimonio, o la libertà sessuale, rispetto al bene dell'integrità fisica, della dignità personale, della vita. Su quali presupposti si basa la scelta legislativa di includere in tali ipotesi (violazione di domicilio, furto, atti sessuali) la mancanza del consenso quale elemento di tipicità del fatto e, dunque, di dare spazio ad una valutazione del consenso quale causa di esclusione del fatto tipico? L'unica ragione che sembra potersi individuare è legata ad una considerazione di valore del bene; ma a prescindere dalla effettività di una siffatta valutazione (se è accettabile considerare il patrimonio un bene di valore inferiore rispetto alla vita, è già più contestabile che la libertà sessuale possa essere valutata come di valore inferiore rispetto alla integrità fisica), una graduazione della tutela potrebbe essere più coerentemente realizzata attraverso la previsione di requisiti più o meno rigorosi di validità del consenso stesso.

D'altro canto la presenza nel nostro ordinamento di fattispecie in cui, esplicitamente o implicitamente, il consenso è considerato causa di esclusione del fatto tipico, non può che giustificarsi sulla base della considerazione di quei beni individuali secondo una visione soggettiva. Alla luce di quanto abbiamo visto fin qui, un'opzione del genere non ha senso, tuttavia, se non è riferibile a tutti i beni individuali, proprio perché incentrata sul rapporto tra soggetto e bene

e sulla valorizzazione di quest'ultimo quale strumento di autorealizzazione del suo titolare.

Così come il patrimonio o la libertà sessuale, anche la libertà personale in genere, o la integrità fisica, o la dignità o la vita, dunque, non possono che essere visti come compendio di due elementi: il substrato oggettivo e, componente imprescindibile, la libertà di disposizione del soggetto.

Anche la seconda obiezione non sembra colga nel segno. Non si tratta di differenziare l'oggetto della tutela penale a seconda che sia o meno individuabile un soggetto titolare del bene capace di autodeterminarsi. L'esclusione della tipicità del fatto è condizionata, invece, alla esistenza di una libera autodeterminazione del titolare che, come già più volte precisato, deve essere oggetto di accertamento concreto e rigoroso[49].

In conclusione, ci sembra di poter affermare che nessun ostacolo si frappone oggi ad una rimeditazione in ordine a fondamento, natura ed ambito di efficacia del consenso dell'avente diritto, nella direzione di una sua valutazione come causa di esclusione del fatto tipico quale soluzione di carattere generale; questo già allo stato della disciplina normativa attuale. Tanto più una tale opzione sarebbe sostenibile in una prospettiva di riforma che, come abbiamo più volte avuto modo di evidenziare e ribadire, non può più, oggi, prescindere dal riconsiderare i profili attinenti alla disponibilità dei diritti individuali.

La tutela oggettiva di tali beni, ancora oggi riscontrabile a livello normativo, vale la pena ribadirlo, non trova più oggi una giustificazione soddisfacente; da un lato, come viene riconosciuto anche da chi si attesta su posizioni interpretative comunque legate a schemi tradizionali, la tutela oggettiva dei beni «non può – alla luce del principio personalistico che informa il vigente ordinamento costituzionale – essere spiegata mediante il richiamo ad un interesse collettivo alla loro conservazione»[50]; dall'altro, tuttavia, lo stesso principio

---

[49] Per una confutazione di tale obiezione, vedi anche F. Bellagamba, *I problematici confini*, cit., 379.

[50] Così F. Viganò, *Consenso*, cit., 508, il quale poi, tuttavia, giustifica la stessa tutela oggettiva attraverso impostazioni di tipo prettamente paternalistico.

personalistico impedisce di accettare una giustificazione di tale tutela oggettiva in funzione dell'esigenza di tutela dello stesso titolare, secondo quel meccanismo paternalistico – o addirittura moralistico – che abbiamo visto essere comunque inconciliabile con i principi dei moderni ordinamenti democratici.

Il rifiuto di una tutela dell'individuo da se stesso appare così nella sua inestricabile connessione con la valorizzazione della "personalizzazione" del bene giuridico individuale, che non è più – di regola – indisponibile in quanto oggetto precipuo dell'interesse pubblico, ma è – di regola – disponibile perché, prima di tutto, *dell'individuo*.

BIBLIOGRAFIA

Agrizzi G.B., *Irrilevanza ai fini della responsabilità del fatto illecito delle violazioni da parte del danneggiato di norme a lui dirette e finalizzate esclusivamente alla sua incolumità*, «RGCT», 1996, 96.

Albeggiani F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995.

Alegre Martinez M.A., *La dignidad de la persona, como fundamiento del ordinamento costitutional espanõl*, Leon, 1996.

Alexy R., *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden, 1985.

Alonso Alamo M., *La eutanasia hoy: Perspectivas Teológicas, bioética constitutional y juridico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, «Revista Penal», 2007, 20, 3.

Amato G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

Amato, Gius., *Piena rilevanza penale anche all'uso di gruppo*, «GD», 12/2006, 79.

Amelung K., *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1972.

Amelung K., *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981.

Angioni F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1975.

Antón Oneca J., *Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1949.

Antón Oneca J., *Derecho penal, Parte general*, II ed., Madrid, 1986.

Aprile E., *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, «CP», 2003, 1722.

Aquino M., *L'esperienza svizzera*, in Semplici S. (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002.

Artz G., *Das Ruf nach recht und Ordnung*, Tübingen, 1976.

Artz G., *Willensmängel bei der Eiwilligung*, Frankfurt am Main, 1970.

Avril P., Conac G., *La costitution de la Republique Francaise*, II ed., Paris, 1999.

Bacigalupo E., *Principios de derecho Penal espanõl, Parte general*, 1990.

Bacigalupo E., *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, «PJ», 1989-1990, 147.

Bajo Fernández M., *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, «ADP», 1979, 491.

Bajo Fernández M., *Manual de Derecho penal*, *Parte Especial*, *I, Delitos contra las personas*, Madrid, 1987.

Baldassarre A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

Baldassarre A., *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*, Roma, 1974.

Baldelli A., Bouchard M., *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino, 2003.

Baldini V. (a cura di), *Diritti della persona e problematiche fondamentali*, Torino, 2004.

Bandini, *Vittimologia*, voce in «ED», XLVI, 1993, 1014.

Barbera A., *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975.

Baratta A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della tutela penale*, «DDDP», 1985, 443.

Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

Barni M. (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999.

Barsotti V., *Privacy ed orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005.

Battaglini G., *Il consenso dell'avente diritto*, RDP, 1983, I, 532.

Baumann J., Weber U., *Strafrecht*, AT, Bielefeld, 1985.
Baumann J., Weber U., Mitsch W., *Strafrecht*, AT, Bielefeld, 1995.
Beauchamp T., *Paternalism and Bio-Behavioral Control*, in *The Monist*, vol. 60, n. 1, 1976.
Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, 1981.
Becker U., *Das Menschenbild des grundgesetzes in der Resprechung des Bundesverfasungsgerichts*, Berlin, 1996.
Belfiore E., *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.
Bellagamba F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.
Bellotto M., *Il "particolare valore morale" della disperazione*, nota a Cass. 7 aprile 1989, «GP», 1993, II, 201.
Benincasa M., *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, «RIDPP», 1980, 713.
Berardo F., *"La dignità umana è intangibile": il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz*, «Quad. cost», 2006, 2, 387.
Berdugo Gómez de La Torre I., *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.
Berdugo Gómez de La Torre I., *El consentimiento en las lesiones*, «CPC», 1981, 212.
Bertolino M., *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, 159.
Bertolino M., *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993.
Bessone M., in *Commentario alla costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1976, 86.
Bessone M., Ferrando G., *Persona fisica (dir. priv.)*, voce in «ED», XXXIII, Milano, 1983, 193.
Bettiol G., *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1982.
Binding K., *Die Normen, und ihre Übertretung. I bd. I Ab: Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1872.
Birnbaum J.M.F., *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum begriffe des Verbrechens*, «ACR», 1834, 166.
Bloy R., *Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? Uberlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB*, «ZStW», 1984, 703.
Bockelmann P., Volk K., *Strafrecht*, AT, Munchen, 1987.

Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La costituzione liberale*, Torino, 1998.

Bognetti G., *Lo spirito del costituzionalismo americano*, *II*, *La costituzione democratica*, Torino, 2000.

Bognetti G., *Diritti dell'uomo*, voce in «DDPr», Torino, 1999.

Bonini S., *Doping e diritto penale*, Milano, 2006.

Bonini S., *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14 dicembre 2000, n. 376*, in Canestrari S., Fornasari G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 255.

Borsellino P., *Decisioni di fine vita a confronto: i casi di Miss B e di Diane Pretty*, «Bioetica», 2004, 2, 200.

Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, Bologna, 2006.

Bottke W., *Suizid und Strafrecht*, Berlin, 1982.

Bricola F., *Teoria generale del reato*, voce in «NssDI», vol. IV, Torino, 1973, 7; oggi in Canestrari S., Melchionda A. (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, vol. I, tomo I, 564.

Bricola F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, «BIDPP», 1960/61, 90; oggi in Canestrari S., Melchionda A. (a cura di), Milano, 1997, vol. I. tomo I, 67.

Bricola F., *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta reale nella politica criminale?*, «PD», 1982, 359; oggi in Canestrari S., Melchionda A. (a cura di), Milano, 1997, vol. I, tomo II, 1439.

Bricola F., *Tecniche di tutela penale*, in De Acutis M., Palombarini G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 3; oggi in Canestrari S., Melchionda A. (a cura di), Milano, 1997, vol. I, tomo II, 1475.

Bricola F., *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, «FI», 1985, V, 1; oggi in Canestrari S., Melchionda A. (a cura di), Milano, 1997, vol. I, tomo II, 1559.

Bricola F., Insolera G. (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, «QuadIP», Padova, 1991.

Bruns H., *Das Recht der Strafzumessung*, Koln-Berlin-Bonn-Munchen, 1985.

Burgstaller M., *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974.

Burgstaller M., *Der Ladiendiebstahl und seine private Bekämpfung*, Wien, 1981.

Busnelli F.D., *Capacità ed incapacità di agire del minore*, «DFP», 1982, 54.

Busnelli F.D., *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001.

Bustos Ramirez J., *Manual de derecho penal espanol. Parte general*, Barcelona, 1989.

Cadoppi A., *Pre-Art. 600-bis c.p.*, in Cadoppi A. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 35.

Cadoppi A., Veneziani P., *Elementi di diritto penale*, Padova, 2007.

Cagli S., *Condotta della vittima e analisi del reato*, «RIDPP», 2000, 1148.

Cagli S., *La rilevanza penale dell'eutanasia tra indisponibilità della vita e principio di autodeterminazione*, in Canestrari S., Fornasari G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 99.

Calderai V., *Il problema del consenso nella bioetica*, «RDC», 2005, 342.

Callies R.P., *Theorie des Strafe im democratischen und Soziales Rechtsstaatt*, Frankfurt, 1974.

Cancio Melia M., *Conducta de la victima e imputacion obiectiva en derecho penal*, Barcelona, 1998.

Cancio Melia M., *Opferverhalten und Obiektive Zurechnung*, «ZStW», 1999, 357.

Canestrari S., *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali ed opposizioni ideologiche*, in Canestrari S., Fornasari G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 9.

Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

Canestrari S., *Relazione di sintesi. Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in Canestrari S., Cimbalo G., Papalardo G. (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, 2003, 213.

Canestrari S., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, «RIDPP», 2001, 906.

Canestrari S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Scritti in onore di Marinucci*, Milano, 2006, tomo I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*.

Canestrari S., *Le diverse tipologie di eutanasia*, in *I reati contro la Persona*, Trattato diretto da Cadoppi A., Canestrari S., Papa M., vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di Canestrari S., Torino, 2006, 117.

Canestrari S. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007.

Canestrari S., Fornasari G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001.

Canestrari S., Cimbalo G., Pappalardo G. (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, 2003.

Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?* Milano, 2005.

Caraccioli I., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Padova, 1998.

Carbonell Mateu J.C., Gonzalez Cussac J.L., *Comentarios al Código penal del 1995*, Coordinado por Vives Antón, Valencia, 1996.

Carbonell Mateu J.C., *Constitucion, suicidio y eutanasia*, «CJ», 1993, n. 10, 26.

Carnelutti F., *Problema giuridico della trasfusione di sangue*, «FI», 1938, IV, 89.

Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, Bologna, 1993.

Casaroli G., *La riparazione pubblica delle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, «IP», 1990, 277.

Casas Barquero E., *El consentimiento en el Derecho penal*, Córdoba, 1987.

Casonato C., *Introduzione al biodiritto*, Trento, 2006.

Cassani C., *Legge 22 Maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, in *I reati contro la Persona*, Trattato diretto da Cadoppi A., Canestrari S., Papa M., vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Torino, 2006, 145.

Castaldo A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento* Napoli, 1989.

Caterina R., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, «RDC», 2005, 771.

Cendon P., *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003.

Cerezo Mir J., *El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación*, en *Estudios de Derecho penal y Criminología, tomo I*, en *homenaye a Rodríguez Devesa*, Madrid, 1989, 201.

Ceronetti C., *La violenza e le vittime*, in *La Carta è stanca*, Milano, 1976, 115.

Cherubini M.C., *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del proprio corpo*, in F.D. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 77.

Chieffi L. (a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, Torino, 2003.

Cimbalo G., *Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio*, in Canestrari S., Cimbalo G., Pappalardo G. (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, 2003, 140.

Cobo del Rosal M., Carbonell Mateu J.C., en Aa.Vv., *Derecho penal, Parte especial*, coord. por Vives Antón, Valencia, 1988.

Cobo del Rosal M., Vives Antón T.S., *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1996.

Corcoy Bidasolo M., *Imputación objetiva en el delito imprudente*, «CDJ», 1994, XXVI, 33.

Corcoy Bidasolo M., *Consentimiento y disponibilidad sobre bienes personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en tratamiento médico-quirúrgico*, in *Libro Homenaje al Profesor Torío Lopez*, Granada, 1999.

Cordero F., *Procedura penale*, Milano, 2006.

Cornacchia L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004.

Cosentino F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in «Quadrimestre», 1993, 120.

Cosentino F., *Autonomia privata e paternalismo del legislatore nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, «RCDP», 1988, 490.

Crisafulli V., *In tema di trasfusioni obbligatorie*, «DS», 1982, 557.

Cuello Contreras J., *El derecho penal espanõl, Parte general*, Madrid, 2002.

Curi F., *Terzium Datur*, Milano, 2003.
D'Addino Serravalle P., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983.
D'Alessio R., *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari*, «DS», 1981, 529.
D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, Milano, 2003.
D'Aloia A., *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in D'Aloia A. (a cura di), *Diritti e costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, VII.
Dameno R., *La religione le istituzioni e il principio di laicità*, «Bioetica», 2004, 3, 475.
D'Arrigo C., *Autonomia privata ed integrità fisica*, Milano, 1999.
D'Arrigo C., *Integrità fisica*, voce in «ED», Agg. IV, 2000, 712.
De Cristofara M., Belvedere A. (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980.
De Cupis A., *Corpo (atti di disposizione del proprio)*, voce in «NssDI», IV, 1959, 854.
De Cupis A., *Integrità fisica (diritto alla)*, voce in «EG», XVII, 1989.
De Francesco G.V., *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, «RIDPP», 1983, 588.
De Francesco G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Milano, 1970.
De Francesco, G.V., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, «RIDPP», 1988, 113.
De la Gandara Valleio B., *Consentimiento, bjen juridico e imputacion objectiva*, Madrid, 1995.
De Leo G., Scardaccione G., *Esperienze di riconciliazione vittima-autore del reato ed ipotesi di applicabilità nel processo penale minorile*, in G. Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995, 149.
De Simone G., *Le forme di tutela della vittima*, in Venafro E., Piemontese C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 55.
Del Rosal Blasco B., *La partecipación y el auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal*, «ADPCP» 1987, 86.

Del Corso S., *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, «RIDPP», 1987, 536.
Del Re M.C., *Sterilizzazione volontaria*, «GP», 1980, II, 53.
Del Tufo V., *Profili critici della vittimo-dommatica*, Napoli, 1990.
Dell'Antonio A., *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001.
Delonge F.B., *Die Interessenabwägung nach §34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen strafrechtlichen Rechtsvertigungsgründen*, München, 1988.
Delogu T., *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1936.
Derksen R., *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.
Devlin P., *The enforcement of Morals*, London, 1965.
Diciotti E., *Il principio del danno nel diritto penale*, «DPP», 1997, 3, 368.
Díez Ripollés J.L., *Comentarios al Código Penal*, *Parte especial*, I, Valencia, 1997.
Díez Ripollés J.L., *La disponibilidad de la salud e integridad personales*, en *Delitos contra la vida e integridad física*, «CDJ», Madrid, 1995, 121.
Di Giovine O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.
Di Martino A., *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, in Venafro E., Piemontese C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 191.
Di Martino A., *La sequenza infranta*, Milano, 1998.
Discher T., *Die Peep-Show-Urteile des BverwG*, «JuS», 1991, 642.
Dogliotti M., *La tutela della personalità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, v. 2. *Persone e famiglia*, 60.
Dolcini E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, «RIDPP», 1984, 589.
Dolcini E., Marinucci G. (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985.
Dolcini E. *et al.*, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982.
Dölling D., *Fahrlssige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, «GA», 1984, 71.

Donini M., *Non punibilità e idea negoziale*, «IP», 2001, 1059.
Donini M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione obbiettiva dell'evento*, *I parte*, «RIDPP», 1989, 588; *II parte*, *ivi*, 1989, 1114.
Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.
Donini M., *Teoria del reato*, Padova, 1996.
Donini M., *La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio*, «RIDPP», 1999, 32.
Donini M., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006.
Donini M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, «CP», 2007, 902.
Dürig G., *Art. 1 GG*, in *Grundgesetz Kommentar*, München 1989.
Dürig G., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwurde. Entwurf eines pratikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes*, «AöR», 81, 1965, 117.
Dürig G., *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, «JR», 1952, 259.
Dürig G., *Art. 2 Abs 1*, in Maunz T., Dürig G., *Kommentar zum Grundgesetz*, München, 1983.
Dworkin G., *Paternalism*, in *Morality and the Law*, Belmont, 1971, 197.
Edelman B., *La dignitè de la personne humaine, un concept nouveau*, RD, 1997, 185.
Ellmer M., *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.
Engelhardt T.H., *Manuale di bioetica*, Milano, 1991.
Engisch K., *Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung*, in *Festschrift für Mayer*, Berlin, 1966, 399.
Engisch K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrechts*, in *Festschrift für Mezger*, 1954, 127.
Eser A., *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'uno sull'altra?*, «RIDPP», 1997, 161.
Eser A., §218 a., in Schönke A., Schröder H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 auf., München, 1985.
Eser A. (Hrsg.), *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976.

Eusebi L., *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, «AP», 1985, 532.

Eusebi L., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, «RIDPP», 1997.

Eusebi L., *Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione*, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 61.

Eusebi L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, «RIML», XVII, 1995, 727.

Eusebi L., *La tutela penale della vita prenatale*, «RIDPP», 1988, 1052.

Eusebi L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, tomo II, *Teoria della pena*, 1109.

Eusebi L., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, «RIDPP», 2000, 1053.

Eusebi L., *L'assunzione di stupefacenti non è un diritto, ma il tossicodipendente non è un "nemico"*, «LP», 2007, 483.

Farina M., *Commento* a Cass. 17 dicembre 2004, «DPP», 2005, 871.

Fattah E.A., *La victime est-elle coupable?*, Les Presses de L'Université de Montreal, 1971.

Feinberg J., *The moral limits of the criminal law. Harm to others*, New York-Oxford, 1984.

Feinberg J., *The moral limits of the criminal law. Offense to others*, New York-Oxford, 1985.

Feinberg J., *The moral limits of the criminal law Harm to Self*, New York-Oxford, 1986.

Feinberg J., *The moral limits of the criminal law Harmless Wrongdoing*, New York-Oxford, 1988.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990.

Ferrajoli L., *Il diritto penale minimo*, «DDDP», 1985, 463.

Ferrajoli L., *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. Pepino (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 57.

Ferrajoli L., *Sul diritto penale minimo (Risposta a Emilio Dolcini e Giorgi Marinucci)*, «FI», 2000, V, 125.

Ferrajoli L., *Proibizionismo e diritto*, in Manconi L. (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Bologna, 1991, 136.

Ferrando G., *Il controllo giudiziale sulla potestà dei genitori*, «NGCC», Suppl. fasc. 3/04 – *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, a cura di M. Cinque, Padova, 2004, 21.

Fiandaca G., *La nuova legge antidroga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, «FI», 1991, 2634.

Fiandaca G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

Fiandaca G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 178.

Fiandaca G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Marinucci G., Dolcini E., (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 139.

Fiandaca G., *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?* Milano, 2005, 175.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2006.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2002.

Fiedler R.F., *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefärdung: Unter besonderer Berucksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Berlin, 1989.

Fioravanti L., *La tutela penale della persona, nuove frontiere difficili equilibri*, in Fioravanti L., (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, 15.

Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001.

Fiore C., *Diritto penale*, *Parte generale*, vol. I, Torino, 2004.

Flora G., *Risarcimento del danno e conciliazione: presupposti e fini di una composizione non punitiva dei conflitti*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 149.

Florian E., *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934.
Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.
Fondaroli D., *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici alternativi*, in Venafro E., Piemontese C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004, 137.
Fornasari G., *Il doping come problema penalistico nella prospettiva di diritto comparato*, in Canestrari S., Fornasari F. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 337.
Fornasari G., *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 69.
Forti G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
Forti G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici* in Dolcini E, Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 283.
Forti G., *L'immane concretezza*, Milano, 2000.
Fresa R., *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in Canestrari S. (a cura di), *I reati contro la persona*, Trattato diretto da Cadoppi, Canestrari, Papa, vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 603.
Frisch W., *Selbstgefärdung im Strafrecht*, NZSt, 1992.
Frisch W., *Zum gegenwärtigen Stand der diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehere*, «GA», 2003, 719.
Frisch W., *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
Frisch W., *Leben und Selbstbestimmungsrecht im Strafrecht*, in Leipold D. (Hrsg.), *Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht*, Heidelberg, 1997.
Frisch W., *Tipo penal e imputación objectiva*, Madrid, 1995.
Frisch W., in Eser A., Perron W. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd III, Freiburg i. Br., 1990, 403.
Frisch P., *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzen*, Berlin, 1973.

Funke G., *Grundwerte, Grundrechte, Grundsätze und verantwortliches Handeln*, in Schwartländer J. (Hrsg.), *Menschenrechte und Demokratie*, Strassburg, 1981, 277.

Gallas W., *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, «JZ», 1960, 654.

Gallas W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968.

Gallo M., *Appunti di diritto penale*, vol. II, Torino, 2000.

Garavelli M., *L'abuso di droga in Italia e in Europa in una prospettiva di diritto comparato*, «CP», 1994, 779.

García Álvarez P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad fisica asumida volontariamente por su titular*, Valencia, 1999.

Gatti U., Marugo M., *La vittima e la giustizia riparativa*, in Ponti (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano 1995, 89.

Gemma G., *Sterilizzazione e diritti di libertà*, RTDC, 1977, 254.

Geppert K., *Rechtfertigende Einwilligung des Verletzen Mitfahrers, bei Fahrlässigkeitstraftaten im Strassenverkeher?*, «ZStW», 1971, 947.

Geerds F., *Einwilligung und Eiverständnis des Verletzen im Strafrecht*, «GA», 1954, 262.

Giardina F., *La maturità del minore nel diritto civile*, «NGCC», Suppl. fasc. 3/04 – *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, a cura di M. Cinque, Padova, 2004, 211.

Gimbernat Ordeig E., *Que es la imputación objeciva?*, in *Estudios penales y criminologicos*, X, 1987, 167.

Gimbernat Ordeig E., *Imputacion objetiva, partecipacion en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, in *Homenaye a Riz Antòn*, Valencia, 2004.

Gimbernat Ordeig E., *Notas al Tratado de la Parte Especial de Derecho penal*, de Quintano Ripollés, tomo I, v. I, Madrid, 1972.

Gimeno-Cabrera V., *Le traitemen jurisprudentiel du principi de dignité de la personne humane*, Paris, 2004.

Giostra G., Illuminati G. (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001.

Giunta F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova, 1993.

GIUNTA F., *Diritto di morire e diritto penale*, «RIDPP», 1997, 118.
GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, «RIDPP», 2001, 377.
GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 343.
GIUNTA F., *Il delitto di lesioni personali: la disgregazione di un'unità tipologica*, «SI», 2003, 1188.
GÖBEL A., *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungrechts*, Frankfurt am Main, 1992.
GÓMEZ BENITEZ J.M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1984.
GÓMEZ RIVERO M.C., *La imputación delos resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998.
GÓMEZ RIVERO M.C., *La responsabilidad penal del medico, Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 2003.
GONZALES PEREZ J., *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986.
GRIFASI G., *Potestà dei genitori e scelte terapeutiche a tutela della salute dei figli minori*, «NGCC», 2000, I, 211.
GRISPIGNI F., *Il consenso dell'offeso*, Prato, 1924.
GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale*, Padova, 1932.
GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.
GROSSO C.F., *Necessità (dir. pen)*, voce in «ED», XXVII, Milano, 1977, 833.
GULOTTA G., *Dalla parte della vittima: un'introduzione*, in GULOTTA G., VAGAGGINI M. (a cura di), *Dalla parte della vittima*, Milano, 1980, 3.
GULOTTA G., *La vittimologia, aspetti criminologici, Il problema della criminalità*, in *Collana di Scienze criminali*, diretta da Canepa, Mantovani, Padova, 1981, 107.
GULOTTA G., VAGAGGINI M. (a cura di), *Dalla parte della vittima*, Milano, 1980.
GÜNTER K., *Das Viktimodogmatische Prinzip aus andere Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung*, in *Festschrift für Lenckner*, München, 1998, 7.
GÜNTER K., *Strafrechtwidrigkeit und Strafunrechtsauschluss*, Koln, 1983.

Haft F., *Strafrecht, AT*, 1998.
Hart H.L.A., *Diritto morale e libertà*, trad. it., Acireale, 1968.
Hart H.L.A., *The Aims of the Criminal Law*, in *Law and Contemp. Prob.*, 1958, 23, 409.
Hassemer W., Reemtsma J.P., *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002.
Hassemer W., *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Frankfurt am Main, 1973.
Hassemer W., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehere*, in *Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kauffaman zum 65° Geburstag*, Heidelberg, 1989, 85; ora anche in *Strafen im Rechtsstaat*, Baden Baden, 2000, 160.
Hassemer W., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994.
Hassemer W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, München, 1990.
Hassemer W., *Rücksichte auf das Verbrechensopfer*, in *Festschrift für U. Klug*, II, Koln, 1983, 217.
Hassemer W., *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Festschrift für Mahrenholz*, Baden-Baden, 1994, 749.
Hassemer W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, in Eser A., Fletcher G.P. (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, bd. I, Freiburg i. Br., 1987, 203.
Hassemer W., Munõz Conde F., *Introducción a la Criminologia*, Valencia, 2001.
Hassemer R., *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechts Dogmatik*, Berlin, 1981.
Hefendehl R., *Kollektive Rechtsguter im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2003.
Hefendehl R., von Hirsch A., Wohlers W. (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003.
Helmons S.M. *et al.*, *Dignité humaine et hierarchie des valeurs*, Bruxell, 1999.
v. Hentig H., *The Criminal and his victim*, New York, 1948.
Hillenkamp T., *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981.
Hillenkamp T., *Verkehrsgefährdung durch Gefährdung des Tatbeteiligten*, «NJW», 1976, 1904.

Hillgruber C., *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992.

Hinrichs U., *"Big Brother" und die Menschenwürde*, «NJW», 2000, 2175.

v. Hippel R., *Deutsches Strafrecht, 2 Bd.*, Berlin, 1930.

Hirsch H.J., *vor § 32, Rn 92*, in *Leipziger Kommentar*, Berlin-New York, 1985.

Hirsch H.J., *Einwilligung und Selbstbestimmung*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin-New York, 1974, 775.

Hirsch H.J., *Soziale Adäquanz und Unrechtslehere*, «ZStW», 1962, 78.

Hirsch H.J., *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, «RIDPP», 1999, 745.

Hirsch H.J., *Die aktuelle Diskussion uber den Rechtsgutsbegriff*, in *Festschrift fur Spinellis*, Bd. I, Athen-Komotini, 2001, 426.

Hohmann O., *Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltsstrafrecht*, «GA», 1992, 76.

Hohmann O., *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt am Main, 1991.

Honig R., *Die Einwilligung des Verletzen*, I, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1919.

Hormazabal Malarée H., *Bien juridico y estado social y democratico de derecho*, Barcelona, 1991.

Hubner C., *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.

Iadecola G., *Potestà di curare e consenso del paziente*, Padova, 1998.

Jäger H., *Strafgesetzgebung und Rechtsguterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

Jakobs G., *La imputacion objectiva en el derecho penal*, Madrid, 1996.

Jakobs G., *Strafrecht, AT*, Berlin-New York, 1991.

Jakobs G., *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München, 1998.

Jescheck H.H., *Lehrbuch des Strafrecht, AT*, Berlin, 1988.

Jescheck H.H., Weigend T., *Lehrbuch des Strafrecht AT*, Berlin, 1996.

Jorge Barreiro A., *La imprudencia punibile en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990.
Kadish H., *Consenso a morire e pazienti incapaci*, in Stortoni L. (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, 1992, 189.
Kargl W., *Sachbeschädigung und Strafgesetzlichkeit*, «JZ» 1997, 283.
Kargl W., *Rechtsguter und Tatobjekte der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch*, «JZ», 1999, 930.
Kargl W., *Die Freiheitsberaubung nach dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts*, «JZ», 1999, 72.
Kaufmann Arm., *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Festschrift für Welzel*.
Kaufmann Arm., *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, «JZ», 1955, 37.
Kaufmann Arth., *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, «JZ», 1954, 653.
Kaufmann Arth., *Strafloser Schwangerschaftsabbruch: rechtswidrig, rechtmässig oder was*, «JZ», 1992, 981.
Kaufmann Arth., *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H.Henkel*, Berlin-New York, 1974, 89.
Kiöupis D., *Notwehr und Einwilligung*, Baden Baden, 1992.
Kientzy D., *Der Mängel Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, Tübingen, 1970.
Kindhäuser U., *Zur legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikteim Wirtschaftsstrafrecht*, in *Bausteine der europaischen Wirtsstrafrecht*, Madrid, Symposium fur Klaus Tiedemann, 1994.
Kindhäuser U., *Zur Entscheidung von Einverständinis und Einwilligung* in *Festschrift für Rudolphi*, München, 2004, 135.
Kleinig J., *Paternalism*, Manchester, 1983.
Kühl K., *Strafrecht AT*, München, 2002.
Kunig P., *sub art. I*, in v. Munch I., Kunig P., *Grundgesetz-Kommentar*, Bd.1, 4 Aufl., München, 1992.
Lackner K., Kühl K., *Strafgesetzbuch mit Erlauterung*, Munchen, 1999.
Langer W., *Das Sonderverbrechen*, Berlin, 1972.
Lav. prep. al Cod. pen, 1930, vol. IV, I, 1.
Lebreton G., *Ordre public, ordre moral et lancer de nain*, RD, 1996, 177.

Lenckner T., *Der Grundsatz der Guterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung*, «GA», 1985, 295.
Lenckner T., *Vorbem §32*, in Schönke A., Schröder H., *StGB Kommentar*, München, 1988.
v. Listz F., *Rechtsgut und Handlungbegriff im Bindingschen Handbuche*, «ZStW», 1886, 673.
v. Listz F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3 ed., Berlin, 1888.
Losappio G., *Bioetica e diritto penale. Le disposizioni penali del testo unico delle proposte di legge sulle tecniche di procreazione assistita*, «IP», 1999, 612.
Luciani M., *Il diritto costituzionale alla salute*, «DS», 1980, 782.
Lüderssen K., *Opfer im Zwielicht*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin-New York, 1999, 886.
Lüderssen K., *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2005.
Luzón Peña D.M., *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1995.
Magro B., *Etica laica e tutela della vita umana*, «RIDPP», 1994, 1382.
Magro B., *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001.
Maiello V., *Vita ed incolumità individuale (delitti contro la)*, voce in «ED», XLVI, Milano, 1994.
Manconi L. (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Bologna, 1991.
Manes V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
Manes V., *La riforma della disciplina penale in materia di stupefacenti*, in Insolera G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 95.
Mangini R., Gabrieli F.P., Cosentino U. (a cura di), *Codice Penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma 1930.
Manna A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.
Manna A., *Trattamento medico*, voce in «ED», XLIV, Milano, 1992, 1280.
Manna A., *Trattamento sanitario "arbitrario": lesioni personali e/o omicidio, oppure violenza privata?*, «IP», 2004, 449.

Manna A., *La vittima del reato: "a la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, tomo I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale*, 957.

Mannozzi G., *La giustizia senza spada*, Milano, 2003.

Mannozzi G., *Pena e riparazione: un binomio irriducibile*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, tomo II, *Teoria della pena*, 1129.

Mantovani F., *Eutanasia*, voce in «DDP», Torino, 1990, IV, 424.

Mantovani F., *Il problema della criminalità*, in *Collana di scienze Criminali*, diretta da G. Canepa, F. Mantovani, Padova 1981, 373.

Mantovani F., *Diritto penale*, *Parte generale*, Padova, 2007.

Mantovani F., *Diritto penale, Delitti contro la persona*, Padova, 1995.

Mantovani F., *Diritto penale, I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale, Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, 1998.

Mantovani F., *Esercizio del diritto (diritto penale*), voce in «ED», XV, Milano, 1966, 644.

Mantovani F., *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato dell'Andro*, I, Bari, 1994, 519.

Mantovani F., *Problemi giuridici della sterilizzazione*, «RIML», 1983, 840.

Mantovani M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Torino, 2003.

Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1933.

Marini Giul., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993.

Marini G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, «RDC», 2006, 359.

Marinucci G., voce *Antigiuridicità*, in «DDP», I, 1987, 173.

Marinucci G. *Cause di giustificazione*, in «DDP», II, 1988, 130.

Marinucci G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, «JUS», 1974, 463.

Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004.

Martínez Escamilla M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

Martucci P., *Il trauma di esclusione della vittima del reato*, «MG», 1994, 34.

Maurach R., Zipf H., *Strafrecht, AT, I*, Heidelberg, 1992.

Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983.

Mazzucato C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida interazionali*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 85.

Mendelsohn B., *Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: la Victimologie*, «RICPT», 1956, 2, 96.

Menikoff J., *Law and Bioethics. An Introduction*, Washington, D.C., 2001.

Messinetti D., *Personalità (diritti della)*, voce in «ED», XXXIII, 1983, 371.

Mill S., *On liberty*, trad it., Est. 1999.

Mir Puig S., *Sobre el consentimiento en el delito imprudente*, «ADPCP», 1991, I, 266.

Mir Puig S., *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1998.

Mitsch W., *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Hamburg, 2004.

Mittermaier W., *Über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutchland*, Heidelberg, 1825.

Moccia S., *Bioetica o Biodiritto*?, «RIDPP», 1990, 864.

Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

Moccia S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979.

Modugno F., *Trattamenti sanitari non obbligatori e costituzione*, «DS», 1982, 303.

Monaco L., *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati*, 1980-1981.

Muguerza J. *El fundamentos de los derechos humanos*, Madrid, 1991.

Munõz Conde F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1990.

Munõz Conde F., *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 1996.

Munõz Conde F., Garcia Arán M., *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2004.

Munõz Conde F., Garcia Aran M., *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 2002.

Murmann U., *Die Selbstverantvortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005.

Muscatiello V.B., *La giustizia bendata (la disciplina italiana sulla droga)*, «IP», 1993, 395.
Musco E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
Neri D., *Note sul documento del CNB sulle "Dichiarazioni anticipate di trattamento"*, in «*Bioetica*», 2004, 2, 188.
Neuman E., *Victimologia*, Buenos Aires, 1984.
Neumann U., *Deontologische und teleologische Positionen in der rechtlichen und moralischen Beurteilung von Sterbenhilfe und Suizidteilnahme*, in Jung H., Müller-Dietz H., Neumann U., *Recht und Moral*, Baden Baden, 1991, 269.
Neumann U., *Strafrechtlicher Schutz der Menschenwürde zu Beginn und am Ende des Lebes*, in Prittwitz C., Manolakis D. (Hrsg.), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden Baden, 1998, 51.
Niedermeir H., *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*, Munchen, 1999.
Noll P., *Ubergesetzliche Rechtsfertigungsgrunde, in besonderen die Eiwilligung des Verletzen*, Basel, 1955.
Núñez Paz M.A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1999.
Nuvolone P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
Nuvolone P., *I limiti taciti della norma penale*, Milano, 1972.
Nuvolone P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, 1968.
Nuvolone P., *La vittima nella genesi del delitto*, «IP», 1973, 640.
Occhiocupo N., *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, 1984.
Ötker F., *Rechtsguterschutz und Strafe*, «ZStW», 1897, 508.
Orsi L., Mazzon D., *Analisi del nuovo Codice di deontologia medica dalla prospettiva della bioetica di fine vita*, «Bioetica», 2000, 4, 599.
Orrù G., *La tutela della dignità umana del morente*, in Stortoni L. (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, 1992, 96.
Otto H., *Einverständnis, Einwilligung und eigenverantvortliche Selbstgefährdung*, in *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Geerds*, Lubeck, 1995, 603.
Otto H., *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, 1978, 53.

Otto H., *Rechtsgutbegriff und Deliktstatbestand*, in Müller-Dietz H., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, 1.

Otto H., *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin-New York, 1996.

Pace A., *Libertà personale (dir. cost)*, voce in «ED», XXIV, Milano, 1974, 287.

Padovani T., *Diritto penale*, Milano, 2006.

Padovani T., *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obbiettiva*, «RIDPP», 1983, 532.

Padovani T., *Violenza carnale e tutela della libertà sessuale*, «RIDPP», 1989, 1301.

Padovani T., *Pre. Art. 609-bis c.p. (Art. 2 L. 15 febbraio 1996, n. 66)*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, IV ed., 431.

Padovani T., *Procreazione (dir. pen.)*, voce in «ED», 1987, XXXIV, 969.

Padovani T., *L'Utopia punitiva*, Milano, 1981.

Padovani T., *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in Giostra G., Illuminati G. (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, XV.

Pagliaro A., *Imputazione obbiettiva dell'evento*, «RIDPP», 1992, 779.

Palazzo F.C., voce *Persona (delitti contro)*, voce in «ED», XXXIII, Milano, 1983.

Palazzo F.C., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in Fioravanti L. (a cura di), *La tutela penale della persona*, Milano, 2001, 401.

Palazzo F.C., *L'uso personale degli stupefacenti nella nuova legge antidroga*, «LP», 1992, 153.

Palazzo F.C., *Dogmatica ed empiria nella questione di costituzionalità della legge antidroga*, «RIDPP», 1992, 308.

Palazzo F.C., *Riflessi diretti ed indiretti dell'abrogazione referendaria sulla disciplina degli stupefacenti*, «CP», 1993, 2822.

Palazzo F.C., *Consumo e traffico degli stuppefacenti*, Padova, 1993.

Palazzo F.C., *Costituzionalismo penale e diritti fondamentali*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali, Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 583.

Palermo Fabris E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, Padova, 2000.
Paliero C.E., *Minima non curat praetor*, Padova, 1985.
Paliero C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, «RIDPP», 1994, 1220.
Paliero C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, «RIDPP», 1990.
Paliero C.E., Travi A., *Sanzioni amministrative*, voce in «ED», XLI, 1989, 345.
Pannain B., Sclafani F., Pannain M., *L'omicidio del consenziente e la questione "eutanasia"*, Napoli, 1988.
Panseri C., *Meglio imputato che vittima. Alcune considerazioni sulla posizione del minorenne nel processo penale*, in Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995, 71.
Parejo Guzmán J., *La Eutanasia. Un derecho?*, Barcelona, 2005.
Pasquariello C., *I confini penalistici della bioetica*, Napoli, 1999.
Pavarini M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in Picotti L. (a cura), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 7.
Peces-Barba Martinez G., Fernandez Garcia E. (a cura di), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1998.
Pedrini F., *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, «Qcost»., 2006, 1, 161.
Pedrazzi C., *Consenso dell'avente diritto*, voce in «ED», IX, Torino, 1961, 140.
Pegoraro L., *Giustizia costituzionale*, in Morbidelli G., Pegoraro L., Reposo A., Volpi M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, 1997, 860.
Pegoraro L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998.
Pellecchia E., *La salute dei minori tra autodeterminazione, potestà e intervento del giudice*, «NGCC», Suppl. fasc. 3/04 – *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei giovani adulti*, a cura di M. Cinque, Padova, 2004 104.
Pepino L. (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993.

Pesante M., *Corpo umano, (atti di disposizione*), voce in «ED», X, Milano, 1962, 653.

Peters H., *Die freie Entfaltung der Personlichkeit als Verfassungsziel*, in *Festschrift für Rudolf Laun*, Hamburg, 1953, 669.

Petrini D., *Per una disciplina giuridica degli stupefacenti che sostenga il disagio senza criminalizzarlo*, «LP» 2007, 479.

Petrone M., *Moralità* (dir. pen.), voce in «ED», XXVII, Milano, 1977, 66.

Pezzini B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, «DS», 1983, 3.

Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema del diritto penale minorile*, Padova, 1998.

Picotti L., *Giudice di pace e nuovi strumenti di diritto penale sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002, 137.

Picotti L., Spangher G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002.

Pisani M., *Per le vittime del reato*, «RIDPP», 1989, 466.

Pisapia G.D., *Dalla modica quantità alla modica punibilità. Commento alla legge 162/90*, in Manconi L. (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Bologna, 1991, 10.

Pittaro P., *La vittima nel quadro della criminologia*, in Gulotta G., Vagaggini M. (a cura di), *Dalla parte della vittima*, Milano, 1980, 41.

Pizzolato F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999.

Pizzorusso A., Varano V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985.

Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995.

Portillas Contreras G., *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la victíma de la situación de riesgo*, «CPC», 1991.

Prittwitz C., *Positive Generalprävention und Recht des Opfers auf Bestrafung des Täters?*, in W. Albrecht *et al*. (Hrsg.), *Winfried Hassemer zum 60. Geb.*, Baden Baden 2000, 162.

Prittwitz C., *Opferlose Straftheorien?*, in Schünemann B., Dubber M. (Hrsg.), *Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA*, Koln, 2000, 51.

Prosdocimi S., *"Dolus eventualis", il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

Pulitanò D., *Laicità e diritto penale*, «RIDPP», 2006, 55.

Queralt Jiménez J.J., *Derecho penal espanõl, Parte especial*, Barcelona, 1992.

Quintero Olivares G., *Parte general del Derecho Penal*, Barcelona, 2005.

Radbruch G., *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1963.

Ramacci F., *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi senesi*, 1988, suppl. 274.

Ramacci F., *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1992.

Ramacci F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2005.

Ramacci F., in «RIML», 1983, 852.

Reemtsma J.P., *Chiuso dentro: dalla cantina di un sequestro; 33 giorni di lucida angoscia*, trad. it. a cura di B. Griffini, Milano, 1999 (versione originale, *Im Keller*, Hamburg, 1997).

Reemtsma J.P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters -als Problem*, München, 1999.

Rescigno P., *Personalità (diritti della)*, voce in «EG», 1 ss.

Resta G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, «RDC», 2002, II, 807.

Riponti D., *La vittima nel quadro della giustizia penale*, in Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995.

Riz R., *Bioetica-FIVET-Clonazione. Tutela della persona e della vita*, «IP», 2000, 474.

Riz R., *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975.

Riz R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979.

Rocco Art., *L'oggetto del reat*o, Roma, 1913.

Rodotà S., *Il terribile diritto, Studi sulla libertà privata*, Bologna, 1990.

Rodotà S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

Rodotà S., *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in Semplici S. (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 39.
Rodotà S., *La vita e le regole*, Bologna, 2006.
Rodotà S. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Bari, 1993.
Rodríguez Devesa J.M., *Derecho penal espanõl, Parte Especial*, Madrid, 1980.
Rodríguez Devesa J.M., *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1987.
Rodríguez Devesa J.M., *El consentimiento en las lesiones*, «CPC», 1981, 212.
Rodríguez Morullo G., *Art. 15: Derecho a la vida*, en *Comentarios a la constitucion española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, tomo II, 267.
Rodríguez Morullo G., *Protección constitucional de la vida*, in *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao, 1983, 117.
Rodriguez Muñoz J., *Derecho penal*, Madrid, 1949.
Romeo Casabona C.M., *El médico y el Derecho penal*, Barcellona, 1981.
Romeo Casabona C.M., *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 1996.
Romeo Casabona C.M., *El consentimiento en las lesiones, en el Proyecto de Código penal de 1980*, «CPC», 1982, 279.
Romano B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2007.
Romano M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, «RIDPP», 1990, 55.
Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2004.
Romano M., *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, «RIDPP», 1989, 53.
Romano M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, vol. II, Bari, 789.
Romano M., Stella F., *Aborto e legge penale. Riflessioni e proposte*, Milano, 1975.
Romboli R., *Commento a Corte cost., 22 ottobre 1990*, «FI» 1991, I, 17.

Romboli R., *Art. 5 c.c.*, in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988.

Romboli R., *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, «PD», 1991.

Romboli R., *La libertà di disporre del proprio corpo:profili costituzionali*, in Stortoni L. (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, 1992.

Romboli R., *Bioetica e costituzione*, «RDcost»., 1996, 299.

Ronco M., *Il controllo penale delle droghe alla luce del principio di offensività*, «LP», 2007, 475.

Ronnau T., *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 2001.

Ronzio A., *Olanda: la scelta della legalizzazione*, in Semplici S. (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002.

Rossi E., *Problemi di costituzionalità della nuova legge sugli stupefacenti: la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali*, «PD», 1990, 678.

Rousseau D., *Les libertes individualles et la dignité de la personne humaine*, Paris, 1998.

Roxin K., *Strafrecht*, *AT*, *I*, München, 1997.

Roxin K., *Sul consenso nel diritto penale*, in Moccia S. (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 119.

Roxin K., *Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Srafrecht*, in *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zurich, 1984.

Roxin K., *Über der Einwilligung im Strafrecht*, Coimbra, 1987.

Roxin K., *Sui rapporti tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, «AP», 1982, 36.

Roxin K., *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, in *Festschrift für Gallas*, Berlin, 1973, 243.

Roxin K., *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in Moccia S. (a cura di), *Politica criminale e sistema penale*, Napoli, 1999, 99.

Roxin K., *La posizione della vittima nel sistema penale*, «IP», 1989.

Roxin K., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in Dolcini E., Paliero C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, tomo II, *Teoria della pena*, 715.

RUDOLPHI H.J., *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970, 151.

RUDOLPHI H.J., *"Recensione" ad Artz, Willennsmängel bei der Einwilligung*, «ZStW», 1974, 87.

RUGA RIVA C., *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, «RIDPP», 2006, 234.

RUGGIERI F., *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in PICOTTI L., (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, 191.

RUIZ MIGUEL J.A., *Autonomia individual y derecho a la propia vida, (un análisis filosófico jurídico)*, «REC», n. 14, 1993, 140.

SALAZAR M., *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica*, «CP», 1983, 53.

SALTELLI C., *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto*, «ADPP», 1934, 244.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ S., *Comentario introductorio al titulo I*, in *Comentarios a la constitucion espanõla de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, tomo II, 19.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.

SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà*, Milano, 2001.

SANTOSUOSSO A., *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, «FI», 1991, IV, 66.

SAPIA R., *Casco cinture e sistemi di protezione: a tutela di che cosa?*, «RGCT», 1996, 92 ss.

SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in Betterman, Nipperday, Scheuner, *Die Grundrechte*, Bd. 3, Berlin, 1959, 909.

SARTORIUS R. (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis 1983.

SCHAFFSTEIN F., *Handlungsunwert, Elfolgsunwert und Rechtsfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, in *Festschrift für Welzel*, Berlin/New York, 1974, 576.

SCHMIDHÄUSER E., *Strafrecht. A.T.*, Tübingen, 1975.

SCHMIDHÄUSER E., *Handeln mit Einwilligung des Betroffenenstrafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung*, in *Kriminalistik und Strafrecht. FS für Geerds*, Lubeck, 1995, 593.

SCHNEIDER C., *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen, 1975.

Schüler-Springorum H., *Über Viktimologie*, in *Festchrift fur Honig*, Göttingen, 1970.

Schünemann B., *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln. Besprechung des Urteils BGH*, «NStZ», 1982, 60.

Schünemann B., *Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansätzes in der Strafrechtsdogmatik*, in Schneider H.J. (Hrsg.), *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1982.

Schünemann B., *Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege*, «NStZ», 1986, 5 193.

Schünemann B., *Besondere persönliche Verhaltnisse und Vertretenhaftung im Strafrecht*, «ZSchwR», 1978, 131.

Schünemann B., *Moderne Tendenzen in der Dogmatik des Fahrlässigkits-und Gefährdungsdelikte*, «JA», 1975.

Schwartländer J. (Hrsg.), *Menschenrechte und Demokratie*, Strassburg, 1981.

Segura García M.J., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Valencia, 2000.

Seminara S., *Riflessioni in tema di suicidio ed eutanasia*, «RIDPP», 1995, 719.

Seminara S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, «DPP», 2007, 1561.

Sgubbi F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, «IP», 1983, 253.

Semplici S. (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002.

Silva Sanchez J.M., *VIII Cursos de Verano en San Sebastian, Victimologia*, Dirigido por Antonio Beristain, Josè Luis de la Cuesta, Servizio Editorial Universidad del Pais Basco, 1990, 77.

Silva Sanchez J.M., *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla vittimodogmatica*, trad. dallo spagnolo a cura di Melchionda A., «AP». 1988, 669.

Sina P., *Die Dogmengeschichtedes strafrechtliche Begriffs "Rechtsgut"*, Basel, 1962.

Stanzione P., *Personalità capacità e situazioni giuridiche del minore*, RDF, 1999, 260.

Starck C., *Art. 1 Abs.1, GG*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, I, München, 1999.

Starck C., *Art. 2 Abs 1 GG*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *Das Bonner Grundgesetz*, I, München, 1999, 188.

Stella F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, «RIDPP», 1973, 3.

Stella F., *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono di cure mediche*, «RIML», 1984, 1013.

Stella F., *La configurabilità della sterilizzazione volontaria come lesione personale gravissima*, «RIML», 1979, 639.

Stella F., *La Giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006.

Stephen J.F., *Liberty, Equality, Fraternity, and three brief Essays*, Chicago, 1991.

Stern K., *Menschenwürde als Wurzel der Menschen und Grundrechte*, in *Festschrift für Scupin*, Berlin, 1983, 630.

Sternberg-Lieben D., *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 1997.

Stortoni L., *Stupefacenti (diritto penale)*, voce in «NssDI», XVIII, Torino, 1971, 562.

Stortoni L., *Riflessioni in tema di eutanasia*, in Canestrari, Cimbalo, Pappalardo, (a cura di), *Eutanasia e diritto*, Torino, 2003, 9.

Stortoni L., *La legge sulla droga: profili storici e valutazioni di politica criminale*; in F. Bricola F., Insolera G. (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, «QuadIP», Padova, 1991, 9.

Stortoni L. (a cura di), *Vivere: diritto o dovere?*, Trento, 1992.

Stratenwerth G., *Prinzipien der Rechtfertigung*, «ZStW», 1956, 41.

Stratenwerth G., *Zum Begriff des Rechtsgutes*, in *Festschrift für Lenckner*, München, 1998, 377.

Tamarit Sumalla J.M., *La victima en derecho penal*, Pamplona, 1998.

Tamarit Sumalla J.M., Art. in *Comentarios al Nuevo Codigo penal*, a cura di G. Quintero Olivares, Valle Muñiz, Pamplona, 1996.

Tassinari D., *Profili penalistici dell'eutanasia nei paesi di "Common law"*, in Canestrari S., Fornasari G. (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, 147.

Tassinari D., *Gli attuali progetti di legge sul così detto "testamento biologico": un breve sguardo d'insieme*, «Criminalia», 2006.

Tiedemann K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, 1969.

Toledano Toledano J.R., *Limiti penales a la disponibilidad de la propria vida: el debate in Espana*, Barcelona, 1999.

Tomás-Valiente Lanuza C., *La cooperacion al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal*, Valencia, 2000.

Toniato F.S., *Il momento della morte non è fuori della vita*, in Semplici S. (a cura di), *Il diritto di morire bene*, Bologna, 2002, 63.

Tranchina G., *Premesse per uno studio sulla rilevanza della vittima nella dinamica dei fatti criminosi*, «TN», 1975, 39.

Valenti A.M.V., *La dignità umana quale diritto inviolabile dell'uomo*, Perugia, 1985.

Valle Muñiz J.M., *Relevancia juridico-penal de la eutanasia*, «CPC», 1989, 159.

Valle Muñiz J.M., *Commento all'art. 143 c.p.*, in *Comentarios al nuevo Codigo penal*, coord. por Quintero Olivares, dir. por Valle Muñiz, Pamplona, 696.

Vallini A., L. *1°/4/1999 n. 91 – Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, «LP», 2000, 445.

Vallini A., *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, «SI», 2007, 539.

Vallini A., *Il valore del rifiuto di cure "non confermabile" dal paziente*, «DP» 2003, 185.

Van De Wer D., *Paternalistic intervention*, Princeton, 1986.

Vassalli G., *Il diritto alla libertà morale*, in Aa.Vv., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, *II*, Torino, 1960, 164.

Venafro E., Piemontese C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2004.

Viganò F., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2002.

Viganò F., *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, «RIDPP», 2004, 141.

Viganò F., *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, «DPP», 2007, 1, 5.

Viganò F., *Consenso dell'avente diritto*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2006, 506.

Visco A., *L'omicidio e la lesione personale del consenziente*, Milano, 1929.

Visconti C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, «RIDPP», 2006, 1029.

Volk K., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, «ZStW», 1985, 870.

Walther S., *Eigenverantvortlichkeit und Strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg. i. Br., 1991.

Weigend T., *Über die Begrundung des Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, «ZStW», 1986, 44.

Welzel H., *Studien zum System des Strafrecht*, «ZStW», 1939, 491.

Welzel H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969.

Wessels J., *Strafrecht*, *AT*, Kalsruhe, 1970.

Zaczyk R., *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.

Zagrebelsky G., *Il giudice, la legge e i diritti di Welby*, «La Repubblica», 19 marzo, 2007.

Zanchetti M., *Diritto all'autodeterminazione del paziente e distribuzione delle risorse*, in Bresciani C. (a cura di), *Etica, risorse economiche e sanità*, Milano, 1998, 171.

Zanchetti M., *La legge sull'interruzione della gravidanza. Commentario sistematico alla legge 22 maggio 1978 n. 194*, Padova, 1992.

Zanchetti M., *L. 22 maggio 1978, n. 194. Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza*, in Crespi A., Stella F., Zuccalà G. (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003.

Zanobio B., *La vittima nella storia*, in Ponti G. (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995, 11.

Zanotti M., *Le cause di giustificazione*, in *Introduzione al sistema penale*, *II*, Torino, 2001, 89.

Zipf H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Neuwied-Berlin, 1970.

Zipf H., *Die Strafzumessung*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980.

SOMMARIO

INTRODUZIONE
LA RIVALUTAZIONE DELLA VITTIMA NELLA TEORIA DEL REATO. UNO SGUARDO DI INSIEME

1. La neutralizzazione della vittima 1
2. La riscoperta della vittima e la vittimologia 5
3. I contenuti della "vittimodogmatica" 10
   3.1. I concetti di "extrema ratio" e di "autoresponsabilità" 12
   3.2. Meritevolezza di tutela e bisogno di tutela della vittima 17
4. La rilevanza della partecipazione della vittima al reato e la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento: la autoesposizione al pericolo della vittima ed il consenso della vittima ad una situazione di pericolo creata da un terzo. Cenni 19
5. Segue. Il dibattito sulla partecipazione della vittima al reato. Alternative dogmatiche alla teoria dell'imputazione oggettiva 26
6. Laicità del diritto penale e tutela della persona: la rivalutazione della libertà di scelta del titolare del bene. In particolare il consenso informato nell'ambito medico e la riforma del diritto penale sessuale 31
7. La rivalutazione della vittima nella teoria della pena 39

SEZIONE I

CAPITOLO PRIMO
LA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE DEL SINGOLO QUALE PRINCIPIO DI RILEVANZA COSTITUZIONALE?

1. Premessa 49
2. Il dibattito in Germania 51
   2.1. L'opinione che fonda la rilevanza costituzionale del principio di autodeterminazione su di una interpretazione sistematica dell'art. 1 e dell'art. 2 Abs. 1 della Grundgesetz 51
   2.2. La teoria della natura soggettiva dei beni giuridici, ossia l'integrazione tra diritto di autodeterminazione e bene fondamentale 60

3. Il dibattito in Spagna 64
3.1. Premessa 64
3.2. La regolamentazione delle lesioni consentite e il dibattito sulla disponibilità del bene integrità fisica 66
3.3. Il principio di autodeterminazione e la Costituzione del 1978 . . . 69
3.4. La posizione del Tribunal Costitucional 75
4. L'esperienza statunitense 77
4.1. Il diritto alla autodeterminazione come diritto alla *privacy* 77
5. La Costituzione italiana 85
5.1. L'art. 2 cost. e la centralità della persona nell'ordinamento costituzionale italiano 85
5.2. Autodeterminazione dell'individuo e libertà personale 88
5.3. La Costituzione italiana e la libertà di autodeterminazione sul proprio corpo 94

CAPITOLO SECONDO

TUTELA DELL'INDIVIDUO DA SE STESSO?

(Ovvero i criteri di selezione della punibilità di comportamenti volontari posti in essere dallo stesso titolare del bene offeso o da terzi con il consenso del titolare)

1. Il c.d. principio del danno ad altri 101
2. Il concetto di paternalismo 105
3. Il principio del moralismo giuridico 110
4. La giustificazione paternalistica di norme: casi emblematici e casi problematici 112
4.1. L'obbligo di indossare il casco per i motociclisti e l'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza per gli automobilisti: casi riconducibili al paternalismo impuro o al principio del danno ad altri? 112
4.2. Le problematiche connesse alla criminalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti 118
4.3. Una normativa recente: la legge sul doping (L. 14 dicembre 2000, n. 376) 127
4.4. La rilevanza penale dell'omicidio consentito 131
4.5. (segue). Il recente tentativo di legittimare l'incriminazione dell'omicidio consentito nell'ottica della tutela individuale senza richiamare giustificazioni di natura paternalistica: la tesi di Murmann 139

Sezione II

Capitolo primo
DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE E BENE GIURIDICO

1. La inestricabile relazione tra la collocazione sistematica del consenso ed i modelli di spiegazione del bene giuridico 143
2. La distinzione tra beni giuridici individuali e beni giuridici superindividuali. Le teorie monistico-sociali 146
3. …e le teorie monistico-personalistiche. In particolare la concezione personale del bene giuridico di Winfried Hassemer 148
4. (segue). Le teorie dualistiche 152
5. Concezione oggettiva e concezione soggettiva del bene giuridico 155

Capitolo secondo
LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA DEL CONSENSO

1. La tradizionale distinzione tra consenso quale causa di esclusione della antigiuridicità e consenso quale causa di esclusione della tipicità. Il dibattito italiano 165
2. (segue). La tradizionale distinzione tra consenso quale causa di esclusione della antigiuridicità e consenso quale causa di esclusione della tipicità. Il dibattito tedesco 171
3. La collocazione sistematica del consenso nell'ambito del dibattito spagnolo 173
4. Il consenso come causa di giustificazione. Quale fondamento? 177
   4.1. Il criterio della rinuncia alla tutela o della mancanza di interesse punitivo, quale fondamento del consenso dell'avente diritto 180
   4.2. Il fondamento del consenso dell'avente diritto tramite il modello del bilanciamento degli interessi 182
   4.3. (segue). Ancora sul fondamento del consenso come espressione di un bilanciamento interno di interessi contrapposti; il precetto della ottimizzazione della norma penale applicato alle cause di giustificazione. La recente teorizzazione di Wolfgang Mitsch 187
5. La soluzione tripartita di Jakobs 189
6. Il consenso quale causa di esclusione della tipicità (*Integrationsmodell*) 194
7. Il consenso quale causa di giustificazione procedurale 197
8. Profili della rilevanza penale del consenso ad una condotta pericolosa: un confronto tra la figura della *einverständliche Fremdgefährdung* e il consenso dell'avente diritto 203
9. (segue). In particolare: l'oggetto del consenso 207

Capitolo terzo

I LIMITI DI EFFICACIA DEL CONSENSO: LA DISPONIBILITÀ DEL DIRITTO

1. Il significato del termine *disponibilità* e la sua capacità selettiva rispetto all'ambito di efficacia dell'art. 50 c.p. 213
2. Il tentativo di ricercare il fondamento del concetto nelle fonti che regolano la disponibilità 220
3. Le fonti della disponibilità: in particolare l'art. 5 c.c. e la questione della disponibilità del diritto all'integrità fisica 224
   - 3.1. L'art. 5 del codice civile quale principio fondamentale, fonte ineludibile in materia di integrità fisica, ovvero quale norma inadeguata e superata? 225
   - 3.2. (segue). L'art. 5 del codice civile e l'avvento della Costituzione . . 229
4. L'art. 579 e l'art. 581 c.p. e la indisponibilità del diritto alla vita 235
5. Il problema della disponibilità del diritto alla dignità personale 241
   - 5.1. Una difficile definizione per un concetto multidimensionale. 241
   - 5.2. La definizione del diritto alla dignità umana nelle pronunce dei giudici costituzionali 246
   - 5.3. Il caso comunemente definito del "lancer de nains" e la trasposizione della dignità umana nell'ordine pubblico 249
   - 5.4. Il Peep-Show Fall, ovvero la dignità ancora come valore oggettivo e indisponibile 252
   - 5.5. Dignità personale e diritto alla vita. Il caso di Diane Pretty 254
   - 5.6. (segue). Il caso Welby 259
   - 5.7. (segue). Il riflesso delle opposte concezioni della nozione di dignità personale sulle scelte normative attuali in riferimento alla vita e alla morte 266
6. Il diritto al rispetto del pudore, da valore etico della collettività a bene della persona. Aperture e chiusure nella recente giurisprudenza italiana 268
7. (segue). Se c'è consenso dello spettatore non c'è offesa al pudore; il caso della "lap dance" in una recente pronuncia della Corte di Cassazione 271

Considerazioni conclusive

I RIFLESSI DELLA IMPOSTAZIONE PERSONALISTICA SU PRESUPPOSTI E AMBITO DI EFFICACIA DEL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO

1. Il "paternalismo forte" non è giustificazione sufficiente per una scelta di penalizzazione 273
2. … ma la constatazione di un rifiuto non può legittimare un totale disinteresse pubblico 279
3. Presupposti e limiti del "paternalismo debole" come criterio di legittimazione delle scelte di criminalizzazione. Il rifiuto delle presunzioni nell'accertamento della capacità del titolare del bene 283
4. La disponibilità dei diritti personali non come eccezione ma come regola 285
5. Verso la considerazione del bene giuridico individuale come strumento per la autorealizzazione della personalità del titolare 289
6. Il consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del fatto tipico 292

Bibliografia 299

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.

195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2008
presso Editografica – Rastignano (BO)