

PATERNALISMO, DIRITTO PENALE E PRINCIPI COSTITUZIONALI: PROFILI DI TEORIA GENERALE

Antonio Cavaliere*

Abstract. Il dibattito contemporaneo nella filosofia del diritto su paternalismo e liberalismo coinvolge in modo sostanziale il diritto penale. Il problema principale riguarda la legittimazione di regole che proibiscono l'atto dannoso a se stessi o ad un'altra persona con il suo libero consenso.

Questo saggio affronta la discussione a livello di principi costituzionali dell'ordinamento giuridico e cerca di costruire su di loro un complesso coerente di regole per la legislazione, con particolare attenzione alla normativa relativa alla droga. Nella Costituzione italiana, sia il principio di uguaglianza indipendentemente dalle differenze di opinione come di condizioni sociali o personali, ed il principio di laicità e pluralismo sono argomenti forti a favore del liberalismo e dell'anti-paternalismo. Inoltre, la Costituzione prevede chiaramente libertà ed autonomia come diritti fondamentali e dichiara il diritto alla salute – ma non il dovere di stare in buona salute – e la proibizione di trattamenti sanitari obbligatori. D'altro lato, la Costituzione include un principio di solidarietà, cioè: i cittadini ed il legislatore devono aiutare le persone più deboli sia nella realizzazione della libertà in modo sostanziale sia proteggendole da abusi.

Key-words. Paternalismo, liberalismo, diritto penale, droga.

1. Premesse di metodo e terminologiche

Per avviare correttamente una riflessione giuspenalistica su alcuni aspetti dell'ampio e complesso dibattito intorno a paternalismo e liberalismo¹, appaiono necessarie una premessa di metodo ed una terminologica.

* Università di Napoli 'Federico II'

¹ In argomento, cfr. recentemente, nell'ambito di una vastissima bibliografia, J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, IV Voll., New York-Oxford 1984-1988; G. DWORKIN, *Paternalism*, in: *The Monist*, 1972, pp. 64 ss.; J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984; *Paternalismus und Recht. In memoriam Angela Augustin*, hrsg. von M. ANDERHEIDEN, P. BÜRKL, H.M. HEINIG, S. KIRSTE, K.

La prima consiste nella definizione del punto di vista che si adotterà nelle pagine seguenti: quello dell'ordinamento giuridico italiano, che si fonda sui principi della Costituzione repubblicana. Ciò, beninteso, non implica perdere di vista il "punto di vista esterno"², ma costituisce una delimitazione dell'ambito dell'indagine alle prescrizioni normativamente vincolanti del nostro ordinamento ed alla conformità del diritto vigente ai principi costituzionali. Nel confronto con posizioni giusfilosofiche paternalistiche o liberali, assume rilievo, dal punto di vista 'interno' all'ordinamento costituzionale, la loro compatibilità con i principi normativi. D'altro canto, alle norme costituzionali è sotteso, storicamente e culturalmente, un punto di vista 'esterno', politico-ideologico, che nel corso dell'indagine potrebbe risultare diverso da quello paternalistico, ma eventualmente anche da quello liberale.

La seconda premessa ha ad oggetto l'uso dei termini paternalismo e liberalismo in diritto penale. Le relative definizioni, metapositive, adottate nell'opera da cui ha preso spunto il recente dibattito, sono le seguenti: "Paternalismo legale" è la dottrina secondo cui "è sempre una

SEELMANN, Tübingen 2006; R. SARTORIUS (a cura di), *Paternalism*, Minneapolis 1983; A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden Baden 2010; G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino 2008; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, spec. p. 101 ss., pp. 273 ss.; EAD., *Il paternalismo legislativo*, in: *Criminalia* 2011, pp. 313 ss.; A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in: *Criminalia* 2011, pp. 223 ss.; S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in: A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano 2010, pp. 167 ss.; L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in: *Criminalia* 2011, pp. 239 ss.; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in: *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli 2011, pp. 489 ss.; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, pp. 984 ss.; per una ricostruzione dell'evoluzione del dibattito a partire da John Stuart Mill, cfr. in particolare A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in: G. FIANDACA, G. FRANCOLINI, *cit.*, pp. 90 ss.; G. FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, *ivi*, pp. 7 ss.

² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, pp. 893-894, 922 ss.

*buona ragione per sostenere una proibizione la sua necessità al fine di prevenire un'offesa ("harm") (fisica, psicologica o economica) a sé stesso da parte dell'autore"*³. La "posizione liberale (sui limiti morali del diritto penale)" sarebbe quella secondo cui le uniche "buone ragioni per proibizioni penali" sono la necessità ed efficacia dell'intervento penale nel prevenire "un'offesa a persone diverse dall'autore", oppure la necessità ed efficacia dello stesso nel prevenire "una seria molestia ("offense") a persone diverse dall'autore"⁴.

Tra le varie distinzioni interne al concetto di paternalismo legale, appare significativa, ai fini delle considerazioni che saranno svolte in questa sede, quella "tra leggi paternalistiche applicate in casi che coinvolgono una sola parte (ad es., le leggi che proibiscono il suicidio, l'automutilazione e l'uso di droghe) e le leggi paternalistiche applicate in casi con due parti (ad es., leggi che proibiscono l'eutanasia, il duello e la vendita di droga). I casi con due parti sono casi di paternalismo allorché la richiesta, proveniente da una parte, di una condotta (o il consenso verso essa) realizzata da una seconda parte non attribuisce a quest'ultima il permesso di fare ciò che la prima parte vuole che le si faccia (o ciò cui essa acconsente). Se la seconda parte tuttavia esegue l'accordo, allora essa ha violato la legge e sarà punita. La legge mira ad impedire che la prima parte abbia ciò che desidera sia fatto ed in tal modo interferisce con la sua libertà, fondandosi sulla ragione di sapere meglio cosa è bene per lei. Perciò, la legge è paternalistica verso la prima parte, anche se il reato che la legge stessa prevede è commesso dalla seconda parte"⁵. Nel 'caso con una sola parte' si parla di paternalismo diretto, nel 'caso con due parti' di paternalismo indiretto⁶, ma sempre che non venga punito anche (o, addirittura, solo) colui alla cui tutela è rivolto il precetto⁷. Ad esempio, se una norma in materia di cessione di stupefacenti – ipotizzando che si individui il bene tutelato nella salute del consumatore – punisce anche l'acquirente consumatore, si tratta di un'ipotesi di paternalismo sia diretto che indiretto.

³ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. III, *Harm to Self*, New York-Oxford 1986, p. xvii; v. pure *ivi*, pp. 3 ss., ove vengono distinti diversi significati e specie di paternalismo.

⁴ J. FEINBERG, op. ult. cit., pp. xvi-xvii.

⁵ *Ivi*, p. 9.

⁶ Cfr. ad es. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – eine Sisyphus-Arbeit?*, in: A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, cit., p. 221; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 95.

⁷ Cfr. in proposito le precisazioni di J. FEINBERG, op. ult. cit., pp. 9,10.

2. La dicotomia liberalismo/paternalismo e i principi della Costituzione italiana

Come si è accennato, un confronto con il dibattito intorno a paternalismo e liberalismo deve tener conto, quale dato fondamentale, delle opzioni politiche – non ‘moralì’ – relative agli scopi ed ai valori fondamentali della convivenza sociale, divenute normativamente vincolanti in quanto assurte al rango di principi costituzionali del nostro ordinamento.

Vengono in considerazione specialmente il primato della persona e dei suoi diritti fondamentali, art.2 Cost. – diritti di cui fa certamente parte la libertà morale, ovvero il diritto di autodeterminarsi nelle proprie scelte di vita - ed il richiamo alla sua dignità, art.3; l’inviolabilità della libertà personale, art.13, nel suo nesso con il riconoscimento della salute, all’art.32, quale diritto e non quale dovere, con il conseguente divieto assoluto di trattamenti sanitari obbligatori che violino “*i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”, art.32 co.2; i principi del pluralismo e della laicità dello Stato, affermati - a partire dalla pari dignità ed eguaglianza di religioni, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, art.3 co.1 – anche dagli artt.7, 8, 19-21⁸. Ma vanno tenuti nel debito conto pure il richiamo, nell’art.2, a “*doveri inderogabili di solidarietà*”

⁸ In tal senso, sul fondamento costituzionale del principio di laicità, cfr. nella letteratura penalistica S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in: *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino 2012, pp. 8 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pp. 55-56 (con riferimento agli artt. 3 e 8 Cost.); in generale, su laicità e diritto penale, cfr. G. BALBI, A. ESPOSITO (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino 2011; S. CANESTRARI, L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna 2009; A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit.; E. DOLCINI, *Laicità, ‘sana laicità’ e diritto penale*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, pp. 1017 ss.; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in: *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano 1991, pp. 165 ss.; F. MANTOVANI, *Problemi della laicità nell’esperienza giuridico-penale*, in: *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, I, Bari 1994, pp. 519 ss.; S. MOCCIA, *Bioetica o “biodiritto”?*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, pp. 863 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, pp. 477 ss.; F. STELLA, *Laicità dello stato: fede e diritto penale*, in: G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, pp. 309 ss.; sui nessi tra pluralismo ed antipaternalismo, cfr. spec. S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., pp. 180-181.

politica, economica e sociale" e, nell'art.3 co.2, al "*compito della Repubblica*" di "*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale*" alla libertà, all'eguaglianza, al pieno sviluppo della persona ed ai diritti di partecipazione ivi menzionati.

Tali principi concorrono a definire l'orientamento assiologico e teleologico fondamentale della Costituzione nel senso del primato della persona e delle sue libertà, ma anche di esigenze di eguaglianza e solidarietà.

Un tale orientamento presenta convergenze significative con il liberalismo, ma si arricchisce di una componente solidaristica, ad esso originariamente estranea; d'altro canto, tale componente solidaristica non va confusa con un'apertura verso il paternalismo, perché non impegna ad imporre alla persona ciò che si ritiene essere il suo 'vero bene', ma, al contrario, ad aiutare tutti i consociati, e specialmente i più deboli, a rendere effettive le loro libertà ed a sviluppare la loro personalità.

2.1. Paternalismo vs. principi costituzionali di laicità e pluralismo

I principi costituzionali di laicità e pluralismo – comuni ai moderni Stati liberali - escludono che il diritto possa sanzionare una condotta per il solo fatto che essa contrasti con concezioni morali o religiose altrui, per quanto dominanti. Ciascuno ha diritto di comportarsi secondo le proprie convinzioni morali, fintanto che la sua condotta non leda o ponga in pericolo i diritti e le libertà altrui, compresa la libertà di agire secondo altre convinzioni morali.

In uno Stato laico, non è compito del diritto penale imporre concezioni morali a cittadini adulti⁹, ma soltanto tutelare i consociati da condotte altrui, offensive – dannose o pericolose - di beni giuridici di una o più persone. Non si può, quindi, punire la persona che abbia leso o messo in pericolo esclusivamente beni giuridici propri, per quanto si ritenga immorale tale condotta.

I principi della laicità e del pluralismo ostano, dunque, ad un paternalismo diretto fondato sulla mera immoralità della condotta: nel nostro ordinamento non si può punire una condotta autolesiva

⁹ C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, p. 12: la funzione di uno stato moderno "non può consistere nella correzione morale, da parte dell'autorità, di esseri umani adulti, ma visti come intellettualmente non illuminati e moralmente immaturi".

semplicemente perché, secondo convinzioni altrui, è immorale e quindi contraria al "vero bene", in senso morale, di chi la realizza. Ad esempio, per quanto il suicidio possa ritenersi immorale e sia vietato da precetti religiosi, ciò non può fondare la punibilità di chi tenti di suicidarsi senza riuscirvi; e ciò a prescindere da ogni ulteriore considerazione circa l'inefficacia o la dannosità di una punizione in ipotesi siffatte. Ancora, non si può punire il consumatore di droghe (o magari di sostanze alcoliche) per la ragione che tale condotta sia immorale o 'viziosa'. Un'eventuale legittimazione di un intervento punitivo sul consumatore dev'essere cercata su altre basi.

Ma i principî della laicità e del pluralismo rendono illegittimo anche un paternalismo indiretto fondato sulla mera immoralità della condotta: in un ordinamento laico non si può punire chi pratica su taluno, su sua personale richiesta, un intervento eutanasico, sulla base del solo argomento per cui la vita, secondo una visione religiosa, 'è sacra' e dunque la condotta è immorale. E neppure si può punire chi cede sostanze stupefacenti o alcoliche a persona consenziente sulla base del solo argomento per cui il primo 'corrompe moralmente' la seconda. Un'eventuale legittimazione dell'intervento punitivo va cercata altrove.

2.2. Paternalismo, utilitarismo e primato della persona nella Costituzione

Il primato dei diritti fondamentali della persona nella Costituzione comporta l'esclusione della sacrificabilità di tali diritti ad interessi statuali; quella sacrificabilità affermata, al contrario, in ordinamenti orientati ad un utilitarismo collettivistico, di tipo autoritario, nei quali "Gemeinnutz geht vor Eigennutz", ossia, l'utile della comunità prevale su quello dell'individuo¹⁰.

¹⁰ Ad un utilitarismo collettivistico si ispirava, com'è noto, già PLATONE, *Repubblica*, III, Capp. XIV-XV; la tesi del primato del bene comune su quello individuale si ritrova, poi, nel pensiero di Tommaso d'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 64, a.2, ove se ne trae la conseguenza della legittimità della pena di morte: "*Quaelibet [...] persona singularis comparatur ad totam communitatem sicut pars ad totum. Et ideo si aliquis homo sit periculosus communitati et corruptivus ipsius propter aliquod peccatum, laudabiliter et salubriter occiditur, ut bonum commune conservetur*". Sul primato dello Stato sull'individuo nel codice penale vigente, v. Alfr. Rocco, *Relazione al r.d. 19 ottobre 1930, n.1398, approvazione del testo definitivo del codice penale. Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco*, in: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, parte III, Roma 1931, p. 16 della relazione (ove si richiama espressamente Tommaso d'Aquino); in argomento, cfr. per tutti T.

Nel nostro ordinamento vale, invece, una regola basilare di ogni stato liberale: il diritto e le istituzioni pubbliche devono servire alle persone, e non viceversa¹¹.

Naturalmente, il primato dei diritti della persona implica anche la tutela di interessi collettivi, in quanto si tratti di diritti di più persone o dell'intera collettività; si pensi ad es. alla tutela dell'incolumità collettiva. Ma ciò vale soltanto finché tali interessi collettivi siano risolvibili in una pluralità di interessi pur sempre individuali - per quanto indivisibili (c.d. interessi diffusi come il diritto dei consociati ad un ambiente salubre) -, e non, invece, allorché vengano sganciati dagli stessi e trasformati in interessi superindividuali artificiali¹² come, ad es., l'ordine pubblico, specie in senso ideale¹³: l'adozione, quali oggetti di tutela penale, di

PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 1991, pp. 45-46. In riferimento all'esperienza nazista, cfr. spec. G. DAHM, F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg 1933, p. 38, ove si afferma il "primato incondizionato della nazione e dei valori tradizionali in essa incorporati rispetto agli interessi dell'individuo"; F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin 1935, pp. 5 ss.; ID., *Nationalsozialistisches Strafrecht*, in: *ZStW* 1934, p. 606; SAUER, *Wendung zum nationalen Strafrecht*, Stuttgart 1933, pp. 2 ss., 22; E. WOLF, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, in: *ARSP* 1934-1935, p. 349: "Il nazionalsocialismo esige [...] la totale subordinazione di ogni singolo alla comunità popolare".

¹¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 922 ss.; W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in: *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di L. PHILIPPS, H. SCHOLLER, Heidelberg 1989, pp. 90-91: "Lo Stato non è fine a se stesso, ma deve soltanto promuovere lo sviluppo e la salvaguardia delle possibilità di vita degli uomini".

¹² Criticamente sul punto W. HASSEMER, op. loc. ult. cit.; B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., pp. 231-232.

¹³ Sulla vaghezza ed inafferrabilità del concetto di ordine pubblico v. spec. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p. 193; A. BEVERE, *Ordine pubblico*, in: *Dizionario critico del diritto*, a cura di DONATI, Milano 1980, pp. 275-276; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 4^a ed., rist. agg., Bologna 2008, p. 461; C. FIORE, *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in: AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A.M. STILE, Napoli 1985, p. 280; F.M. IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere*, in: *Giust. pen.* 1990, II, p. 42; G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2^a ed., Bologna 2000, pp. 207-208; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 238-239; ID., *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in: *Enc. giur.*,

siffatti beni giuridici superindividuali privi di un substrato personale afferrabile comporta la punibilità di condotte inoffensive per i consociati 'in carne ed ossa', ma che costituiscano una mera disobbedienza all'autorità¹⁴.

Da tali premesse discende che una disciplina penale paternalistica, che sancisca la punibilità di condotte autolesive (paternalismo diretto) o realizzate con il consenso del titolare del bene giuridico (paternalismo indiretto), non può trovare legittimazione neppure nella prevalenza, sull'interesse individuale, di quello statale, ad esempio dell'ordine pubblico o dell'economia pubblica¹⁵. Dunque, nessuno può essere costretto sotto minaccia di pena a curare la propria salute e nessuno può essere privato del diritto di acconsentire a condotte lesive o pericolose per la sua salute sulla base dell'argomento per cui ciò è necessario per l'ordine pubblico o per l'economia pubblica. In generale, nessuno può essere costretto a determinate scelte esistenziali, relative alla disposizione di propri beni giuridici, perché tali scelte sono disfunzionali all'ordine pubblico o costose per l'economia pubblica.

Per quel che concerne in particolare quest'ultima, si tratta, peraltro, di un concetto che, evitando la pubblicizzazione artificiale tipica del codice Rocco¹⁶, può essere anche ricostruito come interesse collettivo dotato di substrato empirico personale e riferito alle risorse economiche della generalità dei consociati. In tali ipotesi, si porrebbe, tuttavia, pur sempre il problema del bilanciamento con interessi fondamentali del singolo, quali ad esempio la libertà morale. Si può, ad esempio, costringere taluno, sotto minaccia di pena, a non operare scelte esistenziali pericolose per la propria salute, come fumare, bere alcoolici, mangiare troppo e male fino a diventare obeso, vivere in maniera sedentaria, oppure anche assumere droghe leggere o pesanti, con l'argomento per cui i costi economici delle conseguenze per la salute di

XXII, Roma 1990, p. 4; per un analogo apprezzamento, in relazione all'ordinamento tedesco, cfr. F.C. SCHRÖDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin-New York 1985, p. 5.

¹⁴ Cfr., in riferimento all'ordine pubblico, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli 1997, pp. 66-67; ID., *Ordine pubblico*, cit., pp. 3-4.

¹⁵ Quando ciò, invece, avviene, la disciplina 'paternalistica' in realtà non ha neppure la funzione, propria del paternalismo, di voler garantire il 'vero bene' dell'individuo, bensì quella di tutelare l'interesse superindividuale a discapito di quello individuale; su tale distinzione cfr. J. FEINBERG, op. ult. cit., pp. 5-6.

¹⁶ Cfr. in proposito T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, cit., pp. 49 ss.

quelle condotte sarebbero, considerati cumulativamente, insostenibili per la collettività¹⁷?

Un ordinamento che intervenisse penalmente per tutelare – attraverso discipline direttamente o indirettamente paternalistiche – l'economia collettiva, considerandola quale bene prevalente rispetto alla libertà morale della persona - assoggettata ad un ossessivo controllo sulla propria vita privata¹⁸ - meriterebbe certamente di essere definito totalitario¹⁹. Oltretutto, il principio di personalità della responsabilità penale, art.27 co.1 Cost., vieta di far rispondere penalmente taluno per effetti sull'economia collettiva che potrebbero derivare non dalla sua condotta, ma soltanto dal cumulo con una cospicua serie di condotte altrui²⁰.

¹⁷ In senso favorevole M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., pp. 996-997, che ritiene in via di principio non illegittima la previsione di sanzioni penali - ad esempio in rapporto al consumo di droghe o al "fumo c.d. attivo" - fondata sull'argomento dei costi per la collettività, ossia sulla tutela dell'economia collettiva. Gli esempi potrebbero continuare, ipotizzando la previsione di sanzioni penali nelle note ipotesi dell'obbligo di indossare il casco a bordo di motocicli (in tal senso ancora ROMANO, op. loc. ult. cit.) o di allacciare le cinture di sicurezza in auto.

¹⁸ Si pensi, ancora, al modello delineato da PLATONE, *Repubblica*, lib. III, cap. XIII, 403c-405a, in particolare circa l'alimentazione e la ginnastica dei 'guardiani'. Anche B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., p. 239, rileva il rischio di un controllo ossessivo sulla vita privata ed aggiunge che oltretutto non sempre condotte autolesive, in particolare suicide, costituiscono, in termini meramente economici, un costo per la collettività.

¹⁹ Un discorso analogo vale per quella funzionalizzazione dell'individuo a scopi sociali, secondo cui la persona dovrebbe tenersi in 'efficienza' per servire alla collettività; ma, come afferma FEINBERG, op. ult. cit., pp. 21 ss., salve situazioni estreme definite "garrison thresholds", ovvero situazioni come quella di una guarnigione sotto attacco, bisogna partire dal presupposto secondo cui singole condotte autolesive non possono considerarsi realmente pericolose per l'intera collettività.

²⁰ L'argomento seriale o cumulativo, com'è noto, è stato impiegato in dottrina per sostenere la legittimità di reati di pericolo astratto e presunto; in proposito, cfr. criticamente, per tutti, cfr. spec. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino 1973, pp. 81 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.* 1969, pp. 5 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 184 ss. Quell'argomento appare improponibile in diritto penale, nella misura in cui lo si impieghi per farne discendere una responsabilità sproporzionata al fatto commesso, in sé inoffensivo – in contrasto, quindi, con i principi di proporzione

Incidentalmente, si può inoltre osservare che, data l'enorme espansione della sfera del punibile che ne deriverebbe, si tratterebbe di interventi penali destinati all'ineffettività, come sovente accade con il proibizionismo; la loro valenza meramente simbolica, illusoria darebbe vita ad un inganno incompatibile con una legittimazione autenticamente democratica del diritto penale, che passa per la sua effettiva utilità alla tutela di beni giuridici²¹.

La tutela dell'economia collettiva va, dunque, affidata a strumenti non invasivi della libertà personale, quali campagne di informazione e di prevenzione. Strumenti blandamente incidenti su altri diritti della persona, come sanzioni amministrative pecuniarie o interdittive, ad esempio per il consumo di sostanze gravemente pericolose per la salute o per la guida senza casco o cintura di sicurezza, sembrano anch'essi potersi fondare – come si vedrà in seguito – piuttosto su una forma lieve di protezione paternalistica della persona che sul prevalere dell'interesse collettivo rispetto a quello individuale²².

ed offensività - ed una strumentalizzazione del singolo per finalità di prevenzione generale, contraria agli artt. 2 e 27, co.1 e 3 Cost. Infatti, si vorrebbe far rispondere penalmente l'autore di un fatto in sé inoffensivo, sulla base dell'ipotesi per cui, se lo realizzassero molte persone, sorgerebbe un pericolo – una sorta di responsabilità per 'ipotetico' fatto altrui! -; ed una tale punizione, ingiustificata di fronte al singolo in quanto sproporzionata al fatto commesso, è rivolta al solo fine di intimidire (o orientare) la generalità dei consociati. Seguendo l'idea 'cumulativa', si potrebbe sanzionare penalmente chi parcheggia in doppia fila – se lo facessero tutti, si paralizzerebbe la circolazione – o chi lascia una busta di plastica in un'area di verde pubblico, e così via.

L'insostenibilità dell'argomento della cumulatività o serialità quale fondamento della punibilità di condotte individualmente innocue o lontane dall'offesa concorre a mostrare come i concetti di bene giuridico ed offesa, se correttamente impiegati – ad esempio tenendo conto dei principi di cui agli artt.25 co.2, 27 co.1 e 3 Cost. – possono mantenere la propria funzione critica sottraendosi al rischio della manipolabilità, paventato, ad es., da FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale*, cit., pp. 21-23, proprio in considerazione dell'esistenza di posizioni pseudoliberali che, facendo leva su danni remoti e seriali, mirano a punire condotte inoffensive per altri - quali il consumo di alcool e droghe - pur senza negare in astratto il c.d. *harm principle*.

²¹ In proposito, cfr. per tutti C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, pp. 430 ss.

²² Sulla differenza tra le due prospettive cfr. *supra*, note 16-17 e testo corrispondente.

2.3. Paternalismo vs. disponibilità dei beni giuridici individuali

a) Dal primato costituzionale della persona e dalla connessa concezione personale di bene giuridico deriva, come si è accennato, che i beni superindividuali vanno visti nel loro nesso inscindibile con la persona; vanno, in tal senso, 'funzionalizzati' alla persona. Si tratta del procedimento opposto a quello seguito nel codice Rocco - ma talora adottato anche nella legislazione repubblicana -, che tende a vedere gli stessi beni della persona come tutelati nella misura in cui ciò sia funzionale ad interessi statuali, ovvero li 'funzionalizza' alla tutela di beni superindividuali, fino a procedere alla già citata pubblicizzazione artificiale degli oggetti della tutela.

Uno degli effetti di tale pubblicizzazione artificiale - oltre a quello, ben noto, di rendere punibili, in quanto offensive di pseudo-beni giuridici superindividuali, condotte inidonee ad offendere o ancora sideralmente lontane dall'offendere, in modo empiricamente verificabile, beni personali - risulta particolarmente rilevante nella discussione intorno a paternalismo e diritto penale. L'effetto in questione è quello di sottrarre il bene giuridico alla disponibilità del titolare.

Il riferimento, nel codice Rocco come nella legislazione repubblicana, a beni giuridici artificiali quali l'ordine pubblico, la 'sicurezza'²³, l'economia pubblica, la moralità pubblica, l'integrità della stirpe, comporta la rimozione della titolarità individuale di beni giuridici e, quindi, il venir meno del potere di disposizione della persona sui propri beni. Di quei beni superindividuali artificiali nessuno può disporre, men che mai una singola persona, che non ne è titolare.

Ciò dà luogo ad effetti funzionalmente equivalenti a quelli del paternalismo: anziché sostenere che il singolo non possa disporre dei propri beni, allorché ciò contrasta con il suo vero bene, si afferma che egli non sia il titolare di quei beni e, perciò, non possa disporne.

Così, ad esempio, secondo l'art.552 del codice Rocco, "*procurata impotenza alla procreazione*", abrogato con la l. n. 194/1978, colei che volesse perdere la capacità di procreare - attraverso la c.d. chiusura delle tube - non poteva farlo, perché non disponeva di un proprio bene giuridico; al contrario, sia lei, sia chi le avesse procurato, con il suo

²³ Sulla sicurezza come presunto bene giuridico sia consentito rinviare al nostro *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in: *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA, München, ed. Beck, 2009, pp. 111 ss. e in: *Crit. dir.* 2009, pp. 43 ss., con i necessari riferimenti bibliografici.

consenso, tale incapacità di procreare risultavano punibili, in quanto la condotta di entrambi offendeva il bene superindividuale artificiale dell'“*integrità della stirpe*”, al quale veniva ricondotto l'interesse demografico dello Stato.

Per altro verso, la predetta pubblicizzazione opera, nel codice Rocco, anche nel senso di contribuire a rendere indisponibili beni riconosciuti quali individuali: si pensi solo alle norme in tema di omicidio del consenziente, art.579 c.p., ed istigazione o aiuto al suicidio, art.580 c.p., in rapporto alle quali, per giustificare l'indisponibilità del bene vita, si affermava che quest'ultimo fosse un bene non solo individuale, ma anche statale²⁴.

In relazione alla cessione ed al consumo di stupefacenti, l'adozione, avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale²⁵, di beni giuridici superindividuali artificiali quali l'ordine pubblico, la sicurezza e la salute pubblica, necessariamente indisponibili, comporta la punibilità di condotte consensuali e l'assoggettabilità dello stesso consumatore di stupefacenti a sanzioni amministrative, sostanzialmente in quanto egli viene considerato quale un concorrente, sia pure non punibile, all'offesa di un bene giuridico superindividuale. A conseguenze diverse si dovrebbe pervenire, qualora si riconoscesse che il bene tutelato dall'art.73 d.lgs. n.309/1990 e dall'intera normativa in materia di stupefacenti è la salute individuale, ossia un bene disponibile, sicuramente almeno in parte.

b) Sgombrato il campo da quei falsi beni giuridici superindividuali risultanti da una pubblicizzazione artificiale, si pone la questione dell'ambito di disponibilità dei beni riconosciuti quali individuali; è questo il problema al quale si riferisce specificamente la disputa tra liberalismo e paternalismo.

Al riguardo, dai principi costituzionali emerge un'opzione fondamentale: quella per la libertà morale, per l'autonomia della persona. Essa risulta dal collegamento sistematico tra il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, art.2, e della libertà personale quale inviolabile, art.13 Cost., e i principi di laicità e pluralismo: alla persona non possono essere imposte dall'esterno le sue scelte esistenziali, fintanto che la sua condotta non offenda beni di altri consociati. L'autonomia della persona, suo diritto fondamentale, è violata quando la persona stessa venga ridotta a cosa, ossia

²⁴ Cfr. per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 9^a ed. integrata e aggiornata a cura di L. CONTI, Milano 1986, p. 38.

²⁵ V. Corte cost., sent. 10-11 luglio 1991, n. 333, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 293.

assoggettata a decisioni autoritative, anziché libere, intorno al suo stesso essere, fondate su ciò che altri ritengano essere il suo 'vero bene'²⁶. In tal senso, il concetto, di per sé ambivalente, di dignità

²⁶ Ciò corrisponde alla concezione 'liberale' elaborata da STUART MILL, *Sulla libertà* (1859), trad. it. della 4^a ed. con testo originale a fronte, 4^a ed., Milano 2010, p. 55: "L'unico motivo per cui il potere può essere legittimamente esercitato su qualsiasi membro della comunità civilizzata, è quello di prevenire un danno agli altri (*harm to others*). Il bene dell'individuo, sia fisico sia morale, non costituisce una giustificazione sufficiente dell'interferenza. Un individuo non può essere costretto o impedito a fare qualcosa per il fatto che ciò sarebbe meglio per lui, o perché ciò lo renderebbe più felice, oppure perché agire così, almeno secondo l'opinione degli altri, sarebbe saggio e persino giusto [...]. Il solo aspetto della condotta per cui si è responsabili di fronte alla società è quello che concerne gli altri. Per la parte che riguarda solo se stesso, l'indipendenza dell'individuo è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente l'individuo è sovrano". Peraltro, il cosiddetto *harm principle* appare prossimo al principio di dannosità sociale, affermato da Grozio - v. in proposito S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, p.61 - e ripreso, com'è noto, dal pensiero illuminista; cfr. sul punto C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I*, 4^a ed., München 2006, p. 54; B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., pp. 222 ss.

Per considerazioni analoghe a quelle svolte nel testo, v. A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., pp. 105 ss.; per un diverso ordine d'idee, cfr. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in: G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., pp. 72-73, secondo cui, in opposizione alla visione di Feinberg, che viene accostata al "conseguenzialismo" ed al "welfarismo", le persone non dovrebbero essere viste solo come protese a realizzare il proprio interesse, ma anche come "agency", "ossia nella loro capacità "di dar forma a obiettivi, impegni, valori"". A p. 80, l'Autore afferma: "Compito del diritto penale diverrebbe allora quello di recare un contributo a che si sia in grado di sviluppare le proprie potenzialità umane nelle forme dell'organizzazione sociale"... "l'uomo realizza le proprie potenzialità nel modo più significativo proprio nel processo attraverso il quale giunge a sviluppare tali risorse e capacità, rendendosi un membro funzionante e partecipe della comunità". Una simile definizione dell'uomo - "membro funzionante e partecipe della comunità" - rammenta orientamenti di pensiero ed esperienze ordinamentali di tipo autoritario; in proposito v. *supra*, nota 10 e testo corrispondente. Critico in rapporto alla posizione di Forti pure G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI, cit., p. 155.

umana, impiegabile sia per fondare l'autonomia della persona, sia, al contrario, per negarla alla luce di superiori doveri morali dell'essere umano²⁷, va inteso nell'unico modo compatibile con gli altri principi costituzionali della libertà di autodeterminazione, della laicità e del pluralismo: non sarebbe conforme a Costituzione imporre ad un essere umano, nelle sue scelte esistenziali, una certa concezione morale, per quanto dominante, considerandola l'unica 'degn'²⁸.

Il paternalismo penale, sia diretto che indiretto, contrasta con tali principi costituzionali.

Ulteriore argomento a sostegno dell'interpretazione sistematica tratteggiata è quello secondo cui la salute individuale viene definita dall'art.32 co.1 Cost. quale diritto e non dovere, ed al secondo comma vengono vietati trattamenti sanitari obbligatori qualora contrastino con il rispetto della persona: ciò, com'è stato rilevato, comporta la liceità di quei soli trattamenti obbligatori volti a tutelare terzi, ad es. da pericoli di contagio²⁹.

Correttamente gli artt.2, 3, 13, 32 Cost. vengono richiamati nella nota sentenza Welby in tema di eutanasia³⁰, affermando il diritto di rifiutare le cure e, quindi, di decidere di morire e, corrispondentemente, la non punibilità del medico che interrompa un trattamento salvavita con

²⁷ Sul punto cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in S. CANESTRARI, L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., pp. 342 ss.; W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in: *Ars interpretandi*, 2005, pp. 129 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, cit., pp. 317 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; v. pure A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 104, n. 52.

²⁸ Nello stesso senso A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 105; S. TORDINI CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, cit., p. 331.

²⁹ Cfr. VINCENZI AMATO, *Art.32 co.2*, in: G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna 1976, pp. 170 ss.

³⁰ Trib. Roma, 23 luglio 2007, n.2049, in: *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, pp. 437 ss.; in proposito e sulla sent. Cass., sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in: *Foro it.* 2007, I, pp. 3025 ss., relativa al caso Englaro, cfr. spec. S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., p.180 ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in: *Cass. pen.* 2007, pp. 902 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in: *Dir. pen. proc.* 2007, p. 1561; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in: *Dir. pen. proc.* 2007, pp. 5 ss.

il consenso del paziente. In tale settore, si è dunque negata la legittimità del paternalismo indiretto³¹.

Per quel che concerne in particolare la materia degli stupefacenti, tra gli argomenti in favore di una legalizzazione rientra quello che fa leva sul diritto della persona di disporre della propria salute: se è lecito decidere di morire o tentare il suicidio, lo è anche porre (soltanto) in pericolo la propria salute, assumendo sostanze tossiche - si tratti di stupefacenti, di alcolici, di tabacco - oppure adottando altre abitudini di vita insalubri, quali la sedentarietà o continui eccessi alimentari determinanti obesità.

Dunque, non soltanto il consumo, ma anche la cessione consensuale di stupefacenti dovrebbe essere lecita, come lo è quella di tabacchi ed alcolici; sempre che, naturalmente, sussistano tutti i requisiti di un valido consenso, in termini di età, capacità, legittimazione, assenza di vizi della volontà. In tal senso, il cosiddetto "paternalismo debole" (o "soft"), ossia quello che interviene, anche penalmente, per proteggere la persona qualora la sua 'scelta' sia non autonoma, ma viziata nei termini appena menzionati, non è vero paternalismo, ma mira a garantire le condizioni di scelte realmente autonome, personali³².

c) Alle considerazioni svolte va aggiunto che, in relazione alla materia degli stupefacenti, si prospetta un vero e proprio paradosso dell'impostazione paternalistica: essa pretende, infatti, di tutelare l'assuntore di droghe attraverso la punibilità della cessione (paternalismo indiretto), se non anche del consumo stesso (paternalismo diretto). Ma gli effetti del proibizionismo, come viene ormai diffusamente riconosciuto, sono negativi sia per la collettività - specie per il rafforzamento della criminalità organizzata, grazie ai proventi del narcotraffico -, sia, in particolare, proprio per l'assuntore che si assume di voler 'proteggere': quest'ultimo viene esposto a gravissimi rischi per la vita e per la salute legati alla provenienza delle

³¹ Ciò, beninteso, fintanto che sussista un consenso pienamente valido, non viziato, ad esempio, da incapacità, vizi della volontà, abuso di condizioni di bisogno economico: in tali ipotesi l'esclusione della liceità dell'eutanasia può fondarsi su un "paternalismo debole" (o "soft"), come si dirà fra breve.

³² J. FEINBERG, op. ult. cit., pp. 12 ss.; in proposito v. pure A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., pp.93-94; cfr. in senso analogo S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., p. 185; G. FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale*, cit., p. 5 nota 11; M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., pp. 987-988; B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., p. 236.

sostanze da un venditore criminale e, in particolare, all'assenza di qualsiasi controllo sulla sostanza assunta; all'aumento del prezzo delle sostanze ed alla conseguente induzione a commettere reati per acquistarle, e così via³³.

Il paternalismo, in tema di stupefacenti, si rivela ipocrita e "inumano"³⁴, sacrificando persone in carne ed ossa ad una visione ciecamente eticizzante.

2.4. Paternalismo, solidarietà e stato sociale di diritto

Un'ulteriore opzione politica fondamentale ricavabile dalla Costituzione, che assume rilievo in tema di paternalismo e disciplina degli stupefacenti, è quella nel senso della solidarietà e dell'eguaglianza sostanziale.

Come si cercherà di approfondire tra breve, nello stato sociale di diritto delineato dalla Legge fondamentale, è compito dei consociati e delle istituzioni pubbliche: a) garantire condizioni effettive di libertà e, quindi, di autonomia ed autoresponsabilità della persona e contrastare lo sfruttamento di soggetti deboli; b) intervenire per superare progressivamente condizioni personali, economiche e sociali di disagio, non insovente causa dell'assunzione di sostanze stupefacenti; c) offrire, solidaristicamente, aiuto – ma non, invece, imporlo coattivamente, in modo 'paternalistico' - a quelle persone che pongano in essere condotte autolesive.

Ciò risulta in maniera evidente soprattutto dagli artt.2 – che richiama all'adempimento di "*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*" – e 3 co.2 Cost.; ma, in relazione al tema delle sostanze stupefacenti, assume rilievo anche il dato per cui la salute, pur essendo un diritto e non un dovere, è pure "interesse della collettività", art.32 co.1 Cost.

³³ Sul punto, sia consentito il rinvio al nostro *Ansätze zur Kritik des Drogenstrafrechts – aus einer italienischen Perspektive*, in: *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, a cura di M. HEINRICH, C. JÄGER, H. ACHENBACH, K. AMELUNG, W. BOTTKE, B. HAFFKE, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER, Berlin-New York 2011, pp. 1744 ss.

³⁴ B. HAFFKE, *Drogenstrafrecht*, in: *ZStW* 1995, p. 786; cfr. pure D. HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale" di Joel Feinberg*, in: A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, cit., p. 32: "*Fino a che punto i proibizionisti sono in grado di tollerare conseguenze dannose ai consumatori di droga e alla società pur di impedire agli individui di far uso di droghe? [...] Coloro che puniscono i consumatori di droga realizzano un'azione molto più immorale di quella posta in essere dai consumatori stessi*", in quanto promuovono un intervento penale inefficace, anzi controproducente e criminogeno.

Al paternalismo non si oppone, dunque, in un ordinamento da stato sociale di diritto, semplicemente il liberalismo: alla componente liberale si affianca, infatti, quella egualitaria e solidaristica, e tutte devono convergere nel senso di garantire i diritti della persona, di tutte le persone.

a) In particolare, il compito, per individui ed istituzioni, di garantire l'effettiva autonomia della persona e di contrastare lo sfruttamento di soggetti deboli implica, in primo luogo, doveri di educazione dei minorenni e di informazione e sensibilizzazione anche di soggetti adulti, volti a garantire la possibilità di scelte individuali informate e responsabili, anche, per quel che qui interessa, in rapporto all'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti.

L'informazione e la sensibilizzazione in rapporto ai rischi per sé stessi legati a determinate condotte potrà anche spingersi fino al limite estremo di prevedere, quando sono in pericolo beni fondamentali della persona, lievi sanzioni extrapenali quale strumento mite di persuasione: è quello che accade, ad esempio, nei noti esempi dell'obbligo di indossare il casco su motoveicoli o di allacciare le cinture di sicurezza in auto. Condivisibilmente, in proposito, si è osservato come si tratti del limite estremo fino al quale può spingersi un ordinamento liberale, fondato sull'autonomia della persona, in quanto si tratti di un sacrificio minimo, costituito da una sanzione pecuniaria amministrativa, volto alla tutela da pericoli gravi ed immediati per la stessa vita³⁵. Un limite raggiungibile da un ordinamento solidaristico, al costo di essere definito blandamente 'paternalistico'; ma un limite invalicabile, al di là del quale – come nel caso di sanzioni amministrative più severe³⁶ o di sanzioni

³⁵ Condivisibilmente in tal senso A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., pp. 230-232; B. SCHÜNEMANN, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus*, cit., pp. 239-240; cfr. pure D. HUSAK, *Droge illecite*, cit., pp. 18-19, laddove l'Autore opportunamente distingue le ipotesi del casco e della cintura di sicurezza da quella del consumo di stupefacenti, in rapporto alla quale la pericolosità della condotta dipende dalla sostanza e dalla modalità di assunzione e, soprattutto, è fortemente dubbia l'efficacia della sanzione amministrativa. Sull'inefficacia dell'attuale disciplina, anche amministrativa, in materia di stupefacenti, sia consentito rinviare ancora al nostro *Ansätze zur Kritik des Drogenstrafrechts – aus einer italienischen Perspektive*, loc. cit.

³⁶ Come quelle previste dagli artt.75 e 75-bis del vigente t.u. in materia di stupefacenti; cfr. in proposito le puntuali critiche di RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in: *Riv. it. dir. proc. pen. 2006*, pp. 246 ss.; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Uno sguardo*

penali – risulterebbe rovesciato il primato costituzionale della persona e della sua autonomia sull'interesse della collettività.

In secondo luogo, occorre garantire che i singoli atti di disposizione dei propri beni siano realmente espressione di autonomia³⁷. In particolare, tra i limiti di validità del consenso a condotte lesive o pericolose altrui, meritano speciale considerazione quelli apposti allo scopo di evitare che il richiamo 'liberale' al potere di disposizione individuale celi realtà di sfruttamento di – o anche solo di abbandono a - condizioni personali o sociali di debolezza³⁸: in tal senso, i classici limiti richiamati nell'interpretazione dell'art.50 c.p. – in relazione ad età, capacità e legittimazione del consenziente ed all'assenza di violenza, errore ed inganno – vanno integrati, tra l'altro, in particolare con l'esclusione della validità del consenso in presenza dell'abuso di una condizione di bisogno economico del titolare del bene.

Si tratta di limiti di validità che, come si è accennato, vengono definiti quali forme di paternalismo debole (o *soft*), ma che si fondano invece su basi autenticamente liberali e personalistiche, ossia sull'esigenza di garantire un'effettiva libertà di tutti.

b) Il compito, spettante alle istituzioni pubbliche e ai consociati, di aiutare a superare progressivamente condizioni personali, economiche e sociali di debolezza³⁹, che, tra l'altro, possono talora indurre all'assunzione di sostanze stupefacenti, richiede un complesso di politiche da stato sociale: politiche redistributive del reddito, politiche del lavoro, forme di sostegno dell'inclusione sociale quali il reddito di cittadinanza, attivazione di interventi e risorse destinati a rafforzare i

d'insieme alla nuova normativa, in: G. INSOLERA (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano 2008, pp. 11-12.

³⁷ Sulla centralità del problema della reale volontarietà del consenso v. ad es. A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale*, cit., 233 ss. Ad esso, Feinberg dedica ben sette degli undici capitoli di *Harm to Self*, cit. Relativamente alla cessione di stupefacenti, naturalmente la presenza di un consenso valido va esclusa se e fintanto che una condizione attuale di dipendenza pregiudichi l'autonomia dell'assuntore; ma ciò, ovviamente, non vale in tutte le ipotesi, tutt'altro che infrequenti, in cui tale dipendenza non si presenta affatto – come ad es. in rapporto ai derivati della cannabis -, oppure non pregiudica comunque la volontarietà della condotta al momento del fatto.

³⁸ Condividono tale preoccupazione CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., p. 19; S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale*, cit., pp. 183, 185; e, diffusamente, L. CORNACCHIA, *Placing care*, cit., pp. 260, 262 ss.

³⁹ V. sul punto le considerazioni di L. CORNACCHIA, *Placing care*, pp. 272-274.

servizi sociali territoriali, e così via. L'intervento penale in materia di stupefacenti appare, invece, ancora una volta, come il frutto di un sottrarsi della società e delle istituzioni pubbliche ai propri compiti⁴⁰.

c) Il compito di offrire, solidaristicamente, aiuto – senza imporlo coattivamente – a quelle persone che pongano in essere condotte autolesive, in termini di danno o di pericolo per sé stessi, deve tradursi, come in parte avviene, in interventi di assistenza sociale, psicologica e sanitaria.

L'assistenza sanitaria, in particolare, è rivolta – come dev'essere considerato scontato in uno stato sociale di diritto – anche agli autori di condotte pericolose o dannose per la propria salute, quali l'iperalimentazione, il fumo, l'abuso di alcolici e/o stupefacenti.

Inoltre, dal momento che dottrina e giurisprudenza prevalenti correttamente riconoscono, a partire dai principi costituzionali in precedenza richiamati, un diritto del paziente di rifiutare le cure e, quindi, di morire, le istituzioni pubbliche non possono imporre ad alcun essere umano di curarsi e di vivere, ma hanno il dovere di assisterlo rispettandone le scelte esistenziali: in particolare, il dovere di offrire assistenza sanitaria, psicologica – il benessere psichico, infatti, è componente essenziale di quella salute che le istituzioni hanno il dovere di tutelare –, sociale ed economica. Probabilmente, se quell'offerta di assistenza fosse reale ed appropriata, vi sarebbero meno richieste di eutanasia; e, in materia di stupefacenti, vi sarebbero più persone che smettono di assumere droghe.

Ma anche in rapporto a coloro che persistano nella propria scelta esistenziale autolesiva, le istituzioni hanno il dovere di prestare assistenza, rispettandola ed intervenendo su quegli effetti pregiudizievoli non voluti dal paziente: si pensi, per chi rifiuta le cure, anche a costo di morire, alla terapia del dolore; e, per l'assuntore di stupefacenti, agli interventi di cosiddetta riduzione del danno.

All'assuntore, anche tossicodipendente, non si può imporre di smettere – imposizione, che, del resto, sarebbe inefficace –, neppure gradualmente, ovvero attraverso la somministrazione di sostanze 'a scalare' – anch'essa dimostratasi spesso inefficace⁴¹ -: gli si può e gli si

⁴⁰ Cfr. C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 41: "La "fuga nel diritto penale" significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti di conformazione politico-sociale".

⁴¹ Il principale inconveniente della somministrazione di metadone 'a scalare' è, infatti, che il tossicodipendente finisce per aggiungere alle dosi ridotte di metadone, avvertite come insufficienti, eroina acquistata sul mercato illegale;

deve, invece, offrire assistenza nel rispetto delle sue scelte esistenziali. Ciò può avvenire, anzitutto, diminuendo, attraverso strategie di c.d. riduzione del danno ed in particolare la somministrazione controllata di stupefacenti, gli effetti pericolosi o dannosi dell'assunzione sul mercato illegale di tali sostanze: si pensi specialmente all'overdose ed al contagio HIV e di epatite legato alle modalità di assunzione⁴². Inoltre, attraverso la cura delle patologie legate all'assunzione e l'assistenza psicologica, sociale ed economica, occorre scongiurare gli effetti di emarginazione e di decadimento fisiopsichico legati alla tossicodipendenza; solo su tali basi, ad avviso di chi scrive, si potrà tentare di motivare l'assuntore all'autoemancipazione ed al reinserimento sociale.

cfr. S. PICCONE STELLA, *Droghe e tossicodipendenza*, 2^a ed., Bologna 2002, p. 120.

⁴² Sui programmi di riduzione del danno e sulla loro efficacia cfr. fra gli altri G. ARNAO, *Perché legalizzare la droga significa ridurre la pericolosità*, in: L. MANCONI (a cura di), *Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione*, Milano 1991, pp. 84 ss.; S. PICCONE STELLA, *Droghe e tossicodipendenza*, cit., pp. 105 ss.