

SU PATERNALISMO
E ANTIPATERNALISMO
GIURIDICO NELL'OTTICA
DI UN PENALISTA

A PROPOSITO DEL LIBRO
DI GIORGIO MANIACI,
*CONTRA EL
PATERNALISMO JURÍDICO*

GIOVANNI FIANDACA



Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista
A proposito del libro di Giorgio Maniaci, *Contra el paternalismo jurídico*

On Legal Paternalism and Antipaternalism from the Perspective of a Criminal Lawyer
On Giorgio Maniaci's, *Contra el paternalismo jurídico*

GIOVANNI FIANDACA

Emerito di Diritto penale, Università degli studi di Palermo.

E-mail: giovanni.fiandaca@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo, l'autore si domanda se la giustificazione del *soft paternalism* di Feinberg sia migliore di quella dell'antipaternalismo moderato di Maniaci. In seguito, analizza brevemente due sentenze sul suicidio assistito, rispettivamente della Corte costituzionale italiana, del 2019, e della Corte Costituzionale tedesca, del 2020, concludendo che Maniaci preferirebbe le idee della Corte Costituzionale tedesca.

In this article, the author presents some doubts on whether the justification of Feinberg's soft paternalism is better than the justification of Maniaci's moderate antipaternalism. After that, he briefly analyses two judgments on assisted suicide: one by the Italian Constitutional Court from 2019, and another by the German Constitutional Court from 2020, concluding that Maniaci mostly likely shares the ideas of German Constitutional Court.

KEYWORDS

Feinberg (Joel), suicidio assistito, paternalism *soft*

Feinberg (Joel), assisted suicide, soft paternalism

Su paternalismo e antipaternalismo giuridico nell'ottica di un penalista

A proposito del libro di Giorgio Maniaci,
Contra el paternalismo jurídico

GIOVANNI FIANDACA

1. *Premesse* – 2. *Sintesi dell'approccio teorico di Giorgio Maniaci* – 3. *Paternalismo e antipaternalismo nelle questioni di fine-vita anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale.*

1. *Premesse*

Il libro di Giorgio Maniaci *Contra el paternalismo giuridico*, apparso nel 2012 e ripubblicato in lingua spagnola nel 2020 con integrazioni e l'aggiunta di un nuovo capitolo (dedicato ad alcune scoperte delle scienze cognitive circa gli errori che di frequente inficiano i nostri ragionamenti quotidiani), offre elementi e spunti di riflessione utili anche agli studiosi di diritto penale: i quali (compreso chi scrive) hanno rivolto maggiore attenzione al tema del paternalismo in particolare nell'ultimo quindicennio, con contributi sollecitati per un verso da un confronto critico con l'imponente riflessione di Joel Feinberg sui "limiti morali" del diritto penale e, per altro verso, dalla sempre più pressante emersione anche nella prassi giudiziaria delle spinose questioni di fine-vita.

Esplicitare le ragioni di questo accresciuto interesse scientifico è, forse, superfluo. I temi e i problemi solitamente discussi sotto l'etichetta "paternalismo" incrociano, sotto diversi aspetti, questioni di fondo relative alla *legittimazione* sostanziale – sul duplice versante teorico e politico – delle leggi penali nell'ambito di una democrazia liberale (o, se si preferisce, costituzionale): sulla base di quali principi o criteri vanno stabiliti i contenuti e tracciati i confini di una tutela penale non arbitraria né (soverchiamente) autoritaria, ma *legittima* anche perché sufficientemente rispettosa dei diritti costituzionalmente garantiti, nel cui novero rientra appunto – non ultimo – il diritto all'autonomia e all'autodeterminazione di ogni persona adulta? Com'è noto, si tratta di questioni di fondo che, nell'area europeo-continentale, vengono prevalentemente affrontate nell'ottica della cosiddetta teoria del bene giuridico, successivamente riveduta in chiave costituzionale, mentre nell'area anglo-americana sono tradizionalmente discusse alla stregua di principi di criminalizzazione che – a loro volta – affondano le radici nelle differenti premesse politico-culturali di partenza, come emerge con emblematica evidenza a proposito del famoso "principio del danno ad altri" difeso e teorizzato dagli autori di orientamento liberale a partire da John Stuart Mill¹.

Nell'ambito dell'amplissima rivisitazione teorica dei criteri di criminalizzazione delle condotte umane effettuata nei quattro volumi della nota opera *The Moral Limits of the Criminal Law*, venuti progressivamente alla luce negli anni '80 dello scorso secolo, Joel Feinberg assegna – non a caso – al *legal paternalism* il ruolo di un autonomo criterio selettivo di condotte punibili, accanto all'altro principio di ispirazione anch'essa conservatrice del *legal moralism*: ai quali il giusfilosofo statunitense contrappone i due principi liberali dell'*harm to others* e dell'*offense to others*, così pro-

¹ Come ho più volte rilevato, la teorizzazione europeo-continentale incentrata sulla categoria concettuale del "bene giuridico" soltanto apparentemente riflette una concettualizzazione di tipo dogmatico assiologicamente neutrale, dal momento che anch'essa sottintende – nella molteplicità delle versioni in cui è stata via via formulata – opzioni politico-ideologiche e orientamenti culturali di fondo, ancorché non sempre esplicitati; mentre le teorie di legittimazione del diritto penale di area anglo-americana, al confronto, esibiscono più apertamente le matrici politico-culturali o filosofiche da cui prendono le mosse: cfr. ad esempio FIANDACA 2008, 153 ss.

spettando fondamentalmente nell'insieme quattro diversi possibili principi di giustificazione della punibilità, non necessariamente alternativi ma eventualmente concorrenti². Ma fino a che punto è giustificato far assurgere il paternalismo giuridico a principio autonomo di legittimazione di precetti penali, posto sullo stesso piano di altri principi? Si tratta di un principio che ha la stessa forza e consistenza – *mutatis mutandis* – del principio ad esempio del danno, o dei criteri sviluppati in area europeo-continentale dalla teoria del bene giuridico?

A ben vedere, si può anche adottare una prospettiva visuale che tende a concepire il principio paternalistico non già quale principio autonomo di criminalizzazione collocabile accanto ad altri principi concorrenti, bensì quale principio che interagisce con principi dotati rispetto ad esso di più forte e assorbente valenza orientativa ai fini della selezione dei legittimi contenuti della tutela penale: in questo diverso orizzonte prospettico, sotto l'etichetta di paternalismo (o antipaternalismo) giuridico vengono in rilievo aspetti problematici che attengono al possibile rilievo da attribuire alla volontà e all'autodeterminazione dei soggetti titolari di beni o interessi già giudicati *prima facie* come meritevoli di protezione alla stregua dei principi di penalizzazione veri e propri o, comunque, di principi dotati di prioritaria e più generale portata selettiva del penalmente tutelabile (a cominciare proprio dal principio del danno ad altri)³.

2. Sintesi dell'approccio teorico di Giorgio Maniaci

Fatte queste premesse, accostiamoci più da vicino al libro di Maniaci cercando di fare una sintesi dei profili contenutistici che a nostro avviso più lo caratterizzano.

a) Comincio col rilevare che l'autore, nel ruolo di studioso di filosofia del diritto, sviluppa riflessioni trasversali ai vari settori ordinamentali, che si estendono quindi al di là del diritto penale strettamente inteso per coinvolgere potenzialmente ogni ambito giuridico in cui è previsto il ricorso a strumenti di tipo coattivo o *lato sensu* punitivo (come nel caso emblematico delle sanzioni amministrative). Se ciò è vero, è altrettanto vero però che i riferimenti anche impliciti al diritto penale occupano uno spazio non secondario almeno per due ragioni. Per un verso, perché la sanzione penale esemplifica in partenza la forma più intensa di coazione statale, e nel novero delle questioni più rilevanti ricorrentemente dibattute da paternalisti e antipaternalisti rientrano, appunto, fatti penalmente sanzionati in modo non lieve, come ad esempio l'omicidio del consenziente o l'aiuto al suicidio; e, per altro verso, per un motivo che lo stesso Maniaci esplicita nella parte finale delle sue considerazioni introduttive: l'aver cioè concepito il proprio libro come "una breve *glossa*" alla grande opera di Feinberg sui limiti morali del diritto penale, ovvero come un «tentativo di comprenderla e migliorarla». Anticipo subito che, se è apprezzabile l'intento di puntare a un miglioramento della teorizzazione feinberghiana, verificare con tendenziale obiettività se si tratti di un tentativo riuscito o meno mi pare impresa tutt'altro che agevole per una ragione forse intuibile. È infatti la stessa natura del tema in discussione a sollecitare approcci e modelli argomentativi influenzati, comunque, da pregiudiziali opzioni o simpatie politiche, giudizi di valore soggettivi e preferenze radicate nella sensibilità personale: sicché, lungi dal potersi pretendere di prospettare assunti dimostrabili con rigore scientifico, si può più modestamente puntare a sostenere – come, del resto, proprio Feinberg ha l'onestà intellettuale di ammettere⁴ – punti di vista che risultino più persuasivi o più plausibili rispetto a possibili punti di vista alternativi (ma anche questo confronto in termini di maggiore o minore persuasività risentirà, pur sempre, di margini di opinabilità soggettiva!).

² Per una ampia illustrazione e una approfondita analisi critica delle tesi di Feinberg cfr., nell'ambito della dottrina penalistica italiana, i contributi contenuti nei due volumi collettivi FIANDACA, FRANCOLINI 2008 e CADOPPI 2010. Si vedano altresì SERRAINO 2010; PULITANÒ 2011, 489 ss.

³ In termini analoghi, cfr. PULITANÒ 2011, 519 ss.

⁴ FEINBERG 1986, 52.

b) La definizione di *paternalismo giuridico* da cui si prendono le mosse nel primo capitolo lo identifica – nel solco di precedenti definizioni diffuse in letteratura – con una concezione etico-politica che autorizza lo Stato a impiegare strumenti coercitivi contro la volontà di un individuo adulto (capace di compiere scelte consapevoli, coerenti e libere da costrizione), al fine di evitare che questo stesso individuo cagioni a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno fisico, psicofisico o economico. Mentre per *antipaternalismo giuridico* viene intesa una concezione etico-politica che *contesta* il diritto dello Stato di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto allo scopo di evitare che questi si autodanneggi, qualora risulti certo o verosimile che la volontà di tale individuo si sia formata in maniera consapevole e razionale, sia basata sulla conoscenza di fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive. Ma attenzione: dal canto suo, Maniaci precisa e sottolinea che la definizione suddetta si riferisce non all'antipaternalismo in generale, bensì a quello che egli etichetta come antipaternalismo “moderato” e che intende far proprio e difendere in contrapposizione a una concezione antipaternalistica radicale o “hard” (che darebbe invece in ogni caso rilievo alla volontà individuale, qualunque sia e in qualunque modo si sia formata). Nella sostanza, l'orientamento “moderato” recepito nel libro qui in discussione appare invero analogo (come rileva lo stesso autore) a quello teorizzato da Joel Feinberg, ma con una differenza di etichettatura: il giusfilosofo statunitense (al contrario di Maniaci!) autodefinisce, infatti, la propria posizione “paternalismo moderato”. Certo, a prima vista può apparire discutibile che l'analogia sostanziale di due prese di posizione teoriche finisca con l'essere desumibile dall'impiego di un medesimo aggettivo (“moderato”) apposto a due concetti che, invece, contenutisticamente si contraddicono (paternalismo e antipaternalismo). Anche se Maniaci non si dilunga nell'approfondire la ragione della sua scelta definitoria, è fondatamente da supporre che questa risieda nel voler fugare il dubbio che il paternalismo *soft* costituisca pur sempre una forma di paternalismo. E la riprova possiamo, indirettamente, ricavarla dal fatto che è lo stesso Feinberg a riconoscere che alla propria teorizzazione si attaglierebbe meglio l'etichetta di “antipaternalismo *soft*”: solo che il giusfilosofo americano preferisce alla fine mantenere la distinzione convenzionale tra “*hard and soft paternalism*” per evitare che l'introduzione dell'etichetta di “antipaternalismo moderato” possa causare più confusione che chiarezza nel dibattito teorico⁵. In ogni caso, tutto ciò comprova che davvero rilevanti non sono le etichettature in sé stesse considerate, bensì i contenuti sottostanti!

c) Dopo le premesse definitorie, sempre nel primo capitolo si delimita il campo d'indagine ponendo in chiaro che non è obiettivo dell'autore procedere ad una discussione approfondita di tutti i possibili casi in cui una prospettiva di antipaternalismo moderato consentirebbe legittimamente allo Stato di usare mezzi coercitivi per ostacolare condotte autolesive: in luogo di una esaustiva trattazione casistica, si rinviene nel libro una analisi critica degli argomenti pro e contro il paternalismo giuridico, effettuata (soprattutto nel secondo capitolo) con prevalente riferimento al problema della giustificazione della coercizione statale attraverso l'impiego di sanzioni penali o anche extra-penali volte a impedire la produzione di danni o pericoli a sé stessi. Così delimitato il principale oggetto d'indagine, sempre nel primo capitolo si comincia a rivolgere l'attenzione al problema dei presupposti, in presenza dei quali si può ritenere che la volontà di un individuo adulto si formi in modo non solo consapevole ma anche libera da costrizioni. Per esplicitare alcuni aspetti impliciti in tale problema, nel paragrafo 3 si dà conto dell'esistenza nella letteratura filosofica di almeno due concezioni della coercizione o costrizione, rispettivamente soggettiva (o formale) e oggettiva (o sostanziale-valutativa, detta anche “moralizzata”), che nella loro unilateralità si espongono a obiezioni per ragioni diverse specificamente evidenziate nel libro: per cui Maniaci preferisce adottare una concezione “mista”, che faccia cioè interagire la dimensione soggettiva con quella oggettiva, l'una riferita alla pressione psicologica così come di

⁵ FEINBERG 1986, 16.

fatto autopercepita dal soggetto in questione (secondo i suoi vissuti interiori, desideri ecc.), l'altra rispecchiante invece l'uso sociale-valutativo del concetto di costrizione così come adottato dalla maggioranza delle persone anche sulla base di parametri morali o giuridici di giudizio. Per riportare le stesse parole di MANIACI (2012, 27):

«In conclusione, nei casi paradigmatici in cui trova applicazione una dottrina antipaternalista, la volontà di compiere un'azione pericolosa o dannosa per sé stessi deve essere *sufficientemente libera da pressioni coercitive*. Mentre il significato dell'espressione "pressione coercitiva" dipende da una concezione formale, l'aggettivo "sufficiente" consente di esplicitare, ove necessario, le considerazioni valutative relative all'accettabilità o meno della coercizione».

d) La parte più rilevante del libro – almeno ai miei occhi di penalista – è quella contenuta nel secondo capitolo, dedicato all'analisi dei principali argomenti rispettivamente adottati in letteratura pro e contro il paternalismo. Tra le premesse "metateoriche" che fanno da presupposto all'analisi, mi piace in particolare richiamare l'accento posto sul divario tra l'"efficacia retorica" e la reale "validità" degli argomenti in campo. Scrive Maniaci:

«Ci sono argomenti *retoricamente* molto diffusi, ma soprattutto considerati molto persuasivi nel dibattito politico, morale, giuridico. Purtroppo molti degli argomenti di fatto "persuasivi" non sono razionalmente *validi*. [...] L'argomento della dignità umana, quello della sacralità della vita umana, quello del bene comune, se e in quanto adottati a favore del paternalismo, sono argomenti fallaci o parassitari degli altri. Argomenti che, cioè, sono affetti da *petitio principii*, incoerenza o eccessiva indeterminazione» (MANIACI 2012, 52).

Tendenzialmente condivido questo rilievo critico, avendo a mia volta più volte stigmatizzato – tra l'altro – il frequente uso manipolatorio del valore della "dignità umana", reso possibile nell'ambito della stessa giurisprudenza costituzionale proprio dalla genericità, indeterminazione e polivalenza culturalmente condizionata del relativo concetto, strumentalizzabile addirittura per finalità opposte (cioè per portare argomenti sia a favore dell'intangibilità dei diritti individuali, sia a favore dell'ingerenza dei poteri statali in funzione di controllo o limite all'autonomia personale)⁶.

Ciò premesso, cerco di sintetizzare i tratti salienti della concezione di Maniaci, la quale emerge in larga misura dal confronto critico con le posizioni altrui.

In coerenza con l'orientamento antipaternalista, un ruolo centrale viene attribuito al valore dell'autonomia individuale, nella sostanza riecheggiando la nota concezione feinberghiana dell'autonomia come sovranità assoluta su sé stessi; e, nel contempo, riproponendo l'assunto che quello di autonomia è un concetto "complesso", comprensivo di molteplici presupposti, dei quali sono nel libro in particolare analizzati i seguenti quattro: razionalità della decisione (e dell'azione); sufficiente libertà da pressioni coercitive; conoscenza dei fatti rilevanti; stabilità nel tempo dei desideri. In proposito, si tratta di confrontarsi con una letteratura amplissima, a cominciare da quella pressoché sterminata relativa innanzitutto alla nozione di razionalità pratica, nel cui ambito – come Maniaci si preoccupa di rimarcare – si distinguono rispettivamente concezioni di tipo sia sostanziale (che cioè instaurano relazioni tra la razionalità e la sfera della moralità) sia formale (che si limitano invece a privilegiare la correttezza, la coerenza e l'assenza di contraddizioni nella procedura argomentativa, prescindendo da valutazioni sostanziali in chiave di meritevolezza o di censura circa le motivazioni, le preferenze personali e i desideri sottostanti alla scelta volontaria); e si distingue altresì tra razionalità e "ragionevolezza", traendone – come

⁶ Rinvio, tra le mie prese di posizione più recenti, a FIANDACA 2020a, 274 ss. e ulteriori riferimenti ivi contenuti.

ad esempio fa esplicitamente Feinberg⁷ – implicazioni differenziate in punto di ammissibilità o meno di interferenze paternaliste nell'altrui libertà di decisione e azione.

Dal canto suo, Maniaci fa propria una concezione “formale” e “limitata” della razionalità, alla cui stregua delinea una sintesi delle condizioni che rendono insufficientemente razionale, anche in una prospettiva antipaternalista, una data decisione (cioè psicopatologie permanenti o temporanee, immaturità psicologica da minore età, gravi *handicap* mentali, demenza senile ecc., nonché altri possibili *deficit* intellettuali o psicologici o cognitivi che impediscono di considerare volontaria, e dunque come autentica espressione di autonomia personale, determinate scelte o determinati tipi di azione). A mio avviso, più interessanti sono le considerazioni dedicate alla sufficiente libertà da pressioni coercitive, condizione che viene concettualizzata ricollegandola all'idea di autonomia, a sua volta integrata alla stregua di una concezione “liberal-egualitaria” nel solco di Rawls o di Dworkin. È ad una concezione di tal genere che Maniaci ritiene di potere far ricorso per cercare di risolvere casi notoriamente difficili da affrontare in una ottica antipaternalista, come ad esempio quello di Tizio, operaio privo di sufficienti risorse economiche, che decide di alienare un suo rene per sostenere le spese mediche relative al trapianto di cuore di cui necessita il figlio: Tizio subirebbe – in adesione all'impostazione teorica suddetta – un'ingiusta pressione coercitiva, tale da compromettere la libertà della scelta di alienare dietro corrispettivo il suo rene, qualora lo Stato (come invece dovrebbe fare) non garantisse una tutela effettiva dei suoi diritti fondamentali, tra cui quello alle prestazioni sanitarie. Ad una analisi particolareggiata di quattro problematiche tipologie casistiche, sulle quali ometto qui di soffermarmi anche perché per lo più prive di concreto interesse penalistico, è poi dedicato un capitolo autonomo (il terzo e il quarto nella rispettiva edizione italiana e spagnola del libro).

Quanto ancora alla stabilità nel tempo dei desideri, anche l'antipaternalista – rileva giustamente Maniaci – non può non prendere atto che si tratta di una condizione frequentemente messa in forse dal fatto che le nostre aspirazioni e i nostri desideri – anche quando non appaiono irrazionali né irragionevoli – spesso mutano per effetto dei condizionamenti altrui o della pressione delle circostanze; e che d'altra parte – aggiungerei a mia volta – la volubilità dei nostri stati emotivi è andata vieppiù accentuandosi nella società attuale, divenuta, per dirla con Bauman, sempre più “liquida” e sempre più abitata da sciame di individui in preda di incessanti desideri effimeri. Se così è, il rifiuto del paternalismo non può comportare un pregiudiziale disconoscimento di ogni preoccupazione volta a verificare se la volontà di compiere certe azioni, tanto più se gravi e produttive di conseguenze irreparabili, sia non già dovuta a suggestioni momentanee, bensì seria e durevole: al contrario, l'esigenza di prevenire il rischio che azioni gravemente autolesive vengano compiute in maniera troppo avventata può rendere legittima, anche agli occhi di un antipaternalista, l'imposizione di “periodi di riflessione” secondo modalità e tempi conformi allo scopo.

Ma non basta. Oltre al carattere non effimero della volontà, andrebbe altresì verificato che questa si formi sulla base di conoscenze rilevanti in rapporto all'azione da compiere. Perché non contrasta con l'antipaternalismo questa ulteriore verifica? Perché l'angolazione visuale con cui l'antipaternalista la effettua si farebbe carico del dubbio se lo stesso individuo ignaro di fatti rilevanti (ad esempio, che il fumo di 30 sigarette al giorno può provocare un cancro ai polmoni) vorrebbe pur sempre agire nel medesimo modo (fumare lo stesso quantitativo di sigarette), continuando a considerarlo conforme ai propri desideri o interessi, anche qualora venisse successivamente in possesso delle conoscenze mancanti: rileverebbe dunque – ancora una volta – non ciò che lo Stato o soggetti terzi con approccio paternalista ritengono corrisponda al migliore interesse o al benessere dell'individuo che sceglie di comportarsi in una certa maniera, ma in ogni caso il punto di vista soggettivo dell'agente in questione. Sicché, la limitazione della libertà individuale consentita dall'antipaternalismo non sfocerebbe in un sindacato sostanziale sul proget-

⁷ FEINBERG 1986, 106 ss., 126 ss., 132 ss.

to di vita o sulle preferenze e i desideri dell'agente concreto, bensì rimarrebbe di natura procedurale perché volta appunto a consentire un qualche procedimento di verifica o controllo circa la sufficienza delle basi cognitive possedute da chi si auto-espone a rischio. Attenzione, però: come in più punti si sottolinea nel libro, la procedura di verifica per risultare legittima non deve essere lunga, né a maggior ragione vessatoria. In proposito, vale la pena citare i passi che ben evidenziano, riassuntivamente, il pensiero di Maniaci nelle parti forse più convincenti:

«Se la tutela del valore dell'autonomia individuale implica il diritto di realizzare il proprio piano di vita, allora implica anche il diritto *ad essere lasciati in pace*. Quest'ultimo diritto è il diritto *a non essere lasciati soli*, che implica l'essere protetti da azioni autolesive compiute in condizioni di insufficiente razionalità, grave e incolpevole ignoranza dei fatti rilevanti, nonché la tutela di alcuni diritti fondamentali, come diritto alla vita, alla salute, rappresentano i due fuochi della concezione antipaternalista qui sostenuta» (MANIACI 2012, 92).

Lo stesso Maniaci, peraltro, ha lo scrupolo di chiedersi se questo suo orientamento teorico non mascheri in fondo una qualche forma di paternalismo, o nasconda una visione morale di tipo perfezionista secondo cui ciascun individuo sarebbe tenuto a evitare di comportarsi in modo superficiale, avventato, impulsivo. Siamo certi che esprimere preferenze e compiere azioni senza possedere alcune informazioni rilevanti equivalga, *ipso facto*, a manifestare una volontà non reale, non autentica, come sostiene ad esempio – tra altri – Feinberg, o sostenerlo significa appunto contraddire l'approccio antipaternalista? Volendo in parte differenziare la propria posizione da quella feinberghiana, Maniaci tende a distinguere – forse con eccesso di analiticità! – quattro categorie di individui (in estrema sintesi: 1. impulsivi razionalmente soddisfatti di esserlo; 2. impulsivi infelici di esserlo; 3. analfabeti, non responsabili della loro ignoranza, che sconoscono fatti rilevanti; 4. individui tendenzialmente non impulsivi, che fanno quello che vogliono e – se possibile – lo realizzano), per evidenziare in particolare quelle rispetto alle quali l'imposizione di brevi periodi di riflessione sarebbe compatibile col suo antipaternalismo: com'è intuibile, si tratta delle categorie 2 e 3, cioè degli individui impulsivi e scontenti e di quelli gravemente illetterati. È convincente questa sorta di perseguita via di mezzo rispetto all'orientamento di Feinberg? Lascio volutamente insoluto l'interrogativo.

3. Paternalismo e antipaternalismo nelle questioni di fine-vita anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale

Il libro qui in discussione – come già accennato – non è incentrato su di una analisi approfondita di quelle questioni problematiche che più specificamente interessano il penalista e che, com'è noto, negli ultimi anni hanno sempre più riguardato le drammatiche situazioni di fine-vita con particolare riferimento ai legittimi spazi di sopravvivenza delle tradizionali fattispecie criminose dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio; inoltre, la riflessione dell'autore è maturata anteriormente alla più recente giurisprudenza costituzionale in materia, che di conseguenza non ha potuto essere presa in considerazione nella stesura del suo lavoro. Nondimeno, e com'era del resto inevitabile, il libro abbonda di riferimenti esemplificativi a temi come l'eutanasia e il suicidio assistito, ancorché non approfonditi *ex professo* o sviluppati in forma sistematica: ed è anche per questo che non mi sembra un fuor d'opera dedicarvi spazio in questo paragrafo.

Anche tra noi penalisti, una premessa è abbastanza condivisa. Cioè la tutela tendenzialmente assoluta del bene della vita, tradizionalmente predisposta da figure criminose come quelle sudette anche a dispetto della contraria volontà di chi desidererebbe non continuare a vivere, ha alla base preoccupazioni paternaliste intrecciate invero con ragioni riconducibili al moralismo giuridico. È paternalista, da un lato, la pretesa legale di negare ogni rilevanza alla manifestazio-

ne di volontà del titolare del bene-vita, perché in questo modo è l'ordinamento statale a scegliere d'autorità ciò che è bene, o comunque preferibile per gli individui singoli e per la società, senza concedere alcuno spazio all'autodeterminazione individuale. È moralista, dall'altro lato, la prospettiva aggiuntiva che individua il fondamento della tutela penale inderogabile della vita nel carattere "sacro" di essa o comunque nel suo ritenuto superiore valore intrinseco, e ciò nel solco di concezioni religiose e/o morali storicamente assai radicate⁸. Anzi, è proprio l'idea della sacralità della vita umana ad avere, probabilmente, funto per tantissimo tempo da più potente base emotiva per contrastare la legalizzazione dell'eutanasia nelle sue diverse forme⁹.

Come sappiamo, queste tradizionali giustificazioni della tutela incondizionata della vita umana sono entrate progressivamente in crisi quale riflesso, in larga misura inevitabile, dell'accentuato pluralismo politico-ideologico, culturale ed etico che connota le società in cui viviamo. Pluralismo per effetto del quale non solo confliggono o concorrono nello spazio pubblico diverse concezioni morali del bene e del giusto, ma può assistersi persino all'emergere di posizioni non del tutto omogenee tra i sostenitori di una medesima concezione "comprensiva" o tra gli aderenti a una stessa fede religiosa (significativa ad esempio, da questo punto di vista, la differenza di orientamenti in tema di fine-vita presente oggi all'interno del mondo cattolico). Non a caso, la stessa idea della "sacralità della vita" – sottoposta anche da Maniaci a serrata analisi critica quale concerto vago e ampiamente controvertibile, insieme a quelli altrettanto vaghi e controvertibili di dignità umana e bene comune (MANIACI 2012, 127 ss.) – è ormai suscettibile di essere declinata secondo accezioni differenti da quella religiosa, inclusa una interpretazione laica che – per quanto paradossale possa a prima vista apparire – può invece fornire argomenti a favore, anziché contro, la legittimità della rinuncia volontaria alla vita¹⁰.

Se così è, una difficile e tormentosa questione tende allora a porsi e riproporsi nell'ambito di una democrazia costituzionale informata al principio del pluralismo: come deve orientarsi il diritto (inteso in senso non solo legislativo, ma anche dottrinale e giurisprudenziale) rispetto alla molteplicità delle concezioni morali "comprensive" (in senso rawlsiano) coesistenti in un contesto storico-sociale dato? Può in particolare il diritto penale, il settore più invasivo e intollerante dell'ordinamento giuridico, legittimamente porre l'arma della punizione al servizio di una tra le concezioni etico-politiche concorrenti, dotandola di forza coattiva? In effetti, per il settore penale il rapporto con la sfera morale si pone in termini di accentuata problematicità sotto diversi aspetti, non ultimo per la non infrequente sovrapposizione o contiguità tra valori morali e beni penalmente tutelati e, di conseguenza, per la maggiore difficoltà di mantenere quella separazione tendenziale tra diritto e morale che costituisce comunque (almeno in teoria) un presupposto irrinunciabile del liberalismo politico e, altresì, di un diritto penale di ispirazione liberale. Agli occhi di un giurista – ad esempio, come chi scrive – ancora idealmente legato a un liberalismo penale che aspirerebbe a circoscrivere l'ambito della tutela penalistica ai soli beni "essenziali" ai fini della convivenza sociale, e considerati tali sulla base di auspicabili "consensi per intersezione" (in senso rawlsiano) il più possibile ampi e trasversali, non può certo essere la sanzione punitiva lo strumento legittimato ad imporre o proteggere valori morali che si contrappongono conflittualmente a valori alternativi. Ciò non equivale, beninteso, a teorizzare ingenuamente un liberalismo penale del tutto neutrale rispetto alle concezioni morali, cosa che sarebbe di fatto impossibile; significa, piuttosto, rifiutare l'idea che lo scontro tra le morali comprensive possa essere deciso utilizzando la legge penale come arma da guerra impugnabile da uno Stato che de-

⁸ Sia consentito in proposito rinviare per ulteriori svolgimenti ai miei scritti seguenti: FIANDACA 2009, 227 ss.; e, in un orizzonte teorico più ampio, FIANDACA 2011, 1383 ss.

⁹ DWORKIN 1994, 269.

¹⁰ Cfr. DWORKIN 1994, 270. Più di recente, per una ampia e approfondita rivisitazione critica delle giustificazioni tradizionalmente addotte a sostegno di una tutela incondizionata e a tutto campo del bene-vita si veda, nella letteratura filosofica italiana, FORNERO 2020 (libro cui ho dedicato lo scritto di commento FIANDACA 2020b, 126 ss.).

cida di parteggiare a favore di una delle concezioni in campo (sia pure eventualmente maggioritaria)¹¹. Se e in che misura un liberalismo penale così concepito possa riuscire a tradursi in concreta linea-guida della politica penale contemporanea, è una complessa e aggrovigliatissima questione che qui non affronto anche per ragioni di spazio. Quel che di sicuro sappiamo è che il diritto penale degli ultimi decenni, peraltro non solo italiano, ha presentato e continua purtroppo a esibire (anche al di là del ben noto estremismo punitivista di più recente marca populista) larghi tratti di illiberalismo anche in chiave eticizzante.

A questo punto, a un prevedibile interrogativo non ci si dovrebbe però sottrarre: paternalismo e antipaternalismo sono contrapposte concezioni etico-politiche anch'esse a carattere "comprensivo", cioè concezioni globali del bene e del giusto, che perciò si pongono in tensione con i principi di una legislazione penale idealmente ispirata a un liberalismo politico riluttante ad apparentare la politica penale a qualche morale totalizzante? Anche questo interrogativo solleva in realtà un groviglio di questioni. In approssimativa sintesi, mi limito qui a rilevare che anche il liberalismo politico può presentarsi in versioni che lo rendono assimilabile ad una concezione etica comprensiva, nella misura in cui esso manifesti la pretesa di trasporre pressoché per intero sul piano della decisione politica i principi di un'etica di ispirazione liberale; e un analogo discorso, del resto, vale rispetto ai possibili modi di concepire il liberalismo penale. Da questo punto di vista, una certa ambiguità è stata in proposito non a caso diagnosticata nella stessa filosofia penale di Feinberg: nel senso che l'approccio liberale che la ispira è parso – credo, giustamente – oscillante tra il tradizionale liberalismo etico o teleologico (che intende cioè sé stesso come razionale e corretta concezione del bene) di John Stuart Mill, e il più recente liberalismo politico o deontologico (aperto, nel privilegiare le libertà fondamentali, a più concezioni concorrenti del bene) di John Rawls¹². Comunque sia, è pur vero che sotto altri versi può risultare positivo ed essere perciò auspicabile che tanto sul piano della riflessione teorica, quanto su quelli del dibattito pubblico e della successiva deliberazione democratica le visioni morali concorrenti, anziché fare un passo indietro, vengano allo scoperto e si confrontino esplicitamente nell'offrire possibili orizzonti di senso e contenuti rilevanti in vista delle politiche penali da deliberare: quel che da penalista – testardamente, contro ogni smentita da parte della realtà effettuale! – "liberale" (in senso non comprensivo) continuerei ad augurarmi è che questo confronto aperto e trasparente, diversamente da quanto non di rado di fatto accade, non sfoci in scontri irriducibili tra contrapposte pretese totalizzanti, ma si traduca in intese compromissorie frutto di mediazioni e bilanciamenti ragionevoli.

Ciò mi sembrerebbe in linea di principio a tutt'oggi raccomandabile sia sul piano politico-legislativo, sia anche sul versante giurisdizionale, a cominciare dalla giurisprudenza costituzionale. A questo riguardo, mi pare non privo di interesse accennare alle ancora recenti pronunce in tema di suicidio assistito emesse sia dalla nostra Corte costituzionale sia dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco, le quali si prestano a un confronto anche sotto l'aspetto del rispettivo coefficiente di paternalismo e/o antipaternalismo che le connota.

Sulla presa di posizione della nostra Consulta (complessivamente risultante dalla precedente ordinanza n. 207/2018 e dalla successiva sentenza n. 242/2019) mi sono ampiamente soffermato in altri scritti, cui rimando¹³. Mi limito qui a rilevare che la presa di posizione suddetta, tentando un ragionevole bilanciamento tra tutela della vita e garanzia dell'autodeterminazione personale, rifugge dai due estremi di un paternalismo e di un antipaternalismo intesi entrambi in senso forte. Tenderei a qualificare questo orientamento intermedio in termini di paternalismo (più che di

¹¹ Per un approccio teorico analogo, e per ulteriori rilievi, cfr. PULITANÒ 2011.

¹² Cfr. SEHER 2000, 163 s.; sul punto anche FIANDACA 2008, 156. Ma non manca chi ritiene che «il linguaggio e il *pathos* delle fasciose pagine di Feinberg appaiono propri di una concezione comprensiva, in cui il liberalismo, o meglio l'idea della autonomia come sovranità, si presenta orgogliosamente come concezione morale globale, diversa e contrapposta ad altre» (PULITANÒ 2011, 497).

¹³ Mi riferisco ai miei seguenti scritti: FIANDACA 2020a, 265 ss.; FIANDACA 2020b, 77 ss.; FIANDACA 2020c.

antipaternalismo) *soft*, anche perché la ricerca di un punto di equilibrio tra i diritti/valori in gioco può considerarsi riuscita fino a un certo punto: criticabile è apparsa – non solo a mio giudizio – la eccessivamente rigorosa fissazione dei presupposti atti a rendere lecito l'aiuto a morire prestato a persone affette da patologie irreversibili e gravemente sofferenti; tra questi presupposti, è stato infatti dai giudici costituzionali in particolare inserito un requisito (l'essere cioè il paziente sottoposto a strumenti artificiali di sostegno) concretamente presente nel caso Cappato *sub iudice*, ma che risulta – a ben vedere – irragionevole far assurgere a presupposto di portata generale. Che un paziente possa o meno necessitare di mezzi di sostegno vitale dipende in realtà da fattori fortuiti ed esterni, come tali inidonei a fungere da valida *ratio distinguendi* di drammatiche situazioni esistenziali che, in termini di comparazione valoriale, appaiono più simili che dissimili. In ogni caso, la nostra Corte costituzionale non solo ha assai discutibilmente ritagliato sulla fisionomia specifica del caso concreto in discussione la tipologia casistica da sottrarre all'ambito applicativo dell'art. 580 c.p.: essa ha realizzato un tipo di bilanciamento tra vita e autodeterminazione non costituzionalmente obbligato, ma frutto – come era, del resto, inevitabile – di discrezionalità *lato sensu politica*¹⁴. In linea teorica, la Corte avrebbe potuto anche adottare un orientamento politico-valutativo incline ad aprire alla liceità dell'assistenza al suicidio maggiori spazi di quanto abbia voluto fare, in linea più con un antipaternalismo che con un paternalismo moderato. Forse, vale la pena esplicitarlo: non è il testo costituzionale come tale che può fornire indicazioni certe e univoche rispetto ai confini da assegnare ragionevolmente alla tutela dell'autonomia personale e del diritto all'autodeterminazione individuale; la stessa interpretazione costituzionale e le stesse operazioni di bilanciamento in sede giurisdizionale risentono inevitabilmente – e ciò è particolarmente evidente, appunto, rispetto alle tormentose questioni di fine vita – da un lato, di pregiudiziali politico-ideologiche, religiose, filosofiche ed etiche che, sebbene non sempre espressamente dichiarate, influenzano pur sempre (anche in maniera subconscia!) lo stesso approccio giuridico; e, dall'altro, delle tradizioni storico-culturali e dei mutamenti che intervengono nella coscienza sociale e nella sensibilità collettiva rispetto alle grandi questioni relative al vivere e al morire¹⁵.

Ciò detto, è anche vero che i tribunali costituzionali per lo più tendono, a maggior ragione nell'ambito delle materie eticamente sensibili, a evitare prese di posizione eccessivamente sbilanciate a favore di uno degli orientamenti di fondo in campo, sia per l'inclinazione del giudizio di costituzionalità a privilegiare la logica del bilanciamento, sia per la preoccupazione di tener conto di quell'accentuato pluralismo che continua a connotare il contesto in cui viviamo. Se così è, può apparire sorprendente l'orientamento decisamente antipaternalista adottato invece dalla Corte costituzionale tedesca nel dichiarare costituzionalmente illegittima, con sentenza del 26 febbraio 2020, la fattispecie di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale (par. 217 StGB)¹⁶. La differenza rilevante, che subito emerge rispetto al *self restraint* manifestato in proposito dalla Corte italiana, consiste nel riconoscere un vero e proprio «diritto alla morte autodeterminata», includente a sua volta il diritto al suicidio e altresì la libertà di richiedere a terzi un aiuto a morire (e di avvalersene, ove questo aiuto venga offerto, ammettendosi peraltro nel contempo la legittimità dell'obiezione di coscienza da parte del personale sanitario), quale esplicazione del principio di autodeterminazione rapportato alla salvaguardia della dignità umana. L'altra ragio-

¹⁴ Sulla inevitabile “politicità” delle operazioni di bilanciamento costituzionale rinvio al mio ancora recente scritto FIANDACA 2020c, 77 ss.

¹⁵ Una significativa riprova dell'importanza dei mutamenti che intervengono nella sensibilità collettiva è, verosimilmente, desumibile anche dal successo di recente conseguito nella raccolta di firme per il referendum sull'eutanasia legale (tramite l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p.) promosso dai Radicali italiani, dall'Associazione Coscioni e da altri gruppi associativi: cfr. in proposito *Il Corriere della sera* e *la Repubblica*, rispettivamente del 17 e 18 agosto 2021. Per alcune comprensibili preoccupazioni, in termini di prudente paternalismo “laico”, sollevate dal referendum in questione cfr. ad esempio l'intervento di Luciano Violante ne *la Repubblica* del 25 agosto 2021.

¹⁶ Per una disamina dettagliata di questa pronuncia v., nella dottrina italiana, MAGRO 2020, 33 ss.

ne fondamentale di differenziazione consiste nella scelta di non circoscrivere il diritto di morire alle sole situazioni di soggetti gravemente ammalati e sofferenti, bensì di attribuirvi portata generale, per di più escludendo possibili limitazioni al suo esercizio in base ad una valutazione da parte di una autorità esterna della meritevolezza o meno delle motivazioni che inducono a desiderare la morte. Afferma testualmente, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* che il diritto in parola

«esiste in ogni fase dell'esistenza umana. La decisione del singolo di porre fine alla propria vita in accordo con la propria concezione della qualità e del senso dell'esistenza deve essere rispettata in punto di principio dallo Stato e dalla società in quanto atto autonomo di autodeterminazione».

Sempre nella ricca motivazione della sentenza (articolata in 96 pagine), si instaurano poi esplicite e impegnative correlazioni tra diritto di morire e dignità umana: nel replicare cioè alla possibile obiezione che il riconoscimento di un diritto al suicidio possa porsi in contrasto con la garanzia costituzionale della dignità umana, i giudici tedeschi giungono alla conclusione opposta che è al contrario il rispetto dell'autodeterminazione personale, quale espressione diretta della dignità dell'uomo, ad imporre il riconoscimento del diritto generale di togliersi la vita¹⁷.

Valutata col metro di giudizio del penalista medio di casa nostra, la Corte di Karlsruhe avrebbe finito col lasciarsi andare ad un astratto ed eccessivo liberalismo individualista, assegnando soverchio spazio alla libertà di autodeterminazione del singolo, e sottovalutando di conseguenza esigenze solidaristiche e di adeguata protezione di soggetti a vario titolo deboli. A questo punto, è forse superfluo ribadire che la possibile preferenza per il modello di decisione costituzionale italiano o per quello tedesco non dipende da ragioni giuridiche scientificamente neutrali: hanno un peso tutt'altro che secondario, ancora una volta, presupposti *lato sensu* culturali e modi di sentire (sia collettivi che individuali) che stanno a monte o a valle dei principi costituzionali e delle altre norme scritte. Verosimilmente, la presa di posizione marcatamente *liberal* del *Bundesverfassungsgericht* è stata influenzata da suggestioni filosofiche di ascendenza idealistica tipiche della tradizione culturale teutonica (che inducono, forse, a sovrastimare la capacità dell'essere umano di compiere scelte di vita e di morte in maniera autenticamente libera, consapevole e autoresponsabile), in un contesto nazionale altresì comparativamente meno esposto ai condizionamenti della religione cattolica.

Comunque sia, nel mettere punto a questi rapsodici rilievi, non possiamo non tornare al libro qui discusso per chiederci: Maniaci, partendo dal proprio antipaternalismo, parteggerebbe di più per la soluzione costituzionale italiana o per quella tedesca? Se abbiamo ben compreso il suo pensiero, la risposta non può che essere nel secondo senso.

¹⁷ Nella complessiva trama argomentativa della nostra Corte costituzionale non si rinvencono, invece, chiari e univoci nessi concettuali e normativi tra dignità umana e autodeterminazione personale: cfr. FIANDACA 2020a, 270 ss.

Riferimenti bibliografici

- CADOPPI A. (ed.) 2010. *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Giuffrè.
- DWORKIN R. 1994. *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, a cura di S. Maffettone, Edizioni di Comunità (ed. or. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Penguin Random House, 1993).
- FEINBERG J. 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law, vol. 3: Harm to self*, Oxford University Press.
- FIANDACA G. 2008. *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (eds.), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, 153 ss.
- FIANDACA G. 2009. *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in «Foro italiano», V, 227 ss.
- FIANDACA G. 2011. *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica ragione punitiva*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1383 ss.
- FIANDACA G. 2020a. *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in D'ALESSANDRO G., DI GIOVINE O. (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, 265 ss.
- FIANDACA G. 2020b. *Le questioni di fine-vita tra filosofia e diritto*, in «Politeia. Rivista di etica e di scelte pubbliche», 140, 126 ss.
- FIANDACA G., 2020c. *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in DI CARLO L. (ed.), *Bilanciamento e sistema delle fonti*, Giappichelli, 77 ss.
- FIANDACA G., FRANCOLINI G. (eds.). 2008. *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli.
- FORNERO G. 2020. *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet.
- MAGRO M.B. 2020. *Il suicidio assistito tra inviolabili diritti di libertà e obblighi di prestazione positiva nella decisione del Tribunale Costituzionale tedesco sul § 217 StGB*, in «Diritto penale XXI secolo», 19, 1, 2020, 5 ss.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli (trad. spag. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, 2020, trad. Mauricio Maldonado).
- PULITANÒ D. 2011. *Paternalismo penale*, in BERTOLINO M., EUSEBI L., FORTI G. (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 489 ss.
- SEHER G. 2000. *Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*, Duncker & Humblot.
- SERRAINO F. 2010. *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Giappichelli.