

Selbstschuld? Questioni riguardanti cause e limiti della responsabilità della vittima nell’ambito di un diritto penale alla ricerca della Fremdschuld

*Cornelius Prittwitz,
Goethe-Universität Frankfurt am Main**

I. Introduzione e presentazione

1. “È colpa tua!”

“È colpa tua!” dicevano i genitori ai loro figli quando tornavano a casa con i pantaloni strappati e il ginocchio sbucciato dopo aver sfrenatamente giocato all’aperto. “È colpa tua” si dice oggi ai ragazzi che giocano con i *video-games* fino a tarda notte e la mattina fanno fatica ad alzarsi. “È colpa sua” lo si dice altresì quando uno sciatore cerca il brivido nonostante un altissimo livello d’allarme valanghe e la chiusura delle piste, per poi venire effettivamente sepolto da una valanga.

È “colpevole!” lo si grida anche a chi viene salvato, quando i soccorritori si devono mettere in pericolo per recuperarlo o addirittura muoiono durante l’azione di salvataggio. E qualora la sua condotta non sia ancora punibile, si chiede a gran voce che lo diventi!

Chi è colpevole? Chi è colpevole di cosa? Chi è colpevole per quale motivo di cosa?

Quando parliamo di “colpevolezza e responsabilità” – e con “noi” intendo noi in quanto società, studiosi ed esperti del diritto penale –, i dibattiti tra laici e studiosi diventano facilmente infuocati. Ogni tentativo di chiarire questa complessa faccenda è pertanto lodevole. E se il tutto è collegato (per giunta in ottica comparata) con l’argomento “paternalismo”, il tentativo è tanto più significativo. Gli organizzatori, in particolare la mia collega Margareth Helfer e il suo *team*, sono pertanto da lodare per la scelta dell’argomento di questa conferenza. Sono molto grato per l’invito a partecipare

* La traduzione del contributo è stata curata da *Alexander Teutsch* e revisionata da *Domenico Rosani*.

a questo scambio di opinioni con una relazione introduttiva. E, naturalmente, cercherò anch'io di contribuire all'auspicata chiarezza.

2. *Clausola liberatoria: il mio approccio alla materia e la mia relativa (in)competenza*

Prima di illustrarvi come strutturerò le mie osservazioni vorrei fare una premessa: una sorta di vera e propria clausola liberatoria, che rivela al tempo stesso il mio rapporto con l'argomento e richiama e professa la mia relativa incompetenza che, purtroppo, non può essere negata.

Anzitutto l'incompetenza: quando lessi che a parlare dopo di me vi era *Uwe Murmann* ero sul punto di disdire la mia partecipazione. Il motivo di ciò me lo sono recentemente trovato fra le mani: la sua monografia sulla "Autoresponsabilità della vittima nel diritto penale"¹, che conta ben 600 pagine, non è importante solo da un punto di vista quantitativo. Al contrario, è una riflessione così profonda e documentata sull'argomento, sui suoi fondamenti giuridico-filosofici e costituzionali e sulle sue implicazioni per la dogmatica penalistica, di fronte alla quale io non mi sento minimamente degno di tenere una relazione; pertanto sono venuto a Innsbruck prima di tutto per imparare!

Tuttavia, può essere utile esporre brevemente i miei studi sull'argomento. Tutto iniziò con i casi di AIDS, divenuti attuali dalla metà alla fine degli anni Ottanta². A riguardo ci si chiedeva spesso³: era A ad avere infettato B (e gli si poteva pertanto muovere il rimprovero di avere causato lesioni personali o addirittura [vista la diffusa atmosfera di panico] di tentato omicidio) o era piuttosto B ad essersi fatto contagiare da A, ed era quindi "col-

1 MURMANN, *Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005.

2 PRITTWITZ, *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS – Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken*, in *Juristische Arbeitsblätter* 1988, p. 427 ss. e p. 486 ss.; si vedano anche gli ulteriori contributi in: *Kritische Justiz* 1988, p. 304 ss.; *NJW* 1988, 2942 s.; *Strafverteidiger* 1989, p. 123 ss.

3 Naturalmente questa domanda non me la sono posta solo io, tuttavia mi sembra degno di nota il fatto che la nostra corporazione, che vanta una lunga tradizione nell'affrontare le questioni legate all'imputazione, si sia concentrata, sia dal punto di vista pratico che scientifico, molto presto e per un tempo sorprendentemente lungo, come se ciò fosse scontato, sull'"imputazione ad altri". Cfr., ad esempio, il volume *Die Rechtsprobleme von Aids* 1988, a cura di BERND SCHÜNEMANN e GERT PFEIFER. Ho tentato di proporre un approccio diverso con il volume da me curato *Aids, Recht und Gesundheitspolitik* (1990).

pa sua"⁴? Nacque così il mio tema di abilitazione su "*Diritto penale e rischio*", che verteva fondamentalmente sulla mutevole distribuzione del rischio e della responsabilità⁵, un argomento che da allora (in contesti molto diversi, ad esempio in materia di stupefacenti o di *doping*⁶) non mi ha più abbandonato.

3. Premessa alla mia relazione

Vorrei iniziare la mia relazione esaminando perché abbiamo posto così marcatamente al centro dei nostri studi la ricerca della colpevolezza e della responsabilità, per poi collocare questo argomento nel contesto del tema del paternalismo nel diritto penale. Dopo una breve disamina delle categorie di casi in questa sede rilevanti, seguirà una relativa analisi che si concluderà con la constatazione che la presenza di tendenze opposte suggerisce di non adottare né un atteggiamento rigorosamente pro-paternalistico né rigorosamente anti-paternalistico.

II. Alla ricerca della colpevolezza

1. Quando la disgrazia diventa torto penale

Non risulta facile affermare in modo scientificamente fondato che la ricerca della colpevolezza e della responsabilità, propria o altrui, si sia intensificata. Ciononostante, sono molti gli elementi che ci suggeriscono un simile sviluppo.

In merito alla ricerca della colpevolezza, un impulso iniziale è stato apportato dall'Illuminismo. *Uwe Murmann* ha analizzato questo aspetto – con particolare attenzione all'*Eigenverantwortung* – in maniera molto più approfondita, dettagliata e quindi anche più variegata di quanto possa fare io, e soprattutto di come io possa fare qui⁷. In sintesi e detto con parole mie:

4 Si vedano i riferimenti di cui alla nota 2; per la sentenza del *Bundesgerichtshof* del 4.11.1988 (1 StR 262/88), si v. la nota a sentenza in *Strafverteidiger* 1989, p. 123 ss.

5 PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993.

6 Per la disciplina penale in materia di stupefacenti: *Das Strafrecht als Waffe im "war on drugs"*, in JAKOBET AL. (a cura di), *Die USA am Anfang der 90er Jahren*, 1992, 203 ss.; in merito al diritto penale di contrasto al doping: *Straftat Doping*, in LÜDERSSEN ET AL. (a cura di), *Festschrift für Wolf Schiller*, 2014, 512 ss.

7 MURMANN, (*supra* nota 2), p. 159 ss.

la liberazione, facendo ricorso alla ragione, dallo stato di minorità che l'uomo deve imputare a se stesso (*selbstverschuldeten Unmündigkeit*, Kant) ha necessariamente generato l'interesse per lo studio delle ragioni prime e di conseguenza⁸ condotto alla ricerca della responsabilità. E poiché questo approccio basato sulla ragione ha portato alla luce sempre più cause e responsabilità, tanti pericoli si sono trasformati in rischi, in rischi prevedibili e quindi potenzialmente evitabili. Di lì a poco i rischi prevedibili (*berechenbar*) divennero rischi imputabili (*zurechenbar*), quando, sebbene evitabili, questi non fossero stati evitati. Da allora ha avuto luogo un avvicendamento cruciale: tanti eventi che prima venivano ricondotti alla categoria della disgrazia vengono ora sussunti nella categoria del torto penale.

Nel caso di un omicidio la dottrina penale, nei suoi manuali a volte sanguinosi a volte esangui nel loro tecnicismo⁹, si è sempre chiesto chi sia colpevole e quindi responsabile, e questo anche in tempi preilluministici, che in realtà non sono poi mai stati così poco illuminati come l'Illuminismo ha insinuato. Tuttavia, se oggi cade il tetto di un palaghiaccio, la catastrofe si trasforma rapidamente in uno scandalo¹⁰. Anche in queste situazioni è necessario chiarire sobriamente chi, eventualmente assieme ad altri, per azioni od omissioni poste in essere venti, dieci o due anni fa, possa essere considerato responsabile dell'avvenimento. Spesso persino coloro che, da una prospettiva liberale, criticano il paternalismo, non raramente si mettono rapidamente alla ricerca di *Fremdverantwortung* (responsabilità altrui).

Qualcuno, o almeno così sembra, deve essere responsabile! Questo cercare la responsabilità giunge inevitabilmente alla conclusione che qualcuno, in termini fattuali¹¹ e anche dal punto di vista giuridico¹², dev'essere responsabile: noi, la vittima o terzi.

8 Ciò non è una conseguenza obbligata, ma quasi.

9 A tutti i lettori consiglio vivamente la lettura di JÄGER, *Glosse über Lehrbuchkriminalität*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1973, p. 300 ss.

10 Tale vicenda ha impegnato la magistratura per sei anni e si è conclusa con la decisione del BGH del 20.10.2011 (4 StR 71/11). Vedi anche www.sueddeutsche.de/bayern/urteil-im-reichenhall-prozess-freispruch-fuer-den-statikpapst-1.1174596; e STÜBINGER in www.lto.de/recht/hintergruende/h/neuer-freispruch-im-fall-bad-reichenhall-2-1-fuer-traunstein-gegen-karlsruhe/.

11 Come noto, la vittimologia si occupa (anche) di siffatte questioni si occupa.

12 Le considerazioni vittimologiche sono state seguite in modo sorprendentemente rapido dalla vittimodogmatica, che ha cercato, in ultima analisi senza successo (per ora; cfr. HILLENKAMP, *ZStW* 129 (2017), pag. 596 ss.) di tradurre le considerazioni vittimologiche in termini dogmatici penali. Cfr. in quanto molto istruttivo da un punto di vista di comparazione giuridica e culturale: ACKERMANN, *Strafli-*

2. Alla ricerca della Eigenverantwortung (o Selbstverantwortung)

Varrebbe la pena di fare ricerche più intense di quelle che ho potuto fare io per capire se i concetti di *Selbstverantwortung* e *Fremdverantwortung* si siano sviluppati in contemporanea oppure se possa essere storicamente provata una sequenza temporale, eventualmente a seguito di influenze religiose, filosofiche o culturali. Sembra plausibile – almeno nelle aree di influenza cristiana e poi "illuminata" dall'Illuminismo – che alla concezione che la disgrazia fosse un destino divino abbia fatto seguito la sensazione, talvolta sbagliata, che questa fosse da rimproverare a se stessi, quantomeno nel momento in cui non fosse facilmente rinvenibile un terzo colpevole. Questo processo non può considerarsi affatto un "capitolo chiuso" ed è in realtà una plausibile conseguenza del pensiero illuminato: una volta che ci si è lasciati alle spalle lo stato di minorità (*Unmündigkeit*) e si è scoperta la ragione, il passo successivo fu ritenere che l'uomo, inteso come "persona libera" dotata di libero arbitrio, avesse un ragionevole controllo sulla sua vita.

3. Alla ricerca di Fremdverantwortung e Fremdverschulden

Sembra quindi manifesto che la ricerca della colpevolezza altrui (*Fremdverschulden*) è strettamente legata all'evoluzione del diritto penale. E infatti, si può osservare che le forme di imputazione a terzi sono state ampliate e perfezionate. All'agente materiale che agisce attivamente e con dolo – la cui responsabilità è di pronta comprensione per qualsiasi laico – si è rapidamente affiancato l'autore del reato tentato, l'autore del reato colposo, l'autore del reato omissivo, poi l'autore mediato, l'autore dietro l'autore¹³ e, infine, il responsabile all'interno di una struttura organizzata¹⁴.

Nell'onda del pensiero illuminato, le responsabilità non individuali continuarono ad essere oggetto di critica. Questo è ravvisabile ad esempio nel dibattito sulla responsabilità (e, in molti sistemi giuridici, anche sulla

cher Leichtsinn oder strafbarer Betrug? – Zur rationalen Kriminalisierung der Lüge, in HEINRICH ET AL. (a cura di), *FS für Claus Roxin*, 2011, p. 949–966.

13 Questo il termine coniato ed elaborato da Friedrich-Christian Schroeder nella monografia dal medesimo titolo [1965].

14 Questa la figura giuridica introdotta nel dibattito in merito ad autoria e partecipazione da Claus Roxin, che ha avuto notevole influenza internazionale (GA 1963, 193 ss.).

punibilità) delle persone giuridiche¹⁵. Per fare un altro esempio, che apre scenari inediti, ciò si riviene anche nel tracciamento delle cause sistemiche riguardanti il danno ambientale o il mondo finanziario¹⁶.

Se nel primo esempio è altresì possibile rimproverare l'ente responsabile qualora si avvalga coscientemente della propria disorganizzazione¹⁷, nel secondo esempio si rischia che le tracce di responsabilità non solo siano difficilmente riconoscibili, ma addirittura scompaiano, in modo tale che alla vittima rimanga solo la scelta tra Scilla e Cariddi, la scelta tra disgrazia e autoresponsabilità.

III. Il contesto paternalistico

In che modo entra in gioco il contesto paternalistico? Dato che ormai ci sono scaffali di letteratura in maggior parte molto interessante¹⁸ non solo sul paternalismo, ma anche sul tema "paternalismo e diritto penale", e considerando che nessuna delle opere ivi presenti è stata scritta da me, devo ammettere, anche in questo caso, la mia mancante *expertise* e sottolineare il mio interesse a imparare.

15 Cfr. il mio contributo *Echtes Unternehmensstrafrecht für Deutschland?* durante il convegno "Rationalität und Empathie" dedicato a Klaus Lüderssen in occasione del suo 80° compleanno (a cura degli studenti di Lüderssen, 2014, p.111 ss.).

16 Cfr. i contributi di SCHÜNEMANN, KASISKE e RÖNNAU, in SCHÜNEMANN (a cura di), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemverschagen oder global organisierte Kriminalität?*, Berlin (2010); e STRATE, *Strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzkrise*, in: www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/12-10/index.php?sz=6.

17 Questo termine (in tedesco: *organisierte Unverantwortlichkeit*), che descrive in maniera accurata sia il fenomeno sia la sua complessità per un diritto penale che appare talvolta impotente in proposito, è stato coniato (per quanto ne sappia) da Ulrich Beck ed è stato usato come sottotitolo della sua opera, scettica nei confronti della giustizia, "Gegengifte" (1988); quest'ultima ha fatto seguito a "Risikogesellschaft" (1986). Cfr. PRITTWITZ, (*supra* nota 6), p. 116 ss.

18 Cfr. i numerosi riferimenti, sia al dibattito filosofico sul paternalismo sia al rapporto tra paternalismo e diritto (penale), in v. HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht*, 2010, nonché in *Grenzen des weichen Paternalismus*, in FATEH-MOGHADAM/SELLMAIER/VOSSENKUHL (a cura di), 2010 e in RIGO-POULOU, *Grenzen des Paternalismus im Strafrecht*, 2013.

1. Il diritto penale è (in senso lato) sempre paternalistico

È forse opportuno accennare brevemente al rapporto generale tra paternalismo e diritto penale: stabilendo sotto minaccia di punizione ciò che il cittadino può fare e omettere di fare e, soprattutto, ciò che non può fare, lo Stato inevitabilmente si comporta da *pater familias*¹⁹. Naturalmente questa frase e questa constatazione sono conciliabili solo con un concetto molto – forse troppo – ampio di paternalismo²⁰.

In uno stato teocratico o in uno stato autoritario questo è del tutto ovvio, solo le ragioni portate a motivazione di ciò variano; non occorre essere un rivoluzionario per riconoscere che tale controllo non era affatto sempre in funzione di tutelare principi superiori, interessi della società o quanto meno degli individui sottomessi, bensì era direttamente o indirettamente volto alla salvaguardia del potere e del dominio sociale. Nello Stato illuminato, invece, con le sue concretizzazioni dello Stato di diritto libero e democratico, tale ovvia accettazione del dominio sull'individuo non si rinvie ne più. Lo Stato nel suo complesso, e ancor più il suo diritto penale, che può tuttora²¹ essere definito la sua *ultima ratio*, ha pertanto bisogno di una diversa legittimazione già dai suoi fondamenti.

Ciò vale nonostante l'impressione sempre più diffusa che tale richiesta di legittimazione sia scarsamente percepita dalla società e venga discussa seriamente solo da una minoranza di studiosi di materie filosofiche e giuridiche. Lo scetticismo nei confronti dello Stato e del diritto penale trova scarso supporto nella popolazione; è invece reclamata la vicinanza al popolo e questa vicinanza al popolo si accompagna a uno Stato forte e a un diritto

-
- 19 Di altra opinione possono essere solo coloro che prendano le fattispecie alla lettera (in maniera inoppugnabile da un punto di vista semantico, ma storicamente poco plausibile), non ricavandone un divieto, ma interpretandole come un'offerta liberale di comportarsi in maniera penalmente rilevante qualora si accetti la sanzione. *Karl Binding* aveva chiarito già nel 1922 che l'ordine "o ... è: 'Non dovete uccidere' o: 'Non uccidete se vi è una sanzione' o 'Se avete ucciso dovete accettare la sanzione'" (*BINDING, Die Normen und ihre Übertretung*, ristampa della 4a edizione, 1922, 1991, p. 37, righe 7-10).
- 20 Cfr. in quanto istruttivo in merito alle difficoltà nel dibattito sul paternalismo causate da una terminologia poco chiara e scaturente da valori diametralmente opposti: *BIRNBACHER, in v. HIRSCH ET AL.* (a cura di), nota 19, p. 11 ss.
- 21 Anche se tale assunto viene da parecchio tempo smentito dai fatti; cfr. a proposito l'esauriente e precisa analisi di *TRENDELENBURG* che ricostruisce e sviluppa ulteriormente il principio dell'*ultima ratio*: *Ultima ratio?*, 2011.

penale in espansione²². Se, quindi, non è il troppo, ma il troppo poco paternalismo ad essere deplorato, allora questo dimostra che le eredità autoritarie del dominio divino e umano non hanno mai perso la loro influenza, bensì sono ancora vive e vegete, oppure – per ragioni degne di un esame più attento – sono sempre più ambite da individui e società insicure e nostalgiche.

Tale elemento immanemente paternalistico vale per il diritto penale nel suo complesso.

2. *Paternalismo (penale) in senso stretto*

Qualora non si voglia muovere una critica generale al diritto penale lungo la via della critica nei confronti del paternalismo, bensì si sia interessati a collegamenti più specifici tra paternalismo e diritto penale, ed è questa l'impressione che gli organizzatori di questo convegno mi hanno dato, è necessario soffermarsi brevemente su alcuni aspetti terminologici.

Usando il termine paternalismo (e, allo stesso modo, paternalismo penale) non mi riferisco, infatti, al generico controllo statale, ma, sulla scia di *Gerald Dworkin*, solo a un sottoinsieme molto specifico di paternalismo, ossia agli interventi (statali, soprattutto penali) sulla libertà di un individuo a beneficio del benessere di quest'ultimo²³.

a) *Note terminologiche*

A questo punto è opportuno che io faccia un breve discorso sui concetti di paternalismo diretto e indiretto, paternalismo *hard* e *soft*; in questa sede e ai qui presenti dovrà bastare, e basterà, un breve accenno a riguardo.

Si parlerà di paternalismo *hard* quando "la decisione presa liberamente (cioè non deficitaria) e quindi autodispositiva dell'interessato viene ignora-

-
- 22 Per una fondamentale analisi in merito a quest'aspetto si veda SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, (1^a ed.) 1999; versione tedesca: *Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften* 2003.
- 23 DWORKIN, *Paternalism*, *Monist* 65 (1972), p. 65: "By paternalism I shall understand roughly the interference with a person's liberty of action justified by reasons, referring exclusively to his welfare, good, happiness, needs, interest or values of the person concerned", come citato in BIRNBACHER, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?* in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht*, 2010, p. 12.

ta", ossia quando "un fine oggettivo e determinato da altri", alla cui determinazione esso non è stato coinvolto, "impone ciò che è ottimale per costui"²⁴.

Parlo invece di paternalismo *soft* – sulle orme di *Joel Feinberg* e altri – quando si tratta di interventi che hanno l'obiettivo dichiarato di "prevenire una decisione deficitaria o (...) determinare se l'atto di volontà sia venuto in essere in maniera sostanzialmente autonoma"²⁵.

Si parlerà di paternalismo *diretto* quando il preceitto paternalistico, in questo caso la fattispecie penale, è rivolto direttamente e immediatamente contro la persona da tutelare, come avviene, ad esempio, nella legge tedesca sui trapianti (*Transplantationsgesetz*)²⁶.

Con paternalismo *indiretto* ci si riferisce infine (anche nella mia relazione) all'ipotesi in cui la regolamentazione paternalistica – nel contesto del nostro convegno: la fattispecie penale – sia diretta contro terzi che mettono in pericolo o ledono i beni giuridici della persona (paternalisticamente) protetta con il consenso o anche su richiesta della persona interessata, come nel caso del § 228 dStGB o – in maniera particolarmente manifesta – nel reato di omicidio su richiesta di cui al § 216 dStGB²⁷.

b) Considerazione intermedia: un caveat contro eventuali conclusioni affrettate

Prima di intraprendere – preparando la mia analisi e la conclusione – un *tour d'horizon* in cui si affronteranno parecchi importanti esempi di casistica, non voglio resistere alla tentazione di mettere in discussione in una riflessione intermedia le posizioni radicali talvolta presenti a riguardo. Ciò che si intende è, in primo luogo, la radicalità del risentimento "illuminato" e liberale nei confronti di tale felicità imposta, ma, in secondo luogo, anche la unilateralità e la incrollabile certezza con cui le posizioni paternalistiche credono di poter determinare il benessere dell'individuo.

Prima di tutto trattiamo le critiche tradizionalmente rivolte al paternalismo liberale: nel momento in cui queste accentuano l'autonomia dell'individuo che, per esempio, rimane vittima di una valanga, esse di solito non

24 RIGOPOULOU (*supra* nota 19), p. 26.

25 *Idem*, con rimando a FEINBERG, 1986, p. 12.

26 Ne parla brevemente SCHÜNEMANN, in (*supra* nota 19), p. 221 ss. (229); in maniera approfondita SCHROTH, in (*supra* nota 19), p. 205 ss.) e RIGOPOULOU, (*supra* nota 19), p. 157 ss.

27 Cfr. a questo riguardo RIGOPOULOU, (*supra* nota 19). Esauriente ed istruttivo anche V. HIRSCH/NEUMANN, (*supra* nota 19), p. 71 ss. e 99 ss.

corrispondono alla percezione della vittima, che cerca di individuare la responsabilità in capo ad altri, ma, al contrario, la contraddicono. Per questo motivo, i critici (liberali) del paternalismo devono chiedersi fino a che punto essi abbiano effettivamente a cuore l'interesse della persona concretamente coinvolta, e non invece l'autonomia di un individuo astratto. Senza voler mettere generalmente in dubbio la fondatezza delle critiche liberali al paternalismo, esse pongono spesso in primo piano i sentimenti, le fantasie e le esigenze di libertà dei critici stessi, piuttosto che gli interessi delle persone direttamente coinvolte.

Tuttavia, a questo va aggiunto immediatamente un secondo monito: nel momento in cui i sostenitori delle posizioni paternalistiche si arrogano il diritto di definire il benessere dell'individuo che ha appena deciso di voler morire – ad esempio in caso di un suicidio a lungo pianificato –, anch'essi devono chiedersi fino a che punto abbiano davvero a cuore il benessere reale e concreto dell'individuo stesso, o piuttosto qualcosa di completamente diverso. Nella migliore delle ipotesi hanno in mente una certa immagine dell'uomo, la *loro* immagine, che parte dall'assunto che l'individuo sia oberato nel prendersi cura del suo benessere o non sia affatto in grado di fare ciò. Nel peggiore dei casi, però, si preoccupano di qualcosa di fondamentalmente diverso, qualcosa che non ha nulla a che fare con il benessere reale o idealizzato dell'individuo concreto, un qualcosa a lui addirittura indifferente o ostile. Tra questi motivi possono figurare ambizioni legate al potere, ma anche interessi collettivi considerati prioritari rispetto agli interessi individuali. In questi casi bisogna pertanto parlare – seguendo *Bernd Schünemann* – di pseudo-paternalismo²⁸.

Alla luce di questa riflessione intermedia mi sembra opportuno non prendere affrettatamente posizione né per l'una né per l'altra posizione.

IV. Casistica

Vediamo alcune costellazioni di casi rilevanti.

28 Cfr. in merito SCHÜNEMANN, (*supra* nota 19), p. 221 ss. (230–232).

1. Esempi di paternalismo penale hard e diretto

Il termine paternalismo secondo molti suona male; si ritiene infatti che abbia una connotazione negativa²⁹. La causa di ciò risiede probabilmente nell'idea normativamente discutibile di voler controllare l'individuo libero. E forse per questo motivo si trovano relativamente pochi esempi evidenti di paternalismo *hard* e diretto nel diritto penale.

Il § 18, comma 1 della legge tedesca sui trapianti (*Transplantationsgesetz*) è uno di questi rari esempi, almeno nella misura in cui si ritiene di dover proteggere il donatore (e la sua dignità umana) da se stesso³⁰ oppure il sentimento morale pubblico³¹. Secondo questa normativa, difatti, non si punisce soltanto chi fa commercio di organi, ma anche colui che volesse cedere da vivo un proprio organo³². È tuttavia opportuno evitare un verdetto prematuro, perché sono evidenti le ragioni di paternalismo *soft* che mirano a proteggere il donatore da chi vuole trarre vantaggio da un suo eventuale stato di necessità³³. Certo, in un mondo in cui altre forme di sfruttamento di situazioni di bisogno sono senz'altro tollerate, l'argomento (convincente sul piano normativo) lascia comunque un retrogusto stantio.

Un esempio concreto e istruttivo di paternalismo *hard* e diretto sarebbe, ed è, il divieto di suicidio. Il suicidio era qualificato come reato in Gran Bretagna fino al 1961. Tuttavia, ciò che era (quantomeno in parte) fondato tanto su ragioni paternalistiche quanto sul sentimento religioso, in sostanza non è riconducibile al paternalismo vero e proprio, bensì a una forma di pseudo-paternalismo. Si trattava infatti di garantire che la Corona non perdesse alcun suddito combattente e contribuente³⁴.

29 In questo senso anche RIGOPOULOU, (*supra* nota 19), p. 23 (per le relative fonti si v. la nota 13).

30 Un'esposizione di tale dibattito, con relative fonti, è rinvenibile in RIGOPOULOU (*supra* nota 19), p. 157 ss., e SCHROTH, in: v. HIRSCH ET ALT. (a cura di), (*supra* nota 19), p. 205 ss.

31 Cfr. RIGOPOULOU, (*supra* nota 19), p. 180 ss.

32 Sebbene anche la legge austriaca sui trapianti di organi (*österreichische Organtransplantationsgesetz*) chiarisca nel § 4 comma 1 che i principi di volontarietà e di gratuità devono essere rispettati e specifichi questi principi nei commi 2, 4 e 5, essa non richiede, a differenza della legge tedesca sui trapianti (si veda il suo § 8 comma 1), la parentela o un legame stretto affinché sia lecita la donazione da vivente.

33 In questo senso anche SCHROTH, in: v. HIRSCH ET ALT. (a cura di), (*supra* nota 19), p. 205 (217 s.).

34 (Purtroppo) si può rinviare soltanto a https://de.wikipedia.org/wiki/Suizid#cite_note-138. In questo lemma si rimanda a: HOLT, *When suicide was illegal*. BBC, 3 agosto 2011; accesso effettuato il 30 gennaio 2015.

Altro esempio fortemente sospettato di pseudo-paternalismo è individuabile nel reato di sottrazione al servizio militare per mutilazione (§ 109 StGB tedesco e § 17 *deutsches Wehrstrafgesetz*; in Svizzera si veda l'art. 95 del codice penale militare).

Inoltre, il fatto che sta venendo meno ogni cautela contro il paternalismo *hard* e diretto nel diritto penale è dimostrato dai §§ 3 e 4 della legge antidoping tedesca (*Antidopinggesetz*)³⁵.

2. Esempi di paternalismo penale hard e indiretto

"Chiunque uccide un'altra persona su sua seria e insistente richiesta è punito con la pena detentiva da sei mesi a cinque anni"³⁶. "Se qualcuno è stato determinato all'omicidio dall'espressa e seria richiesta dell'ucciso, deve essere inflitta la condanna alla pena detentiva da sei mesi a cinque anni"³⁷.

In termini quasi identici, fatti salvi gli aggettivi "insistente" ed "espresso", sia il legislatore penale austriaco che quello tedesco vietano l'omicidio su richiesta. Si tratta di paternalismo penale indiretto, ma *hard*.

Quando si tratta di entità patrimoniali, sorgono dubbi di natura completamente diversa. Bisogna davvero punire chi riduce in povertà i suoi simili approfittando della loro stupidità e avidità, promuovendo abilmente schemi Ponzi, qualora lo faccia in maniera intuibile ma nessuno intuisca³⁸?

3. Esempi di paternalismo soft

Risulta evidente come il paternalismo "duro" non ponga questioni così interessanti. Mentre esso da un punto di vista liberale è assolutamente da respingere, da un punto di vista anti-liberale e anti-individualistico, invece,

35 Cfr. KÖNIG, *Paternalismus im Sport*, in: FATEH-MOGHADAM (vedi *supra* nota 19), p. 267 ss.; anche PRITTWITZ, (citato *supra* nota 6).

36 § 77 oStGB (in tedesco: "Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen").

37 § 216 c. 1 dStGB (in tedesco: "Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen").

38 Cfr. la decisione dell'OLG Rostock del 31.3.1998 (a cui ho contribuito) – I Ws 9/97 = *NStZ* 1998, 467.

tutto opta in suo favore. Il dibattito si fa molto più arduo quando si parla di paternalismo *soft*; occasionalmente, anche nel diritto penale, il paternalismo *soft*, a differenza di quello *hard*, non è considerato come negazione, ma piuttosto come una garanzia dell'autonomia della persona. Infatti, se i *deficit* costitutivi o situazionali della persona non le permettono di prendere una decisione libera e autonoma, allora c'è chi sostiene che impedire questa decisione serva, in senso lato, a tutelare l'autonomia della persona.

Il problema è evidente. Chi determina i criteri per tali *deficit*, chi traccia i confini? Tutte tali pressanti domande da sempre presenti nel dibattito sono state ulteriormente intensificate dalla messa in dubbio, da parte delle neuroscienze, dell'esistenza del libero arbitrio umano.

4. Casi limite complessi

I casi legati agli sport ad alto rischio, di cui ha recentemente parlato *Klaus Schwaighofer*, si stanno rivelando particolarmente difficili sotto i più diversi punti di vista³⁹. Se una persona cerca il brivido esponendosi al pericolo, tutti saranno d'accordo a dire "è colpa tua!". Come stanno invece le cose quando altri sono messi in pericolo, quando ad esempio lo sciatore disattento mette in pericolo i soccorritori che, a loro volta, naturalmente, accettano i rischi dell'azione di soccorso? Come è da valutarsi la situazione in cui uno sciatore professionista, ma imprudente, mette in pericolo o lede spettatori altrettanto imprudenti, e l'intera faccenda rientra nella responsabilità di un organizzatore a sua volta imprudente?

V. Analisi

Tale rapida disamina delle diverse casistiche conferma il monito testé lanciato di evitare posizioni radicali in merito: alla base di orientamenti paternalistici e soluzioni fondate sull'autoresponsabilità si celano interessi tra loro molto diversi.

A mio parere, va quindi evitato di perorare la causa di una maggiore autoresponsabilità a scapito degli orientamenti paternalistici, così come va evitata l'opposta perorazione di soluzioni paternalistiche che limitino l'am-

39 SCHWAIGHOFER, *Strafbarkeit der Fremd- und Selbstgefährdung im Risikosport*, in: *Aktuelle Rechtsfragen des Risiko- und Extremsports*, in BÜCHELE ET AL. (a cura di), 2018, p. 141, ss.

bito di autoresponsabilità. Piuttosto, entrambe le posizioni hanno una loro ragion d'essere.

Alla sempre maggiore accentuazione degli orientamenti paternalistici nell'interesse dei potenti o della collettività, e a scapito della libertà individuale, si contrappongono tendenze che – facendo accenno alla sua autoresponsabilità – negano all'individuo oberato dalla vita di oggi la necessaria protezione.

Questa analisi porta alla conclusione che gli orientamenti paternalistici e quelli basati sull'autoresponsabilità devono sempre essere attentamente vagliati in relazione agli interessi tanto dello Stato quanto degli individui e dei gruppi sociali potenti in seno alla società, e questi devono essere messi in rapporto con gli interessi delle cittadine e dei cittadini *concretamente* interessati.

Più si è rigorosi nel definire quando il paternalismo debba essere rigettato in virtù dei principi liberali, più importanza va attribuita ai concetti di decisione "libera" e "informata", tanto più va chiarito con urgenza cosa s'intenda con libertà e come si debba valutare il mancato uso di informazioni disponibili, ad esempio da parte del consumatore.

VI. Conclusioni

Il paternalismo di stampo autoritario, che spesso può essere smascherato come pseudo-paternalismo, è da ridurre ulteriormente a favore della libertà del cittadino. A questo proposito posso fare riferimento agli studi del collega *Murmann* il quale, dopo un'analisi⁴⁰ molto minuziosa, ha stabilito che da un punto di vista costituzionale e giusfilosofico è inconcepibile mettere sotto tutela le persone per il loro bene.

Allo stesso tempo, però, è evidente la necessità di soluzioni paternalistiche (non necessariamente di carattere penale) che proteggano quegli individui che, per ragioni costitutive o situazionali, siano deboli e vulnerabili, così conferendo loro la capacità di prendere decisioni autoresponsabili, com'è già il caso, nella nostra società liberale e "neoliberale", per gli individui e i gruppi sociali forti.

Si può addirittura fare un ulteriore passo avanti e rinvenire tendenze (neoliberali) nella nostra presunta società liberale e antipaternalistica che, enfatizzando la libertà dell'economia, riducono in modo apparentemente tutorio l'ambito dell'autonomia individuale. Anche a tale riguardo, in cui

40 *MURMANN*, (*supra* nota 2), p. 170 ss. e p. 225 ss.

abbiamo a che fare con un paternalismo *soft* e senz'altro ispirato dall'Illuminismo, permangono dubbi se in merito sia proprio il diritto penale a rappresentare lo strumento idoneo a proteggere le persone da se stesse. Posto in termini concreti e politici: una tutela coerente dei consumatori, che non cede agli interessi economici, non eviterà che i consumatori compiano decisioni irragionevoli, ma condurrà a decisioni più "informate" e, per questo, più libere. Nell'ottica di un liberalismo incentrato sull'individuo, questo costituirebbe un progresso tutt'altro che indifferente.

