

PREMESSA

SOMMARIO: 1. Il titolo dei delitti contro la persona. – 2. I pezzi sparsi del mosaico della tutela penale della persona. – 3. Un modello di ricostruzione del sistema.

1. *Il titolo dei delitti contro la persona.*

Questo manuale a più mani, intitolato alla *tutela penale della persona*, si ricollega idealmente al manuale di parte generale dell'autore di queste pagine. Intende dare conto del modo complessivo in cui l'ordinamento penale cerca di rispondere a problemi di tutela della persona. Più precisamente: problemi di tutela di *diritti della persona*. Il titolo XII del Libro II del codice penale (*delitti contro la persona*) ne è l'oggetto principale, non l'unico.

In senso lato tutti i diritti sono diritti di un soggetto che è definito persona (fisica o giuridica). In questa sede vengono in rilievo diritti aventi ad oggetto interessi squisitamente personali: vita e integrità fisica, libertà, dignità, sfere di vita privata che chiedono rispetto.

Per il diritto penale si tratta di un campo di problemi fondamentale: basti pensare alla centralità della tutela della vita, ed all'omicidio come "delitto naturale" per eccellenza, costante storica degli ordinamenti penali (anche se in forme tutt'altro che costanti).

Nel codice Rocco il titolo *Dei delitti contro la persona* (artt. 575 e ss.) è suddiviso in tre capi: *delitti contro la vita e l'incolumità individuale, contro l'onore, contro la libertà individuale*. Quest'ultimo capo è suddiviso in cinque sezioni: *delitti contro la personalità individuale, contro la libertà personale, contro la libertà morale, contro la inviolabilità del domicilio, contro la inviolabilità dei segreti*.

Rientrano fin dall'inizio in questo titolo figure di delitto di grande importanza e di forte incidenza nella realtà della giustizia penale, quali le varie fattispecie di omicidio e di lesioni personali; figure di grande importanza sistematica, quali sequestro di persona, violenza privata, diffamazione, violazione di domicilio, abbandono di incapaci, omissione di soccorso.

Per la storia: in quel ristretto catalogo c'era anche una fattispecie inafferrabile, quella del delitto di plagio, che è stata dichiarata illegittima per violazione del principio di legalità/determinatezza da una delle più importanti (per il significato di principio) sentenze costituzionali in materia penale, n. 96 del 1981.

Il già ampio titolo XII è stato arricchito, nel corso dei decenni della Repubblica, di numerose nuove figure di delitto. L'inserzione di nuovi e consistenti blocchi normativi ha posto sotto tensione la struttura originaria del capo III, dei *delitti contro la libertà individuale*. Già nel sistema originario aveva contenuti eterogenei: norme a tutela non solo della libertà, ma anche di altri diritti della persona, costitutivi di sfere di inviolabilità (del domicilio, dei segreti).

Le sezione prima di questo capo (delitti contro la *personalità individuale*) è oggi un coacervo di disposizioni che vanno ben al di là dell'originario, ristretto catalogo di delitti gravissimi (del tipo della riduzione in schiavitù) comportanti una radicale soppressione dell'autonomia personale. Vi sono state inserite nuove fattispecie aventi ad oggetto la tutela dei minori da forme di sfruttamento sessuale (legge 3 agosto 1998, n. 269, e successive modificazioni e integrazioni); le fattispecie di tratta di persone (legge 11 agosto 2003, n. 228); la fattispecie di intermediazione illecita a sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis*, introdotto con legge 14 settembre 2011, n. 148, e rivisitato con legge 29 ottobre 2016, n. 199). Alcune modifiche sono state apportate a seguito della ratifica della legge 1° ottobre 2012, n. 172) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali (Convenzione di Lanzarote, 1° ottobre 2007).

In una nuova sez. 1-*bis*. *Dei delitti contro l'uguaglianza*, il d.lg. 1° marzo 2018, n. 21, in attuazione del principio della "riserva di codice", sono state collocate le norme penali della legge speciale avente ad oggetto comportamenti e manifestazioni discriminatorie (legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni).

Nella sezione seconda (delitti contro la *libertà personale*), con la riforma del 1996 sono stati inseriti (con modifiche) i delitti di abuso sessuale (artt. 609-*bis* ss.), originariamente contenuti nel capo primo (*delitti contro la libertà sessuale*) del titolo IX (*delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*). La traslazione e riclassificazione dei delitti di abuso sessuale ha avuto il merito di dichiarare espressamente – con forte impatto simbolico – che l'abuso sessuale offende persone in carne ed ossa, non un'astratta moralità pubblica. Rispetto ai contenuti normativi è neutra: i contenuti delle vecchie e delle nuove fattispecie ci dicono che si tratta di *delitti contro la persona, sia prima che dopo la riforma*, e che la libertà sessuale, evocata ieri con una specifica etichettatura (*delitti contro la libertà sessuale*) andata persa nella nuova collocazione, è l'interesse della persona specificamente tutelato: un profilo della libertà di autodeterminazione personale, che avrebbe caso mai reso preferibile un accostamento ai delitti contro la *libertà morale*.

Nella sezione terza (delitti contro la *libertà morale*) significative novità sono l'introduzione (nel 2009) della fattispecie di *atti persecutori* (c.d. *stalking*) e la recente introduzione (nel 2017) delle fattispecie di tortura, art. 613-*bis* e 613-*ter*. Nelle sezioni quarta (delitti contro l'inviolabilità del domicilio) e quinta (delitti contro l'inviolabilità dei segreti) sono state inserite fattispecie di reati informatici (a partire dalla legge 23 dicembre 1993, n. 547). Nell'insieme, le partizioni del capo III, rimaste immutate, non rispecchiano la più variegata natura delle fattispecie ivi inserite.

2. I pezzi sparsi del mosaico della tutela penale della persona.

La tutela penale della persona trova nel titolo XII il suo nucleo, ma non la totalità dei pezzi del sistema che possano essere considerati come rivolti (magari non in via esclusiva) alla tutela di diritti o interessi squisitamente personali.

Nel sistema originario del codice, pezzi importanti della tutela della persona erano collocati altrove, sotto etichettature pubblicistiche, espressione più o meno marcata dell'ideologia del legislatore fascista.

Un esempio vistoso era il titolo X, *dei delitti contro l'integrità e sanità della stirpe*, dichiaratamente collegato alla politica demografica del regime. Quel titolo è stato abrogato dalla legge 22 maggio 1978, n. 194 sull'interruzione della gravidanza, ed appunto la nuova disciplina dell'aborto è il successore (ben diversamente caratterizzato) del vecchio modello di repressione a tutto campo. La pertinenza a problemi di tutela di diritti della persona non è in discussione.

Nuovi problemi relativi al concepimento e alla vita prenatale, legati a progressi della scienza e della tecnica, sono oggetto della legge n. 40 del 2004 sulla procreazione medicalmente assistita, contenente precetti rafforzati da sanzioni penali e amministrative. Su questa disciplina hanno inciso importanti sentenze della Corte costituzionale.

Abbiamo già accennato al titolo IX, *dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*: era un ricettacolo di materie che possono essere ripensate tutte quante nell'ottica di diritti e interessi della persona. Quel titolo codicistico è stato quasi interamente smantellato da interventi legislativi di settore: ne è uscito, come già detto, l'intero capo dei delitti contro la libertà sessuale; ne è uscita la disciplina della prostituzione, con la legge del 1958 che ha abolito le c.d. *case chiuse*; ne è uscita la disciplina degli stupefacenti, divenuta oggetto di articolate discipline speciali, che oggi è uno dei settori più incidenti nella realtà della giustizia penale. Unico e piccolo residuo, rimasto nel titolo IX, la disciplina di atti, pubblicazioni e spettacoli osceni.

È significativo che nuove norme in materia di prostituzione e di pornografia, introdotte dalle leggi sullo sfruttamento sessuale di minori, siano state inserite nel titolo XII: il legislatore ha preso atto che si tratta di materie riconducibili a problemi di tutela della persona. È questa la cornice nella quale vanno ragionevolmente inquadrare per intero quelle materie, indipendentemente dalla collocazione ed etichettatura delle singole norme. Hanno a che fare con la tutela della persona sia la repressione penale di attività di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione (la cui disciplina di base è tuttora la legge speciale del 1958) sia la disciplina delle manifestazioni oscene, ultimo residuo di un titolo codicistico già in gran parte traslocato nel titolo dei delitti contro la persona.

Si può discutere, e di fatto si discute, se queste materie abbiano *soltanto* a che fare con la tutela della persona, o non *anche* con la tutela di interessi pubblicistici, per i quali abbia tuttora senso il riferimento alla moralità e al buon costume. Quale che sia la risposta, è in ogni caso giustificata la trattazione di queste materie nel quadro dei problemi della tutela penale della persona.

Entro l'orizzonte dei problemi di tutela della persona trovano ragionevole collocazione anche altri blocchi normativi, collocati sia nel codice penale che fuori del codice.

Vengono in rilievo, in particolare, discipline che hanno a che fare con problemi di *sicurezza* della vita e dell'integrità fisica. Sicurezza dal pericolo di aggressioni con strumenti atti ad offendere: problema cruciale, su questo fronte, è il controllo delle armi. Sicurezza da pericoli legati all'uso di sostanze stupefacenti o di altre sostanze pericolose (doping). Sicurezza anche da pericoli di eventi incidentali connessi ad attività tipiche della moderna società del rischio.

Nel codice penale, la tutela delle persone da pericoli per la vita e integrità fisica prende corpo nel titolo VI, *dei delitti contro l'incolumità pubblica*: le fattispecie ivi contenute hanno ad oggetto

aggressioni dolose, la realizzazione dolosa o colposa di “disastri”, e altri comportamenti sia attivi che omissivi comportanti pericoli per l'incolumità di persone. Problemi (anche) di sicurezza, legati a particolari campi, sono oggetto di varie e importanti discipline speciali. In questo volume sono inserite solo alcune fra le materie più importanti.

Nel quadro dei problemi di tutela della libertà e della dignità delle persone, vengono in rilievo i classici delitti contro l'onore collocati nel capo II del titolo XII, le norme antidiscriminazione recentemente inserite come nuova sezione dei *delitti contro l'eguaglianza*, e le norme in materia di prostituzione e di pornografia, dovunque collocate. Vengono inoltre in rilievo le discipline collocate nel titolo IV, dei *delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*.

I delitti di religione hanno uno sfondo storico centrato sulla tutela della religione (e segnata dalla “religione dello Stato”) come bene di civiltà, anche a detrimento di diritti di libertà, con l'incriminazione a tutto campo del vilipendio della sola religione cattolica (art. 402). A seguito della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di questa norma (già pressoché disapplicata) con la sentenza n. 508 del 2000, e della completa equiparazione della tutela penale di tutte le confessioni religiose, il sistema dei delitti denominati *contro il sentimento religioso* non è più quello del codice Rocco: come oggetti di tutela si stagliano la dignità di chi venga offeso come *professante* una religione, nonché la libertà religiosa e l'indisturbato esercizio della libertà di culto. Sia pure in una dimensione non esclusivamente personale, sono in gioco diritti delle persone.

Quanto ai delitti *contro la pietà dei defunti* e alle norme antidiscriminatorie, la tutela è chiaramente rivolta alla eguale dignità delle persone. La *pietà dei defunti* non va intesa come tutela di sentimenti o reazioni emotive di taluno, ma come una disposizione del sentire (la pietà) che ha a che fare con il rispetto dovuto alla persona umana (al suo corpo) anche dopo la morte. L'importanza del rispetto per i morti, per la formazione della morale della nostra civiltà, può essere emblematicamente colta negli ultimi canti dell'Iliade: dall'oltraggio di Achille sul cadavere di Ettore, il nemico ucciso, alla riconsegna del corpo nell'incontro con Priamo, il re nemico.

Nella ricomposizione del mosaico delle tutela penale della persona hanno ovviamente un ruolo fondamentale i principi fondamentali dell'ordinamento, introdotti dalla Costituzione entrata in vigore nel 1948 e da successive Carte di diritti. La svolta di sistema, segnata dalla Costituzione liberaldemocratica rispetto all'ideologia statualista ed autoritaria del codice Rocco, impone di ripensare fondamenti, limiti, articolazioni del sistema penale, anche nel settore dei delitti contro la persona. I diritti della persona, gli stessi diritti che pongono esigenze di tutela legale, pongono anche limiti alle possibilità di tutela autoritaria. Delicati problemi di bilanciamento fra diritti diversi e confliggenti si pongono non solo al legislatore, ma anche nella ricostruzione ermeneutica e nella applicazione del diritto vigente. Basti pensare alle questioni eticamente sensibili che attraversano il biodiritto, ed ai problemi di tutela della pari dignità delle persone di fronte a manifestazioni espressive.

3. *Un modello di ricostruzione del sistema.*

Dare conto dei problemi di tutela della persona, e delle risposte date (o non date) dall'ordinamento vigente, richiede di raccogliere e riordinare tutti i pezzi del mosaico: sia quelli sistemati fin dall'inizio o successivamente introdotti nel grande contenitore del titolo XII, sia gli altri sparsi qua e là nel codice e fuori. La struttura di questo volume, leggibile nell'indice, propone una fra le articolazioni possibili, senza alcuna pretesa “dogmatica” o sistematica. È, semplicemente, un modello espositivo che è stato scelto perché ritenuto idoneo a dare conto in modo ordinato dei problemi di disciplina e delle contingenti risposte normative: idoneo a ricomprendere e ordinare una materia più

ampia e più complessa del titolo dei delitti contro la persona, in modo concettualmente chiaro, sufficientemente articolato, non eccessivamente frammentato. Certo non è l'unico modello espositivo possibile: le partizioni della materia possono essere effettuate in modo diverso, in funzione di diversi interessi di conoscenza. Può essere non inutile dar conto di alcune scelte.

È stata data dignità di partizione autonoma (Parte III di questo volume) ai temi della libertà e dignità sessuale: temi che avrebbero ben potuto essere spartiti fra la parte dedicata alle libertà e la parte dedicata alla dignità delle persone. È parso preferibile suggerire uno sguardo d'insieme sui vari aspetti del diritto penale concernenti la sessualità, in considerazione della particolare rilevanza (di principio e pratica) di tale aspetto.

È pure stata data dignità di partizione autonoma (Parte III di questo volume) alla tutela della dignità della persona. Vi rientrano discipline eterogenee, di vecchio e di nuovo conio. In questa parte è stata inserita anche la materia dei delitti di religione, alcuni dei quali hanno a che fare con la dignità di chi professa una confessione religiosa, altri con la libertà di culto.

È pure stata mantenuta unitaria la trattazione delle materie che il codice raggruppa nel titolo XI, *dei delitti contro la famiglia*. Più che oggetto della tutela, la famiglia (o altra situazione di convivenza, dicono recenti modifiche all'art. 572) è il contesto entro il quale si pongono i problemi cui le norme penali del titolo XI danno risposta: problemi di variegata natura, concernenti ancora una volta la tutela di *diritti delle persone*. Diritti legati allo *status* di coniuge (bigamia) o di figlio (delitti c.d. contro lo stato di famiglia), o ad entrambi (violazione degli obblighi di assistenza familiare), o a rapporti fra genitori e figli (delitti di sottrazione di minori o incapaci); integrità fisica (abuso di mezzi di correzione, maltrattamenti: artt. 571 e 572). Fanno parte del quadro anche i delitti c.d. contro la morale familiare: una discussa norma tradizionale di grande significato simbolico (incesto) ed una figura di reato d'espressione priva di qualsiasi effettività (art. 565).

Un'ultima notazione. Abbiamo inserito in questo volume anche il tema della *tutela degli animali*, che nel codice vigente è inquadrato nel titolo IX-bis – di conio recente (2004) – *dei delitti contro il sentimento per gli animali*. Anche qui non vengono in rilievo sentimenti effettivi di chicchessia: il riferimento a sentimenti appare essere un modo di eludere la questione, se la tutela non sia in realtà stata apprestata *direttamente agli animali*. In concreto, i fatti incriminati consistono in fatti di *violenza su animali*: fatti, possiamo ben dire, *contro la vita e l'integrità fisica di animali non umani*.

PARTE I
TUTELA DELLA VITA
E DELL'INTEGRITÀ FISICA

CAPITOLO 1

PROBLEMI E SISTEMA DI TUTELA

SOMMARIO: 1. Gli oggetti di tutela: vita e integrità fisica. – 2. Bioetica e biodiritto. – 3. Il biodiritto penale fra vincoli ontologici e principi normativi. – 4. I soggetti della tutela. Inizio e fine vita. – 5. Il nucleo della tutela: delitti d'evento. Responsabilità per dolo e colpa, azione e omissione. – 6. L'estensione della tutela. Il diritto penale della sicurezza. – 7. Diritto alla vita e diritti della persona. – 8. Divieti ed obblighi di attivarsi. – 9. Disponibilità o indisponibilità della vita? – 10. Diritto alla vita e cause di giustificazione. – 11. Tutela dell'integrità fisica. Concetto di malattia. – Bibliografia essenziale.

1. *Gli oggetti di tutela: vita e integrità fisica.*

La tutela della vita e dell'integrità fisica ha a che fare con condizioni di base di qualsiasi convivenza e con il problema della costituzione di un ordine statuale e giuridico. “*Non uccidere*” è precetto fondamentale presente in tutti gli ordinamenti penali; l'omicidio è, per così dire, il delitto per eccellenza, il paradigma dei c.d. delitti naturali, fondati su esigenze di tutela che si impongono alle legislazioni di tutti i tempi e luoghi come dato costante, pur con molte varianti.

Diritto alla vita (e all'integrità fisica) come diritto fondamentale, proclamano la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 3), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 2), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3). La vita è “*condizione di tutto il resto*”¹; un *bene-presupposto*, nel linguaggio della dottrina penalistica².

In che senso parliamo di *diritto* alla vita, per esseri mortali? Il contenuto di un tale diritto non è omogeneo a quello dei diritti soggettivi che attribuiscono (o riconoscono) facoltà di agire, e di produrre col proprio agire effetti giuridici. Il senso del diritto si identifica con la protezione che alla vita è dovuta; il suo nucleo essenziale corrisponde (con varianti storicamente condizionate) al precetto *non uccidere*; “*il regno della forza, riconoscibile nella natura* (tutto mangia tutto, il più forte mangia il più debole) *si ferma sulla soglia dell'universo umano nel quale il più debole ha diritto alla protezione della forza collettiva*”³.

¹J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008, p. 90.

²F. MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, Padova, 2008, p. 99.

³J. HERSCH, *op. cit.*, p. 91.

Il diritto alla vita non è espressamente menzionato nella Costituzione italiana. È pacificamente compreso fra i *diritti inviolabili della persona*, riconosciuti e tutelati dalla Costituzione (art. 2).

La pretesa di protezione della persona, nella sua corporeità, si esprime anche nel diritto all'integrità fisica e alla salute. La Repubblica "*tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*" (art. 32 Cost.). Salute non semplicemente come assenza di lesioni o di malattia, ma come stato di positivo benessere. È un aspetto dell'integrità fisica anche l'*integrità estetica*, l'aspetto del corpo.

L'interesse della collettività, di cui parla l'art. 32 Cost., non può intendersi legato a considerazioni di utilità sociale; non dipende da ciò che l'individuo in buona salute possa o non possa dare alla società. Ovviamente, la buona salute delle persone è interesse della società, ma concezioni utilitaristiche o strumentali dell'essere umano sono estranee alla civiltà dei diritti dell'uomo. Certo, il rispetto della vita e dell'integrità fisica delle persone è anche nell'orizzonte costituzionale "*un elemento dell'ordine giuridico generale, un interesse comune a tutti e quindi proprio dello Stato, e non limitato alla persona singola*", come continua a scrivere, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, un giurista che era stato di regime⁴. Interesse della collettività (e quindi dello Stato, dice il linguaggio dell'ideologia statalista) è l'interesse a *tutelare il diritto fondamentale della persona*.

Il rispetto della vita (e dell'integrità fisica) è un diritto inviolabile delle persone, riconosciuto ugualmente per tutti, indipendente da condizioni personali di qualsiasi genere: indipendente dallo stato di salute, dalle capacità di prestazione, da eventuali doveri specifici del singolo individuo nei confronti della società, o dai costi di una sopravvivenza socialmente improduttiva. Nell'orizzonte di democrazie liberali la tutela della persona non può essere condizionata da interessi statuali, evocati invece dai redattori del codice Rocco. *Il principio personalistico e il principio d'uguaglianza non consentono differenziazioni nella tutela del diritto inviolabile in ragione di interessi della collettività*. Tutti gli uomini hanno pari dignità, e hanno diritto ad essere trattati come fini in sé.

Può essere ancor oggi un inquietante spunto di riflessione, e non una mera curiosità storica, ricordare che nella relazione del Ministro Guardasigilli (Alfredo Rocco) al Progetto definitivo del codice penale la tutela *energica ed appropriata* della vita e della incolumità individuale era collegata al "*fine di assicurare, oltre che una più salda protezione dei beni individuali, anche, e più specialmente, la tutela del supremo interesse dello Stato allo sviluppo progressivo della razza*". C'è da dire che questa ideologia dichiaratamente razzista non si riflette nei contenuti normativi del codice: la tutela della vita e dell'integrità fisica è sempre stata apprestata in via generale, per tutti gli uomini e donne, senza condizionamenti di tipo razziale.

2. Bioetica e biodiritto.

Si definisce *bioetica* (il termine è entrato in uso negli anni '70) l'*etica applicata al mondo della vita* (in greco *bios*): *studio sistematico* (così una classica definizione) "*della*

⁴ V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1951, p. 8.

condotta umana nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute, in quanto tale condotta sia esaminata alla luce di valori e principi morali" ⁵.

La fortuna di questa definizione copre notevoli divergenze circa la natura, gli ambiti e le finalità della bioetica. La bioetica è terreno di confronto, talora di scontro fra diverse *concezioni comprensive* del mondo e della vita.

Il discorso della bioetica tocca questioni che interessano il diritto, là dove si occupa della vita e della salute. Sotto le etichette di bioetica e di *biodiritto* ⁶ questioni antiche vengono discusse sotto profili nuovi, legati ai progressi nelle possibilità tecniche di intervento su tutte le fasi della vita, dalla procreazione alla morte.

Come si rapporta la bioetica con i problemi del biodiritto, dentro un orizzonte giuridico e politico che postula la *separazione del diritto dalla morale*?

Il discorso della bioetica (delle diverse *bioetiche*, al plurale) può proporsi sia finalità che toccano il diritto, sia finalità specificamente morali, che vanno oltre il diritto. Nella parte in cui formulino proposte su come conformare il diritto, le bioetiche hanno a che fare (anche) con problemi di legittimazione della forza cogente che è carattere specifico del diritto. Nella parte in cui svolgano un discorso puramente etico, senza pretese o implicazioni relative all'uso della coercizione legale, le bioetiche hanno maggiori spazi di manovra; possono dialogare e anche scontrarsi. La *lingua franca* ⁷ della bioetica può essere parlata in molti modi; l'orizzonte giuridico è importante, ma non è l'orizzonte ultimo. Il principio *giuridico* di laicità liberale non è un vincolo che possa essere imposto a discorsi morali: ciò è precluso proprio dall'idea liberale della separazione fra diritto e morale.

Sullo sfondo di delicati e controversi problemi del biodiritto c'è la presenza e pressione di concezioni morali fra loro in conflitto. In Italia ha assunto grande rilievo sia nel confronto culturale che in sede politica uno schema che contrappone bioetica cattolica e bioetiche laiche ⁸. Questa distinzione è essa stessa oggetto di discussione, e può essere (ed è) interpretata in vari modi.

Sul piano descrittivo, la dicotomia laico – cattolico è uno schema concettuale utilizzabile per inquadrare alcuni aspetti del confronto, così come storicamente si è sviluppato in Italia, fra diverse posizioni di bioetica e/o di biodiritto. La realtà è più complessa: la dicotomia fra etiche o bioetiche laiche ed etiche ancorate a una religione non dà adeguatamente conto del pluralismo delle concezioni nell'uno e nell'altro campo, né della complessità di un confronto aperto a sviluppi diversi, vuoi di convergenze, vuoi di conflitto.

Vi è una bioetica più o meno ufficiale della Chiesa cattolica, e vi sono indirizzi di bioetica esplicitamente legati a una od altra concezione religiosa. Vi sono indirizzi dichiaratamente laici, secondo diverse accezioni di laicità: una laicità debole, di tipo procedurale, o una laicità forte, legata al distacco da concezioni religiose.

La laicità procedurale, la bioetica come lingua franca, è terreno comune di tutte le posizioni "formulate in base ad argomenti razionali e non fondate su dubbi assunti teologici o metafisici. In questo senso, si può dire che esista solo la bioetica laica, in quanto quella confessionale non è, in

⁵ W.T. REICH (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, I, 1978, p. XIX.

⁶ C. CASONATO-C. PICIOCCI (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006; ID., *Forum biodiritto* 2008. *Percorsi a confronto*, Padova, 2009. AA.VV., *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010.

⁷ P. BORSELLINO, *Bioetica tra morali e diritto*, Milano, 2009, p. 22.

⁸ G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005; ID., *Laicità debole e laicità forte*, Milano, 2008.

senso stretto, un'etica intesa come attività propriamente filosofica"⁹. Anche la bioetica confessionale (legata in modo più o meno stretto al mondo delle religioni) è però una presenza (molto forte) nel dibattito. L'affermazione che esiste solo la bioetica laica, da parte di studiosi non appartenenti al mondo della laicità filosofica in senso forte, va intesa (e apprezzata) come affermazione di appartenenza al mondo della laicità liberale, aperta a tutti coloro che argomentano razionalmente, e come pretesa a che ogni posizione razionalmente argomentata sia considerata e discussa come tale, indipendentemente dal suo rapporto con etiche confessionali¹⁰.

Paradigmi di bioetica laica in senso più stretto sono costruiti con liste di assunti storicamente connessi a un mondo filosoficamente laico¹¹. Sarebbe contraddittorio (rispetto a qualsiasi significato di laicità) intenderli come un modello teorico di ortodossia laica: il mondo delle etiche laiche è, per definizione, pluralistico, non riassumibile in una o altra metaetica, o in una o altra etica materiale. Possono funzionare come un modello idealtipico di una particolare bioetica laica contrapposta ad altre, non laiche o magari diversamente (debolmente) laiche.

Schematizzando un quadro più variegato di quanto non dicano classificazioni dicotomiche, sono spesso proposte, come formule riassuntive degli approcci religioso e laico alla bioetica, le formule della *sacralità della vita* e della *qualità della vita*. Taluno, dal campo della laicità forte, individua il tratto caratterizzante della bioetica laica nel passaggio dall'oggettivismo realistico al soggettivismo morale individuale, e come stacco decisivo del confronto bioetico quello fra disponibilità e non disponibilità dei fenomeni vitali¹².

L'enfasi sulle differenze, per quanto utile nel confrontare concezioni diverse, trae con sé il rischio di lasciare ai margini della riflessione principi e approdi comuni alle diverse posizioni. *I valori della vita e della salute, nel nostro orizzonte di civiltà; sono il fondamento condiviso sul quale ha senso ogni questione sull'etica e sul diritto relativi al bios.*

Fuorviante è la contrapposizione fra le formule della sacralità e della qualità della vita. L'idea di sacertà della vita evoca un orizzonte religioso, estraneo a quello di ordinamenti giuridici secolarizzati; non si addice al lessico di una bioetica che voglia attenersi ad argomenti razionali. Ha però una traduzione laica nell'idea dell'*uguale rispetto dovuto ad ogni essere umano*.

È questo il comune denominatore ed il fondamento (di radice religiosa e sviluppo illuministico) di qualsiasi etica e bioetica entro il nostro orizzonte di civiltà. Ne sono fuori le "etiche", se così possiamo chiamarle, di tipo razzista e nazista, che considerano inferiori e non meritevoli di vivere certe persone o categorie di persone.

La formula (alquanto ambigua) della qualità della vita può essere ragionevolmente intesa nel senso che l'attenzione ai diversi modi di essere e ai livelli di qualità della vita fa parte del campo di problemi delle bioetiche in dialogo: *la qualità della vita può essere additata come valore positivo, come fine cui tendere. Non può essere un di-*

⁹ M. REICHLIN, *Cattolico e laico: i limiti di una dicotomia abusata*, in G. FORNERO, *Laicità debole*, cit., p. 15.

¹⁰ D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007, p. 147: "Le argomentazioni vanno sempre prese al loro valore facciale ... se sono buone, vanno accettate quali che siano le ragioni profonde e nascoste che hanno indotto a metterle in campo".

¹¹ G. FORNERO, *Bioetica cattolica*, cit., pp. 96-97.

¹² E. LECALDANO, *Il contesto della secolarizzazione e la bioetica della disponibilità della vita*, in G. FORNERO, *Laicità debole*, cit., p. 40.

scrimine fra uomo e uomo, a pena di non uscire dal mondo morale e giuridico dell'uguale rispetto e dell'uguale dignità di tutti gli uomini.

Oltre che differenze sul piano dell'etica sostanziale vi sono differenze a livello metaetico, fra etiche non cognitive ed etiche che si autodefiniscono ontologicamente fondate, come l'etica ufficiale della Chiesa cattolica¹³. Peraltro, le differenze metaetiche o nelle concezioni del mondo non necessariamente coincidono con la distinzione fra etiche di matrice religiosa e non.

Per il biodiritto le concezioni bioetiche comprensive fanno parte dello scenario sociale e culturale e morale in cui si pongono i problemi di costruzione e di interpretazione di norme giuridiche. Le diverse bioetiche interessano come espressione delle concezioni etiche che dialogano e si confrontano (o si scontrano) nella società. Il diritto non può proporsi l'obiettivo di dirimere le controversie bioetiche, si invece quello di risolvere problemi di disciplina, là dove siano richieste o appaiano opportune soluzioni vincolanti e coercibili. Deve fare i conti con disaccordi più o meno ragionevoli, e può andare alla ricerca di auspicabili *consensi per intersezione*: accordi non completamente teorizzati¹⁴ su soluzioni concrete di problemi bioetici, a partire da premesse anche divergenti.

Il principio di laicità liberale, che è garanzia del pluralismo, non si identifica con alcuna concezione comprensiva. Come si raccordi con le diverse concezioni comprensive, in contesti eticamente sensibili, sarà uno dei fili conduttori nell'esame dei diversi problemi del biodiritto penale.

3. Il biodiritto penale fra vincoli ontologici e principi normativi.

I *problemi* concernenti la tutela dell'integrità biologica dell'essere umano hanno a che fare con un *mondo di fatti* (dati biologici ed altro) che sta dinanzi al legislatore ed al giurista come un dato di realtà preesistente ed indipendente dal diritto. Quali che siano le soluzioni normative dei diversi ordinamenti giuridici, *dati biologici indipendenti dal diritto definiscono il campo in cui la scelta normativa va ad incidere*. Per definizione, i problemi del biodiritto penale sono problemi di tutela relativi al *bios*, alla vita biologica; il campo problematico copre tutto l'arco che va da un momento iniziale (l'inizio della vita) a un momento finale (la morte).

L'individuazione dei dati biologici rilevanti per il diritto penale chiama in causa il sapere scientifico sul *bios*. Il legislatore non è vincolato al *linguaggio* della scienza, a definizioni concettuali che la scienza costruisce in vista di propri scopi; ma ha bisogno di un *sapere sul mondo* (della natura e degli uomini) che va ricercato nell'orizzonte di civiltà, di razionalità e di conoscenze scientifiche (sulla natura e sull'uomo) di cui il diritto e la scienza giuridica sono parte.

Come la Corte Costituzionale ha chiarito nella famosa sentenza n. 96 del 1981, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di plagio, la norma penale non può prendere in consi-

¹³ Una chiara esposizione della dottrina morale della Chiesa cattolica nell'enciclica *Veritatis Splendor* di Giovanni Paolo II.

¹⁴ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009.

derazione nessuna ipotesi che non sia verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato; la stessa legittimità formale del precetto legale dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale. Ciò che il diritto è competente a fare, è la selezione dei fatti e comportamenti ritenuti rilevanti, secondo criteri normativi, anche quando si riferiscono a realtà corposamente fattuali, come la nascita, la malattia, la morte.

Nel biodiritto, al centro della discussione vi è il concetto di *persona*. Fautori della bioetica laica parlano di concetto funzionalista, che distingue tra l'essere umano e l'essere persona¹⁵. Dal fronte di chi collega la bioetica a presupposti metafisici o religiosi, si parla di "principio persona"¹⁶ e si riconduce al concetto di persona non solo qualsiasi essere umano già nato, ma anche il feto e l'embrione. La filosofia di stampo fenomenologico si interessa della formazione della persona quale soggetto morale, e perviene a definizioni della persona contenutisticamente più ricche e più selettive¹⁷. L'*avventura semantica*¹⁸ del concetto di persona continua in discorsi di diversa natura, caricati di significati ideologici o metafisici.

Le premesse filosofiche si riflettono sull'impostazione delle questioni di biodiritto penale. Emblematiche le discussioni a proposito del momento iniziale della vita umana e della tutela dell'embrione.

Quale interesse possono avere, per il diritto, le definizioni di persona proposte dalla diverse concezioni etiche o filosofiche? L'autonomia reciproca del diritto e della morale è anche autonomia nella costruzione dei rispettivi linguaggi; il diritto non è competente a prendere posizione sul linguaggio e su questioni della bioetica come disciplina filosofica, né è vincolato a particolari concezioni bioetiche o a particolari linguaggi. Al diritto interessano questioni normative, relative alla costruzione di possibili modelli di disciplina.

Nel linguaggio del diritto si definisce persona il soggetto che costituisce un punto di riferimento di rapporti giuridici, diritti e doveri (chiunque esso sia: persona fisica o persona giuridica). In questi termini, è un concetto puramente formale. Parlando di *principio personalistico* si intende dire qualcosa di più, che ha a che fare con il dover essere del diritto: l'idea di un soggetto morale, che ha diritto ad essere considerato e rispettato come fine in sé, in relazione al suo valore intrinseco.

Le scienze del *bios* mettono a fuoco talune premesse fattuali, ma non sono competenti a dare la soluzione dei problemi specificamente normativi. Pongono premesse, e non soluzioni, anche dei problemi normativi concernenti il principio personalistico e la sua concretizzazione in discipline giuridiche (penali o d'altra natura).

Le verità e i dubbi *di fatto*, che interessano il biodiritto, attengono a dati attingi-

¹⁵ G. FORNERO, *loco ult. cit.*

¹⁶ V. POSSENTI, *Il principio persona*, Roma, 2007.

¹⁷ Vedi per es. R. DE MONTICELLI, *La libertà di ognuno*, Milano, 2008.

¹⁸ S. COTTA, *Persona (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, p. 159 s.

bili dalla scienza. Tutto ciò che va oltre i dati di fatto attingibili dal sapere scientifico è per il diritto uno spazio aperto a valutazioni e scelte normative.

Vincoli ontologici (a fatti accessibili al sapere scientifico) e spazi aperti a valutazioni normative definiscono dunque il campo dei problemi del biodiritto. ***I concetti chiave del biodiritto penale sono, ad un tempo, descrittivi e normativi.*** Quando sono utilizzati per costruire fattispecie giuridiche, sono descrittivi nel senso che debbono avere un riconoscibile riferimento in dati biologici, attraverso la mediazione del sapere scientifico, e normativi nel senso in cui lo sono tutti gli elementi selezionati da una fonte normativa.

Mentre per la scienza le definizioni dei concetti hanno un carattere (almeno in parte) convenzionale, e non un valore di verità¹⁹, è nella logica del diritto il riferimento a definizioni, esplicite o implicite, che incorporano un significato normativo vincolante. Tali definizioni, ancorché vincolate alla coerenza con il sapere scientifico disponibile, non possono accampare la pretesa di avere significati ontologici o metafisici. Sono, semplicemente, tipizzazioni normative.

4. I soggetti della tutela. Inizio e fine vita.

Problemi di tutela dell'integrità biologica dell'essere umano riguardano l'essere vivente in tutto l'arco che va da un momento iniziale (l'inizio della vita) a un momento finale (la morte).

La **morte**, la cessazione irreparabile della vita, è l'evento che segna il venir meno del soggetto titolare del diritto alla vita; per il diritto penale è l'evento costitutivo delle fattispecie di omicidio. Fino al momento della morte c'è un uomo vivente, anche quando sia vicino o già avviato il processo del morire; e anche per il morente sono operative le norme giuridiche di tutela della vita.

Sul piano concettuale, definire il momento della morte non presentava in passato particolari problemi, data la normale coincidenza della cessazione delle funzioni vitali: respirazione, circolazione del sangue, attività del sistema nervoso. Problemi nuovi sono sorti quando il progresso della scienza e della tecnologia medica ha consentito di porre in essere pratiche di grande rianimazione, che consentono di mantenere (anche per tempo prolungato) battito cardiaco e respiro, con l'ausilio di una macchina, anche dopo la totale cessazione dell'attività dell'encefalo, o dell'attività cerebrale corticale da cui dipendono le funzioni psichiche di livello superiore. Sembra divenire realtà lo scenario che Goethe ha immaginato: *Der alte Tod verlor die rasche Kraft/Das Ob sogar ist lange zweifelhaft* (la vecchia morte ha perso la sua rapida forza; perfino il se è incerto).

Da ciò l'esigenza di ridefinire il concetto di morte con riferimento alla possibile non coincidenza della cessazione delle funzioni vitali. Il progresso scientifico ha fatto inoltre emergere nuovi profili di rilevanza della morte, come la possibilità di prelevare organi a scopo di trapianto. La definizione della morte si è trovata al centro di un nodo di problemi e di spinte contrapposte.

¹⁹K. POPPER, *Scienza e filosofia*, 1969, p. 55: per la conoscenza scientifica "*i problemi legati al significato o alla definizione delle parole sono privi di importanza*"; problemi di verità si pongono per le teorie scientifiche, non per le parole. "*Le parole sono importanti soltanto come strumenti per la formulazione delle teorie*".

La rilevanza giuridica della morte fa della definizione di morte un problema (anche) giuridico, che involge questioni sia di fatto che di valore.

“La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”: così la legge 29 dicembre 1993, n. 578, *Norme per l'accertamento e la certificazione della morte*. Questa formulazione non si limita a indicare un criterio di accertamento, ma pone una definizione del concetto di morte ai fini del diritto.

La Corte costituzionale ha affermato (sentenza n. 414 del 1995) la legittimità di questa norma e la sua rilevanza per il diritto penale: partendo dalla presa d'atto che la cessazione della vita è un fenomeno graduale, il problema è di *“determinare quale sia il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana”*. A tal fine il legislatore è *“chiamato a ponderare, in una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento”*, in sintonia col comune sentire. Definire la morte significa, per il diritto, definire il campo e il confine ultimo di operatività delle norme giuridiche poste a tutela della vita, dal divieto di uccidere ai doveri di cura, ad eventuali discipline peculiari per la fase terminale o per situazioni particolari.

La morte, come attualmente definita, *si identifica* con la cessazione di *tutte* le funzioni dell'encefalo; non, dunque, con la morte corticale, cioè con la perdita irreversibile delle funzioni psichiche superiori, come proposto da un diverso orientamento. La differenza non è di poco conto: concerne, in particolare, la condizione del soggetto in stato vegetativo persistente, privo di coscienza (in modo ragionevolmente irreversibile) e tenuto in vita artificialmente. Alla stregua della suriportata definizione legale di morte, il soggetto in stato vegetativo è una persona tuttora in vita, con tutte le implicazioni giuridiche che ciò comporta.

La definizione di morte come morte encefalica è oggetto di discussione: una discussione in cui sono proposti argomenti non meramente scientifici, ma di valore, concernenti la valutazione giuridica di situazioni di morte corticale (con mantenimento delle funzioni puramente vegetative del tronco encefalico). Una buona (per il diritto) definizione di morte deve essere coerente con lo stato della scienza, ed idonea a salvaguardare al meglio l'insieme dei valori in gioco. A sostegno della definizione recepita dal legislatore italiano, può essere addotto un argomento di valore che tiene conto delle valutazioni effettivamente presenti nel sentire sociale. Una definizione diversa, che definisse come morte lo stato vegetativo irreversibile, escluderebbe il soggetto in stato vegetativo da qualsiasi tutela: una conclusione che alcuni (forse) accetterebbero e preferirebbero, ma altri riterrebbero assolutamente inaccettabile.

Riconoscere nello stato vegetativo una condizione di vita, evita di sbattere la porta in faccia a chi ritenga ancora dovuta una tutela, e non chiude i problemi su quale tutela debba essere. In questo senso è la soluzione più coerente con un approccio attento al pluralismo delle concezioni morali²⁰.

²⁰ Sui problemi concernenti la definizione e l'accertamento della morte, cfr. C.A. DEFANTI, *Soglie*, Torino, 2007.