CAPITOLO I

PREMESSE SULL'*HARM TO SELF* TRA PATERNALISMO E LIBERALISMO

SOMMARIO: 1. Una premessa di metodo: il contributo della filosofia all'analisi del principio di autodeterminazione della persona. – 2. Il problema della tutela dell'individuo da se stesso. – 3. I c.d. *liberty limiting principles* nella teorizzazione di Joel Feinberg. – 4. Riferimenti al dibattito filosofico sul paternalismo legale. – 5. La contrapposizione tra paternalismo “*soft*” e paternalismo “*hard*” nella teorizzazione di Feinberg.

1. *Una premessa di metodo: il contributo della filosofia all'analisi del principio di autodeterminazione della persona*

Le questioni sottese al tema delle decisioni di fine vita, pur nelle loro distinte peculiarità, connesse anche alla natura della disciplina entro la quale possono essere inquadrare, si caratterizzano tutte per la presenza di un comune profilo problematico: ravvisabile nella valutazione della portata del principio di autonomia o autodeterminazione della persona, dalla quale sembra dipendere la soluzione di molteplici problemi giuridici, che vengono spesso affrontati in sede applicativa come ipotesi di conflitto di diritti o doveri ovvero quali possibili antinomie giuridiche. Tra questi meritano particolare attenzione: il problema del rifiuto di cure (anche salvavita) o della richiesta di interruzione di trattamenti di sostegno vitale; il problema dell'eutanasia; il problema del suicidio assistito; il problema della vincolatività delle dichiarazioni anticipate di trattamento; il problema dell'accanimento terapeutico, dei malati in rianimazione e dei soggetti in stato vegetativo, la cui analisi mette in evidenza sin da subito (cioè sin da un primo tentativo di sussumerle sotto l'alveo applicativo di precise norme giuridiche) l'opportunità, anzi la necessità, anche da un punto di vista metodologico, di orientare l'indagine partendo dalla

individuazione di principi di portata generale, potenzialmente suscettibili di essere utilizzati ai fini di un approfondimento e di un'adeguata elaborazione delle diverse questioni sul tappeto.

Ciò nella auspicabile prospettiva di un progetto abbastanza ambizioso (che molti considererebbero utopistico), quale quello di delineare oggi i confini della tutela anche penalistica della persona in campo medico e bioetico in un orizzonte tendenzialmente universale, e compatibile con i valori del modello di Stato laico, liberal-democratico e pluralista accolto dalle più moderne costituzioni del mondo occidentale.

Pur nella consapevolezza della difficoltà di raggiungere un tale ambizioso obiettivo, soprattutto per le profonde e insanabili spaccature che segnano l'odierno dibattito sui c.d. "temi eticamente sensibili", e su temi ancor più generali come quello dei rapporti tra laicità, diritto penale e "morale" (che ne rappresentano l'imprescindibile premessa), si intende con questo lavoro più modestamente fornire un semplice contributo di riflessione in vista di un approfondimento dei fondamenti filosofici e giuridici che possono fungere da criteri di riferimento orientativi nell'affrontare i problemi sopra anticipati¹.

Più in particolare, il "filo conduttore" della presente riflessione sarà fatto consistere nell'analisi di uno dei fondamentali diritti su cui è incentrata la tutela giuridica della persona nell'ambito della medicina e della bioetica: il già menzionato diritto all'autodeterminazione terapeutica, la cui principale – sebbene non esclusiva – forma di manifestazione è rappresentata dalla regola del consenso libero e informato del paziente.

Il riconoscimento del ruolo fondamentale del consenso informato

¹ Sottolinea lo stretto legame che sussiste fra bioetica e filosofia, dovuto alla natura etica dei problemi bioetici e al carattere esistenziale dei suoi dilemmi, G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Utet, Milano, 2009, 9 s. L'autore rileva come le questioni di fondo sottese a temi quali l'aborto, l'eutanasia, ecc., esulano dalla dimensione puramente scientifica e, concernendo le massime questioni dell'esistere, risultano di pertinenza della filosofia. L'assunto è condiviso sia da un bioetico laico come U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Baldini & Castoldi, Milano, 1998, 19, sia da uno cattolico come E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica*, vol. I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, 26, i quali sostanzialmente concordano sulla imprescindibilità, in bioetica, di un orizzonte filosofico di base e quindi sul carattere di "impresa filosofica" di tale disciplina, che implica non solo una sottostante filosofia morale, ma anche una connessa visione complessiva del mondo. Più di recente, cfr. G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Utet, Milano, 2020; ID., *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro*, Utet, Milano, 2023.

nell'ambito dell'attività medica, e del principio di autonomia della persona rispetto alle questioni della bioetica, possono considerarsi esemplificazioni tipiche della più generale tendenza, riscontrabile negli attuali ordinamenti democratici, ad una sempre maggiore valorizzazione della libertà di autodeterminazione dell'individuo in relazione alla gestione dei propri beni e/o diritti. Si avverte in misura sempre più forte l'esigenza di tutelare la libertà di scelta del soggetto, rivendicata oggi come espressione della sua dignità di persona, e di conseguenza si pretendono l'ampliamento delle sfere di esercizio delle scelte private e la connessa riduzione degli spazi di ingerenza dell'autorità dello Stato. Ciò implica un rifiuto di forme di tutela incondizionata da parte dello Stato anche contro la volontà dello stesso soggetto nei cui confronti questa tutela dovrebbe essere apprestata, e la necessità di riconoscere, sia pure in talune ipotesi e in presenza di precise condizioni, la possibilità per la persona interessata di consentire validamente alla lesione del proprio bene mediante una condotta altrui (escludendo la punibilità dell'autore di quest'ultima), quale manifestazione del suo diritto di autodeterminazione.

L'attribuzione di un più ampio ambito di rilevanza all'autonomia decisionale del titolare dei beni giuridici con riferimento alla loro gestione, tanto più se beni di carattere personale (quali la vita e l'integrità fisica), dovrebbe poi comportare la configurabilità in capo allo stesso di una quota di responsabilità per i pregiudizi derivanti da comportamenti autolesionistici ovvero da condotte dannose di terzi, poste in essere con il suo consenso: responsabilità, che in quest'ultimo caso verrebbe «ad essere sottratta alla sfera dell'autore»².

Ciò premesso, il corretto inquadramento delle questioni che il diritto di autodeterminazione terapeutica solleva sotto il profilo penale se, da un lato, comporta un attento esame della casistica giurisprudenziale e del quadro normativo di riferimento, onde vagliarne l'attuale portata applicativa in ambito giuridico, richiede dall'altro, come già evidenziato, anche uno studio dei sottostanti fondamenti etici e filosofici, tradizionalmente espressi in particolare dal pensiero liberale dei paesi di *common law*, che soprattutto nell'esperienza statunitense sfocia – sia pure prevalentemente in termini di “limite negativo” – in un importante approccio critico di politica criminale.

Un approccio che prenda le mosse dagli orientamenti della filosofia politica e della filosofia morale sulle questioni sollevate dal rispet-

²In tal senso cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2008, 35.

to del principio di autodeterminazione della persona offre indubbi vantaggi, innanzitutto sotto il profilo dell'ampliamento dell'orizzonte di riflessione su problemi così cruciali (quale, ad esempio, quello della configurabilità di un diritto di morire), la cui soluzione non può essere ricercata rimanendo sul terreno del solo diritto penale. Ed infatti lo studio preliminare, ad esempio, delle più generali questioni etiche e normative coinvolte nel paternalismo cosiddetto indiretto, quale approccio complementare rispetto all'analisi giuridica del diritto positivo e dei principi costituzionali, può offrire chiavi di lettura tendenzialmente universali, teoricamente applicabili in più ordinamenti³.

Peraltro, come rilevato da autorevole dottrina, anche un approccio di tipo esclusivamente costituzionalistico alle problematiche in esame rischia di risultare *a priori* viziato da un «possibile uso manipolativo del testo costituzionale». Nel senso che, essendo le norme costituzionali di principio, per loro stessa natura, suscettibili «di essere lette e ricostruite in maniera non univoca, in funzione delle pregiudiziali inclinazioni dei vari interpreti», si può plausibilmente supporre che «l'interprete non di rado manipoli ermeneuticamente il testo costituzionale, invocandolo a copertura postuma di opzioni assiologiche già compiute» sulla base di pregiudiziali scelte culturali e politiche⁴.

Proprio se si prende atto dei suddetti limiti insiti anche in una interpretazione costituzionalmente orientata del diritto penale, la quale può indurre interpreti diversi a sostenere come costituzionalmente legittime scelte criminalizzatrici di segno liberale o, all'opposto, paternalistico o moralistico, emerge meglio la potenziale utilità di uno studio critico dei più ampi orientamenti filosofici e/o ideologici spes-

³ La maggiore importanza di un approccio etico e filosofico a questioni coinvolte nel paternalismo indiretto come l'omicidio su richiesta, rispetto all'analisi del diritto penale positivo vigente in Germania, è messa in evidenza da A. VON HIRSCH-U. NEUMANN, *'Indirect' Paternalism in Criminal law: Punishing killing on request*, p. 2 del testo dattiloscritto (versione in inglese dell'articolo in tedesco dei medesimi autori: «*Inderechter*» *Paternalismus im Strafrecht am Beispiel der Tötung auf Verlangen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2007, 671).

⁴ In tal senso G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, V, 2009, 232; ID., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Giuffrè, Milano, 2010, 227; ID., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato ed E. La Rosa, Giappichelli, Torino, 2009, 18 s.

so anche implicitamente sottesi alle stesse ricostruzioni costituzionali. Ciò non solo ai fini di una più profonda comprensione dei termini del dibattito, ma anche perché l'esplorazione degli orizzonti culturali e ideologici di partenza può contribuire ad arricchire ed integrare lo stesso approccio giuridico-costituzionale, «consentendo di verificarne al contempo i limiti di capacità orientativa, specie quando le medesime norme costituzionali vengono fatte oggetto di interpretazioni contrastanti»⁵.

Sul diverso piano della metodologia impiegata, è abbastanza noto che il metodo prevalentemente seguito dai filosofi morali, almeno con riferimento alle tematiche in questione, è incentrato sul modello della "giustificazione": ossia i filosofi cercano di giustificare i punti di vista morali di volta in volta sostenuti sulla base di teorie e principi attentamente analizzati e strenuamente difesi, come il principio del rispetto per l'autonomia, il concetto di giustizia distributiva (applicato, ad esempio, al problema della corretta allocazione delle risorse nel sistema sanitario), il criterio dell'equo trattamento, i diritti umani, nonché i principi di beneficenza, non maleficenza ed utilità (si tratta, invero, di alcuni dei principi più comunemente impiegati nella filosofia morale contemporanea).

La scelta di una metodologia basata sul "ragionamento per principi" dovrebbe permettere agli stessi filosofi di esibire un *modus procedendi* che consenta di distinguere mere convinzioni personali o dogmi religiosi da posizioni morali ragionate e giustificate.

⁵ G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 232.

Provando a cogliere alcune differenze fondamentali di natura sostanziale tra un approccio strettamente giuridico e un approccio filosofico al problema – ad esempio – del consenso informato del paziente, come messe in evidenza da una delle prime teorizzazioni sul tema proposte dalla dottrina americana, si può notare la seguente tendenza: mentre l'attenzione da parte del diritto tende a focalizzarsi principalmente sulla figura del medico e sui possibili profili di responsabilità di questi per l'attività sanitaria realizzata, l'approccio della filosofia morale prende le mosse da un'esigenza di rispetto per l'autonomia che induce a porre l'attenzione quasi esclusivamente sul paziente, al quale viene riconosciuto il diritto di fare una scelta autonoma. In altri termini, (almeno per quanto riguarda principalmente il sistema anglo-americano) "dal punto di vista legale" un medico ha sia un dovere di informare i pazienti, sia di ottenerne il consenso, ed è responsabile sia se agisce in mancanza del consenso, sia se il paziente subisce una lesione a seguito dell'intervento "causalmente" riconducibile ad un'omessa informazione sulla procedura. Mentre, dal punto di vista "morale", il consenso informato «ha meno a che fare» con la responsabilità dei professionisti quali soggetti titolari di un dovere di informazione, «e più a che fare con le scelte autonome dei pazienti (in proposito, cfr. R. FADEN-T. BEAUCHAMP, *A history and theory of informed consent*, OUP, New York-Oxford, 1986, 3-4).

In tal senso, compito della filosofia morale è anche quello di evidenziare i principi idonei alla elaborazione e valutazione di “argomenti morali”: diritti, doveri e obbligazioni deriverebbero da tali principi. Trattandosi, peraltro, di principi inevitabilmente controversi, la loro analisi e selezione costituisce il nucleo centrale della moderna teorizzazione nel campo dell’etica.

L’importanza di siffatti principi rispetto ai temi qui esaminati risalta subito se si condivide l’assunto, secondo cui «essi costituiscono la chiave per comprendere la struttura del ragionamento morale impiegato frequentemente nelle discussioni relative al consenso informato» e all’autonomia della persona in ambito medico e bioetico⁶.

Questo approccio, che è stato definito “*principlismo*” (traduzione di “*principlism*”), si basa sulla ricerca di soluzioni attraverso l’applicazione di regole e principi ai problemi posti dalle scienze biomediche: le questioni morali sollevate da ciascun caso concreto vengono analizzate alla stregua di uno o più criteri normativi, valutando poi quale comportamento risulti più giustificato⁷.

Se quelli sin qui evidenziati sono i possibili vantaggi di uno studio delle questioni del fine vita che prenda in considerazione anche gli orientamenti della filosofia morale sottesi al dibattito penalistico sul tema, nella consapevolezza della sua ineliminabile ed «assorbente dimensione pre-giuridica»⁸, si potrà comprendere l’ottica adottata nel presente lavoro. Partendo dal confronto tra un approccio “liberale” e un approccio “paternalista” al problema della tutela dell’individuo da se stesso, si esaminerà il percorso che ha spinto la nostra giu-

⁶ R. FADEN-T. BEAUCHAMP, *A history and theory of informed consent*, cit., 5.

⁷ Secondo la definizione di G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, cit., 98, per “*principlism*” si intende quella specifica impostazione di etica biomedica che cerca di risolvere i dilemmi morali presenti nella pratica clinica quotidiana mediante il richiamo a una serie di principi, intesi come schemi normativi e guide generali all’azione. Ai fautori del c.d. principlismo (come metodo basato sull’appello ai principi) si contrappongono coloro che privilegiano l’appello ai casi concreti (i fautori della “casistica”), secondo cui la struttura epistemica della bioetica non è di tipo deduttivo (dai principi ai casi), ma si fonda su casi *paradigmatici*, in merito ai quali il giudizio morale risulterebbe autoevidente per la maggior parte, se non per tutti, gli interlocutori morali. Per quest’ultimo approccio, cfr. A. JONSEN-S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A history of moral reasoning*, University of California press, Berkeley, 1988, e S. TOULMIN, *The tyranny of principles*, in *Hastings Center Report*, 11 (dic. 1981), 31-39.

⁸ Fa espressamente riferimento alla «dimensione pre-giuridica» del tema dell’eutanasia F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 74.

risprudenza sulle “scelte di fine vita” a prospettare – in assenza di una compiuta disciplina legislativa della materia – alcuni presupposti essenziali atti a giustificare la liceità del rifiuto di cure (anche salvavita) e la non punibilità dell’aiuto medico al suicidio dei malati irreversibili, intollerabilmente sofferenti, dipendenti da trattamenti di sostegno vitale, ma capaci di manifestare in modo libero e consapevole una volontà di morire.

Pertanto, dopo una iniziale perlustrazione dei sentieri della filosofia, nella seconda parte di questa indagine saranno ripercorse (anche attraverso un confronto comparatistico con le soluzioni adottate dalle Corti costituzionali di altri ordinamenti europei) le principali tappe dell’evoluzione giurisprudenziale sul “fine vita” e, in particolare, sul suicidio assistito, rappresentate dalle sentenze relative ai casi “Welby” ed “Englaro”, dalle pronunce costituzionali sul caso Cappato/Antoniani, nonché dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 135/2024 emanata nell’ambito del processo relativo alla morte assistita di “Massimiliano”.

2. Il problema della tutela dell’individuo da se stesso

In una prospettiva in senso lato “principalista” può essere – volendo – inquadrata anche la tematica dell’autodeterminazione individuale, così come è stata affrontata e sviluppata nell’ambito del liberalismo prima di John Stuart Mill e successivamente di Joel Feinberg, i quali hanno elaborato una teoria della criminalizzazione basata sui c.d. *liberty limiting principles* (“principi di limitazione della libertà”): principi cioè che prospettano i limiti entro i quali il potere esercitato dallo Stato mediante il diritto penale possa dirsi giustificato e, dunque, moralmente legittimo, e il cui esame costituisce scopo della prima parte di questo lavoro⁹.

⁹ Cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano, 2002 (trad. it. di *On liberty*, John W. Parker and Son, London, 1859); l’approfondimento critico e l’ulteriore sviluppo dei c.d. principi di limitazione della libertà, intesi, nell’ambito del dibattito giuridico anglosassone, quali criteri di legittimazione del diritto penale, sono dovuti in particolare alla successiva elaborazione di grande respiro di J. FEINBERG, che a ciascuno di essi ha dedicato uno dei quattro volumi che compongono la sua opera principale *The Moral Limits of the Criminal Law*: vol. I, *Harm to Others*, OUP, New York-Oxford, 1984; vol. II, *Offense to Others*, OUP, New York-Oxford, 1985; vol. III, *Harm to Self*, OUP, New York-Oxford, 1986; vol. IV, *Harmless Wrongdoing*, OUP, New York-Oxford, 1988.

Più in generale, la domanda a cui i filosofi morali di matrice liberale e neo-liberale hanno cercato di dare una risposta è, se siano ammissibili forme di “paternalismo legale”: se ed entro quali limiti, cioè, lo Stato sia legittimato ad interferire mediante l’uso della coazione nell’autonomia dei consociati al fine di proteggerli, anche contro la loro volontà, dalle loro stesse condotte autodannose ovvero dai danni causati da soggetti terzi, sia pure con il consenso del medesimo destinatario della tutela¹⁰.

In altre parole, l’attenzione si focalizza sulla valutazione del “peso” dell’autonomia rispetto alle istanze di difesa sociale attuate per mezzo del diritto penale e, in generale, mediante gli strumenti coercitivi di cui si serve l’autorità statale.

Il duplice profilo in cui si manifesta il tema della “tutela dell’individuo da se stesso”, che riguarda da un lato le ipotesi di autolesio-

¹⁰ Sul problema della tutela dell’individuo nelle ipotesi di “danno a se stessi”, che va inquadrato nel più ampio dibattito filosofico-giuridico sui temi del paternalismo legale e del liberalismo, cfr. J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to Self*, cit.; ID., *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, vol. I, n. 1, 1971, 105; tra gli altri, G. DWORKIN, *Moral Paternalism*, in *Law and Philosophy* 2005, 305 s.; ID., *Paternalism*, in *The Monist*, 1972, 64 s.; ID., *Paternalism: Some Second Thoughts*, in *Paternalism*, a cura di R. Sartorius, University of Minnesota press, Minneapolis, 1984, 105 s. (reprinted in G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, 121); J. KLEINIG, *Paternalism*, Manchester University Press, Manchester, 1983. Nella dottrina italiana, cfr. AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, cit.; G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 227 s.; A. CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Giappichelli, Torino, 2008, 83 s.; M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 984 s.; G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero), vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 283 s.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2001, 31 s.; ID., *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 s.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 139 s.; S. CANESTRARI-F. FAENZA, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., 167 s.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, cit., 101 s.; E. DICCIOTTI, *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XVI, 2, dicembre 1986, 557 s.; ID., *La giustificazione paternalistica di norme*, in *Studi Senesi*, 1, 1988, 76 s.; ID., *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, 99 s.

nismo isolato, e dall'altro i casi di danni arrecati da terzi estranei, sia pure con il consenso o su richiesta della stessa vittima, sottintende pertanto il medesimo quesito di base relativo alla legittimazione di norme ovvero di strumenti coattivi come la sanzione penale, posti a tutela di interessi individuali anche contro la volontà dello stesso destinatario della tutela.

Questi dunque i termini generali della questione fondamentale oggetto di un acceso contrasto teorico fra quegli orientamenti della filosofia morale, di stampo conservatore, che difendono la prospettiva del *paternalismo legale*, ovvero forme di moralismo giuridico (detto anche "conservatorismo morale"), e il pensiero liberale di origine anglo-americana che, assumendo la libertà come valore supremo dell'individuo, sostiene una posizione antipaternalistica – in forma "estrema" ovvero più moderata o "cauta", a seconda della versione di liberalismo di volta in volta accolta¹¹.

In particolare, nella prospettiva del liberalismo, il titolare del bene giuridico che danneggia consapevolmente i suoi stessi beni ovvero acconsente a che altri lo facciano, deve essere rispettato dall'ordinamento nella sua libera autodeterminazione. Questo, dunque, il nucleo centrale della tesi che accomuna le pur varie versioni della filosofia liberale: in presenza di un soggetto capace di scegliere autonomamente in ordine alla gestione dei propri beni giuridici, un ordinamento che si ispiri al principio di laicità e che accolga un'etica basata sul pluralismo morale deve non solo rispettare ma altresì promuovere le scelte individuali, anche quando appaiano autolesionistiche e oggettivamente irragionevoli (purché – beninteso – siano consapevolmente e volontariamente assunte dal soggetto).

Come vedremo, l'unico criterio che, secondo quest'ottica, legittimerebbe un intervento del potere statale finalizzato a limitare ovvero penalizzare comportamenti individuali "autoresponsabili" è rappre-

¹¹ Sulla contrapposizione tra moralismo giuridico e liberalismo cfr., tra molti, G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, cit., 283 s.; M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1546 s.; G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 153 s.; ID., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, cit.; per una sintesi del dibattito giusfilosofico anglosassone sul moralismo giuridico, si veda G. FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit., 1 s., cui si rinvia anche per la bibliografia straniera sul tema.

sentato dalla lesione – oltre che degli interessi dello stesso agente – di interessi facenti capo a soggetti terzi.

3. *I c.d. liberty limiting principles nella teorizzazione di Joel Feinberg*

Il percorso dell'approccio liberale di Mill e Feinberg è contrassegnato dalla costruzione di una teoria della criminalizzazione che garantisca la massima tutela della libertà dell'individuo, comprimendo il più possibile la sfera d'azione del diritto penale al fine di limitare al minimo le restrizioni dell'autonomia personale determinate dalle scelte di politica criminale.

La centralità attribuita dai due autori al rispetto della libertà come diritto prioritario dell'individuo si spiega in ragione della strumentalità di tale diritto rispetto alla valorizzazione della persona in quanto tale. La salvaguardia della libertà rappresenta cioè, in questa impostazione, la forma principale di rispetto dell'individuo, la cui dignità si esprime proprio nella possibilità di esercizio dell'autonomia. L'individuo viene considerato un soggetto autonomo, ossia un soggetto che è legittimato a darsi le sue proprie leggi di comportamento; e in questo suo diritto di "autogovernarsi" si esprime la sua dignità di persona. La possibilità di porre delle restrizioni alla libertà individuale dipende unicamente dall'eguale tutela dell'autonomia altrui: nel senso che l'azione di un soggetto potrà essere impedita solo se e nella misura in cui va ad interferire con la sfera di libertà altrui.

Precisamente, il principio cardine su cui si fonda la teoria della criminalizzazione di Joel Feinberg e la sua visione antipaternalistica del diritto penale è il c.d. "*harm to others principle*" ("principio del danno ad altri"), secondo cui l'unica *ratio* a sostegno dell'interferenza della società nella sfera di autonomia di ciascun individuo è rappresentata dall'esigenza di evitare il danno agli altri¹².

¹² Al principio del danno ad altri Feinberg dedica il primo volume della sua tetralogia sui limiti morali del diritto penale, ossia *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. I, *Harm to Others*, cit. Ma la prima enunciazione dell'*harm principle* si deve a John Stuart Mill che nel suo *Saggio sulla libertà* (cit., 12-13) affermava il principio, secondo cui «l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà di azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno