

**PATERNALISMO E DIRITTO PENALE.
RIFLESSIONI SULL'AUTORESPONSABILITÀ QUALE POSSIBILE
CRITERIO DI LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE***

di Margareth Helfer

(Professoressa Associata di Diritto penale presso l'Università di Innsbruck)

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Diritto penale e paternalismo. – 3. Autoesposizione al *danno* e autoesposizione al *pericolo*: differenza. – 4. L'autoresponsabilità in Germania e in Austria. – 5. L'autoresponsabilità in Italia. – 6. Conclusione.

1. La questione del ruolo dell'autoresponsabilità nel diritto penale non è nuova. Al contrario, essa si colloca idealmente alla base di qualsiasi sistema giuridico liberale. Essendo ogni individuo, in quanto essere razionale, in grado di determinare il proprio agire, esso deve anche rispondere delle conseguenze che ne derivano. La responsabilità è dunque radicata in esso stesso. In presenza di quali circostanze possa sorgere una responsabilità penale è poi una questione consequenziale: essa dipende infatti da come venga regolata la convivenza civile e quindi dal campo d'azione riconosciuto alle persone, per la cui determinazione bisogna tenere conto dei vari interessi individuali e sovraindividuali e pertanto dei diversi beni giuridici, individuali e collettivi.

Come noto, il compito del diritto penale è quello di proteggere quegli specifici beni giuridici individuali e collettivi che si presentano indispensabili per la pacifica convivenza e la conservazione dello Stato quale struttura comunitaria. Ne consegue che l'intervento penale è sempre legittimo quando a venire leso o messo in pericolo è uno di questi centrali beni giuridici.

Tale principio della tutela dei beni giuridici, assieme a quello che considera il diritto penale quale strumento statale di *ultima ratio*¹, comporta teoricamente che i beni giuridici individuali vadano protetti dal diritto penale soltanto e nella misura in cui il titolare del bene stesso richieda tale tutela. Questo non sarebbe il caso qualora il titolare del bene vi rinunci, ad esempio esprimendo un consenso giuridicamente valido

* Il contributo è destinato alla pubblicazione in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, di prossima pubblicazione.

¹ Per una considerazione critica sull'utilizzo oggi spesso abusivo del principio di *ultima ratio* si veda C. Prittwitz, *Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, 50 ss.

alla lesione o alla messa in pericolo del bene giuridico di cui è titolare.

In tale ultima situazione, lo Stato quale istanza tutrice dovrebbe ritirarsi a condizione che – da una parte – la decisione del titolare del bene sia mossa da una volontà libera e quindi giuridicamente efficace, e – dall'altra – il bene giuridico sia liberamente disponibile, in quanto il suo valore individuale supera notevolmente qualsiasi pur esistente valore strumentale dello stesso.²

Gli ordinamenti giuridici contemporanei quasi senza eccezione riflettono tale comprensione di fondo del diritto penale, basata sull'idea *illuministica* di libertà e autodeterminazione di ogni individuo³. Tuttavia, nello specifico e per ragioni diverse, non tutti gli ambiti del diritto penale paiono sincera e compiuta espressione di essa, come di seguito si mostrerà.

In quanto essere razionale, l'individuo è libero di pianificare e plasmare la propria vita secondo le proprie convinzioni. In quanto l'individuo, però, non è soltanto individuo bensì pure essere comunitario, nell'interesse della comunità vengono posti dei limiti a tale libertà positiva e, conseguentemente, all'autonomia dell'individuo. Dal punto di vista del diritto penale, tali limiti consistono nel non ledere gli interessi, protetti penalmente, di altri individui o della comunità, ricomprendendo in quest'ultima anche beni individuali non esclusivamente propri in quanto di cruciale valore per essa. La questione fino a che punto si estenda l'autonomia e l'autodeterminazione dell'individuo è quindi fondamentale legata alla scelta, compiuta a monte, di quali beni giuridici siano degni di protezione penale nel rispettivo ordinamento giuridico e, conseguentemente, in quale rapporto lo Stato e l'individuo si pongono.

Nonostante a livello europeo e internazionale si registrino dei modesti progressi per quanto riguarda l'armonizzazione del diritto penale in taluni settori di particolare interesse comune⁴, tale questione centrale si presenta ancora diversamente da Paese a Paese, in quanto influenzata – da una – dagli approcci storici e dogmatici presenti in un dato Stato, nonché – dall'altra – da considerazioni di politica criminale nazionale. Su tale scorta, pur considerando la comune tradizione giuridica continentaleuropea, esistono ad esempio notevoli differenze tra Italia, Germania e Austria, in particolare per quanto riguarda l'ambito di libertà riconosciuto all'individuo in relazione ai suoi comportamenti autolesionistici o che pongano lo stesso in pericolo. Determinanti

² Per la suddivisione in valore personale e strumentale di un bene giuridico, soprattutto in relazione alla vita, vedi R. Dworkin, *Die Grenzen des Lebens. Abtreibung, Euthanasie und persönliche Freiheit*, Reinbek b. Hamburg 1994, p. 107.

³ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764; per l'area angloamericana, J. S. Mill, *On liberty*, 1859.

⁴ K. Nuotio, *European Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, a cura di M. D. Dubber, T. Hörnle, Oxford 2014, 1115 ss.; E. Van Sliedregt, *International Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, a cura di M. D. Dubber, T. Hörnle, Oxford 2014, 1139 ss.

sembrano a riguardo la selezione, più o meno liberale, dei beni giuridici da tutelare, nonché le motivazioni di politica criminale alla base di essa.⁵

2. Qualora si adotti una concezione liberale del diritto penale, le condotte non dirette contro gli interessi altrui, ma esclusivamente contro i propri beni giuridici e che pongano pertanto l'autore stesso in pericolo, o lo ledano, non dovrebbero presentare rilevanza penale. L'idea di fondo, risalente a *Voltaire*⁶ e quindi a *Beccaria*⁷, prevede che il ricorso al diritto penale sia giustificato soltanto qualora venga violato un interesse comune a tutti, in quanto composto dalla totalità delle porzioni di libertà individuale che ogni individuo anticipatamente e volontariamente ha ceduto al sovrano affinché sia garantita, di conseguenza, una sua tutela nella comunità.⁸ Tale concezione non comporta soltanto che tutti gli interessi non liberamente ceduti al collettivo Stato rimangano a libera disposizione dell'individuo. Ciò significa pure che, fin dall'inizio, l'individuo è l'autorità decisionale determinante per definire i confini tra l'ambito giuridico individuale e quello collettivo, e i rapporti tra questi. Lo Stato non è quindi da considerarsi un'entità *preesistente*, ma legittima se stesso e i suoi compiti sulla base delle libertà che gli sono state trasferite dall'individuo, nell'interesse della sua autoconservazione e autoprotezione all'interno della comunità.⁹

Rammentare tale originaria concezione del rapporto tra l'individuo e lo Stato, descritta in epoca pre-illuministica anche da *Hobbes* nel "Leviatano"¹⁰, risulta di particolare rilevanza per il presente contributo in quanto mostra quanto il diritto penale odierno, *nolens volens*, si sia allontanato da queste sue origini.

Appare senza alcun dubbio ragionevole che lo Stato, sì da gestire i poteri ad esso conferiti, si sia ricavato un margine di manovra che vada oltre la legittimazione sancita

⁵ Si veda a proposito T. Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt a. M., 2005, 21; W. Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, 2000, 229 s.; M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di A. M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo, Napoli 2015, 213 ss.; Id., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta Costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza penale*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss.; V. Manes, *Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutslehre*, in *ZStW* 114 (2002), 724 ss.; S. Swoboda, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in *ZStW* 122 (2010), 24 ss.

⁶ Voltaire, *Trattato sulla tolleranza*, 1763.

⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § II. Diritto di punire, 1764, Ristampa Torino 1994.

⁹ Si veda a proposito K. Günther, *Le (minacciate) libertà individuali nel diritto penale illuministico. Quali libertà? (Bedrohte) individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht - Welche Freiheiten?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, p. 37.

¹⁰ Cfr. con ulteriori ragionamenti R. Zaczyk, *Das Subjekt der objektiven Zurechnung*, in *Festschrift für Günther Jakobs*, a cura di M. Pawlik, R. Zaczyk, Köln/Berlin/München 2007, 786 s.

dal contratto sociale.¹¹ Solo un tale approccio sembra, in ultima analisi, realistico. Ciononostante si pone la domanda fino a che punto la sua competenza penale possa estendersi, affinché essa rimanga ancora compatibile con tale concetto originario di stato di diritto. E ancora: quali sono le istanze (collettive) che vi rientrano e che, in quanto tali, possono legittimamente limitare la sfera di libertà del singolo?

Attualmente si registra una disponibilità maggiore a giustificare l'intervento del diritto penale in modo da poter affrontare e gestire meglio e più efficacemente nuove e mutate realtà sociali e culturali (società del rischio; società multiculturale), e ciò sempre più anche sulla base di considerazioni morali, etico-sociali e socio-pedagogiche, e quindi lontano dai criteri liberali di sua legittimazione.¹² In considerazione delle minacce poste dal terrorismo, vi è chi richiede che pure la sicurezza collettiva venga maggiormente protetta tramite il diritto penale, con conseguente perdita di spazi di libertà individuali. Tutti questi sviluppi dimostrano quanto sia reale il pericolo di un diritto penale "innaturalmente" onnipotente e attivista a scapito della libertà individuale.¹³

Esaminare criticamente i limiti attualmente posti al diritto penale è particolarmente necessario in quei casi in cui lo Stato interviene penalmente contro l'individuo in una forma che gli neghi la competenza a prendere decisioni autonome e libere su se stesso e quindi sulla sua sfera di interessi liberamente disponibile, in quanto non ceduta allo Stato. Ciò avviene quando lo Stato pone la propria autorità al di sopra dell'individuo e ne fa uso – secondo le proprie concezioni e di propria iniziativa – per la protezione e il benessere dell'individuo. Tale uso del potere penale da parte dello Stato in relazione all'individuo, noto come paternalismo forte (*hard paternalism*¹⁴ oppure *paternalismo dispotico*¹⁵), è da respingersi, poiché incompatibile

¹¹ A. P. Simester, *Betrachtungen über Moral und Paternalismus*, in *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, a cura di A. von Hirsch, U. Neumann, K. Seelmann (a cura di), Baden-Baden 2010, 256 ss.

¹² U. Neumann, *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo 'illuministico'*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, 165 ss.; G. Fiandaca, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010, 230 ss.; L. Greco, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZIS* 2008, 234 ss; per il rapporto tra liberalismo e paternalismo v., in particolare, A. Cadoppi, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca, G. Francolini, Torino 2008, 83 ss., 100 ss.; A. Cavaliere, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2017/3, 1 ss.

¹³ Si veda in dettaglio, con vari esempi, B. Schünemann, *Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus - Eine Sisyphus-Arbeit?*, in *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, a cura di A. von Hirsch, U. Neumann, K. Seelmann, Baden-Baden 2010, 229 ss.

¹⁴ La distinzione tra paternalismo forte e debole risale a Joel Feinberg (*Harm to Self*, New York/Oxford, 1986).

¹⁵ I termini *paternalismo dispotico* e *tutorio* quale appropriata traduzione dei relativi termini inglesi (*hard and soft paternalism*) si rinvencono in A. Spena, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi*

con l'imperativo liberale secondo cui la sanzione penale si legittima quale ultima *ratio* soltanto qualora venga violata la massima di non nuocere *agli altri* (*harm to others*). Se la decisione di acconsentire alla lesione effettiva o potenziale dei *propri* interessi (*harm to self*) deriva invece dalla volontà libera, ben informata e consapevole dell'individuo, tale considerazione impone di rigettare un intervento penale.

Alla luce di questa concezione, giustificate appaiono tuttavia le forme di paternalismo debole (*soft paternalism* o *paternalismo tutorio*). In tali situazioni, lo Stato interviene per proteggere l'individuo qualora questi – per mancanza di capacità intellettuale, per la sua minore età o per altre circostanze che limitino o escludano la sua capacità di prendere decisioni – abbia effettivamente *bisogno* di protezione. Non si tratta soltanto, in questo caso, di un intervento dello Stato compatibile con una concezione liberale del diritto. Ancor prima, si potrebbe discutere se tali supposte sfaccettature *soft* di un approccio paternalistico dello Stato possano essere davvero definite tali. Come detto, infatti, si parla di un disinteresse paternalistico per la volontà dell'individuo soltanto qualora la volontà sia autonoma, libera e, appunto, priva di vizi.¹⁶ Nel caso del paternalismo *soft* non si rinviene un intervento forzato; lo Stato non sostituisce la volontà dell'individuo, ma la *completa* in una maniera necessaria alla protezione dell'individuo, sicché in ultima analisi è l'idea di cura e non quella di tutela paternalistica a essere in primo piano¹⁷.

3. Nonostante sia innegabile l'importanza dell'intervento statale per tutelare le istanze comunitarie anche emergenti, il rispetto dei principi fondamentali del diritto penale, e in particolare il principio di sussidiarietà del diritto penale, rendono un tale intervento ammissibile soltanto nella misura in cui esso non ponga in modo sproporzionato le persone al servizio della comunità. Dalle considerazioni che precedono, un limite sotto questo punto di vista non negoziabile pare quello che concerne il diritto dell'individuo di poter plasmare la propria vita in modo libero e autonomo. L'autonomia concessa all'individuo a ragione della sua nascita rimane tale fino al termine della vita ed è inviolabile, ad eccezione di quelle restrizioni che sono volontariamente (e per la protezione dell'individuo nella comunità) poste per non danneggiare gli altri con le proprie azioni. Cosa si può dedurre da tale approccio? Che le decisioni dell'individuo autonomamente e quindi autoresponsabilmente prese nell'ambito della propria sfera di interesse vanno rispettate dallo Stato e, di

di criminalizzazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1215 ss.

¹⁶ D. Birnbacher, *Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?* in *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, a cura di A. von Hirsch, U. Neumann, K. Seelmann, Baden-Baden 2010, 12 ss.

¹⁷ J. Feinberg, *Harm to Self*, op. cit., 15; v. anche M. Romano, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 987 s.

conseguenza, eventuali interventi paternalistici in merito sono *di per sé* inammissibili. Lo Stato può agire come istanza di tutela per il tramite del diritto penale laddove una tale tutela sia davvero necessaria. Ove, invece, non c'è bisogno di essa, perché non ci sono circostanze che vanno a inficiare l'autonomia dell'individuo, è necessario che lo Stato si autolimiti.

Per sostenere tali considerazioni si può fare riferimento al principio giuridico *volenti non fit iniuria* (non si fa alcun torto alla persona che presta il consenso). Chiunque acconsenta ad una lesione dei propri beni – supponendo che 1) la decisione sia basata sul libero arbitrio e 2) i beni siano liberamente disponibili – non può ritenere nessun altro se non se stesso responsabile delle conseguenze che ne derivino. Dando il consenso, il soggetto rinuncia alla protezione del suo bene. In tali casi di consenso alla *lesione* del bene l'atto non è punibile, indipendentemente dal fatto che la violazione sia stata commessa da un'altra persona o dal titolare del bene stesso. Lo esclude il principio di autoresponsabilità in conseguenza del consenso espresso in maniera libera e autodeterminata.

La domanda che ora sorge è questa: quale rilevanza presenta il consenso autoresponsabile del titolare del bene qualora l'oggetto del consenso non sia la *lesione del bene* e quindi l'*evento* lesivo, ma solo la sua *messa in pericolo* e con essa la *condotta* pericolosa? Il consenso rileva anche con riguardo all'evento che vada a ledere il bene, nel caso in cui esso si verifichi a seguito della condotta pericolosa?

Nel caso in cui nessun terzo sia coinvolto, la domanda risulta priva di rilevanza. L'*autolesionismo* nel senso di *harm to self* non comporta alcuna responsabilità penale, finché si rimane entro i limiti previsti dalla legge a tutela di interessi comuni, anche con riguardo a beni individuali come la vita o l'integrità fisica. I comportamenti contro se stessi che violino un proprio bene giuridico liberamente disponibile rimangono impuniti e non vengono qualificati quali reato. In questi termini, le norme di diritto penale sono concepite come fattispecie di offesa di beni altrui.

La questione diventa pertanto rilevante nell'ipotesi in cui vi sia un terzo a concorrere nel fatto, anche soltanto limitandosi a rendere possibile l'autoesposizione al pericolo (es. il noleggiatore di slittini). In questo caso, chi deve sopportare il rischio della realizzazione del pericolo e quindi del verificarsi della lesione (l'incidente con lo slittino)? Il titolare del bene giuridico in qualità di vittima (lo slittinista), nella misura in cui (tramite l'uso dello slittino) ha accettato di mettere in pericolo il suo bene, oppure il terzo in qualità di potenziale autore in quanto ha reso possibile l'autoesposizione al pericolo? Rispondendo a questa domanda, potremmo pensare che ... “dipende”. Certamente: dipende dalla validità del consenso, da uno, nel senso di una volontà priva di vizi, e, dall'altro, dall'oggetto su cui è destinato a cadere. In particolare, un consenso non viziato ricorrerà soltanto se la vittima era sufficientemente informata

e consapevole del rischio che stava per correre, pur non avendo mai veramente messo in conto e accettato che tale rischio davvero si sarebbe potuto avverare. Oggetto del consenso, difatti, non è l'evento, ma la condotta pericolosa; altrimenti si sarebbe in presenza di un consenso a una lesione (art. 50 Cp). E questa precisazione permette di considerare valido il consenso anche nell'ottica della disponibilità/indisponibilità del bene giuridico che, nell'ipotesi dell'avverarsi del rischio a cui si è acconsentito, viene leso. Tenendo appunto ben distinti questi due momenti diversi nel processo decisionale del soggetto agente, si dissolve ogni questione sull'impossibilità di far operare l'autoresponsabilità in situazioni incidenti su beni individuali non liberamente disponibili, qual è, ad esempio, la vita. Acconsentire alla messa in pericolo di un bene giuridico non significa in automatico acconsentire anche alla sua lesione. Opinando diversamente, tutte le attività che mettono a rischio la vita (tra cui il circolare in macchina/la circolazione stradale) dovrebbero venire inibite. Appare dunque decisivo accertare la validità del consenso in relazione alla condotta pericolosa, e ciò anche nel senso della sua adeguatezza sociale. Una volta che il consenso rende lecita la condotta, è escluso il disvalore giuridicamente rilevante dell'evento, non essendo il disvalore d'evento altro che il disvalore d'azione realizzato¹⁸.

Pertanto, la responsabilità del terzo è destinata a venire meno in presenza di un agire informato e consapevole, e quindi autoresponsabile, della persona offesa. L'autoresponsabilità esclude la sua vulnerabilità e con ciò la configurabilità, in capo al terzo agente, di una posizione di garanzia come anche di una qualche doverosità di cautela nei suoi confronti. Il contributo del terzo agente finirà dunque per essere qualificabile come condotta neutrale e penalmente irrilevante in virtù del principio di responsabilità per fatto proprio¹⁹.

La questione centrale è dunque, anche nella dottrina tedesca e austriaca, determinare quali requisiti devono essere posti *ex ante* al parametro dell'autoresponsabilità affinché essa possa escludere efficacemente la responsabilità altrui²⁰. Il problema, difatti, è che, considerando come il consenso del titolare sia

¹⁸ U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin/Heidelberg 2005, 430 ss.; Id., *Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung*, in *Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, 767 (776 s.); anche J. Renzikowski, *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen*, *Besprechung zu BGH v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08*, in *HRRS* 2009, 353; L. Jetzer, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht*, Baden-Baden 2015, 140; Cfr. anche C. Roxin, *Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?*, in *GA* 2018, 258 s.

¹⁹ M. Helfer, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *Ind. pen.*, 2013, 187 ss.

²⁰ Sull'importanza di accertare la validità del consenso con riferimento ad atti di disposizione dei propri beni, in termini più generali, A. Cadoppi, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia* 2011, 223 ss.; S. Canestrari, F. Faenza, *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano 2010, 167 ss.; A. Cavaliere, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, op. cit., 14 s.

sempre limitato alla messa in pericolo del bene e non alla sua lesione, nel caso in cui si verifici quest'ultima nella veste di esito infausto, per istinto il suo verificarsi viene associato a un deficit di informazione in capo alla vittima che poi *ex post* invaliderebbe il suo consenso; un deficit di informazione che si esclude invece in capo al terzo agente, che da *Übermensch* – si asserisce – poteva e doveva prevedere la realizzazione del pericolo, e di conseguenza lo doveva evitare. La sua eventuale responsabilità viene dunque affermata sopravvalutando *ex post* le sue conoscenze e possibilità di controllo del rischio.

4. La rilevanza giuridica dell'autoresponsabilità è una delle questioni più controverse nell'odierna dogmatica del diritto penale ed è da decenni oggetto di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza in Germania²¹ e in Austria²².

Il dibattito si concentra, da un lato, sulla definizione e classificazione giuridica del complesso concetto di autoresponsabilità della vittima nel diritto penale e, in tale contesto, se questi in generale costituisca un principio giuridico riconosciuto in ambito penale, che possa *di per sé* rivendicare validità in relazione all'esclusione di una responsabilità penale del terzo agente.²³ A riguardo, rilevanti sono anche considerazioni di tipo vittimologico. In particolare, in Germania, da quando dopo la Seconda guerra mondiale è stata elaborata la dottrina criminologica della vittima²⁴, si è verificato un cambiamento rispetto alla posizione riconosciuta alla stessa nel diritto penale, in particolare con riguardo alla costellazione bipolare autore-vittima. Diversamente dal diritto penale tradizionalmente incentrato sull'autore del reato, che neutralizza il ruolo della vittima²⁵ e la concepisce come soggetto passivo sia nella realizzazione del reato che nel procedimento penale, è stata adottata l'idea di un'interazione, più o meno dinamica a seconda del tipo di vittima,²⁶ tra essa e l'agente

²¹ D. Dölling, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, in GA 1984, 73; S. Walther, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg i. B. 1991; R. P. Fiedler, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung – unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt a. M. 1990; W. Frisch, *Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten*, in NStZ, 1992, 1 ss.; R. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg 1993; U. Murmann, *Die Selbstverantwortung*, 2005; v. anche Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, vor § 13*, München 2012, n. marg. 19 e 19a.

²² H. Steininger, „Freiwillige Selbstgefährdung“ als Haftungsbegrenzung im Strafrecht – Zur Bedeutung der Eigenverantwortlichkeit für die strafrechtliche Beurteilung von Schi- und Bergunfällen, in ZVR 1985, 97; D. Kienapfel, *Anm. zu BGH vom 14. 2. 1984 - 1 StR 808/83*, in JZ 1984, 751; F. Messner, *Strafrechtliche Verantwortung bei riskantem Zusammenwirken von Täter und „Opfer“*, in ZVR 2005, 43 ss.; D. Kienapfel, F. Höpfel, R. Kert, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 16ª edizione, Wien 2020, c. 28, n. marg. 1 ss.

²³ Fondamentale a questo proposito R. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht*, op. cit., 5 ss.

²⁴ Si vedano anche i classici di H. J. Schneider, *Viktimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen, 1975; G. Kaiser, *Kriminologie*, Heidelberg 1997.

²⁵ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990, 68 ss.

²⁶ Sull'utilità di introdurre varie tipologie di vittime H. J. Schneider, *Viktimologie*, op. cit., 52 ss.

terzo durante la realizzazione del reato. Il risultato è che la vittima viene sempre più intesa quale soggetto attivo e codeterminante, che in quanto tale può essere considerata responsabile del torto penale realizzato, e pertanto contribuire a scagionare l'autore.²⁷

Dall'altra, il dibattito ruota intorno alla questione se sia ancora attuale la soluzione tradizionalmente applicata, secondo la quale le forme di partecipazione autoresponsabile della vittima devono essere suddivise, sulla base del criterio del dominio effettivo sul fatto da parte della vittima o del terzo agente, in 1) autoesposizione al pericolo (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*) o 2) consenso al pericolo altrui (*einverständliche Fremdgefährdung*) che, di conseguenza, tendono a 1) escludere o 2) affermare una responsabilità penale del terzo come autore.²⁸

Si è in presenza di un'autoesposizione al pericolo qualora sia la vittima stessa a tenere il comportamento rischioso per il proprio bene (ad esempio, la vittima si inietta una dose letale di eroina, per la quale il terzo aveva procurato le siringhe). Il terzo è considerato corresponsabile della lesione del bene avendo agevolato o reso possibile alla vittima l'adozione di un comportamento pericoloso. Non si richiede invece che esso abbia interferito col processo decisionale della vittima, in quanto in quel caso non si potrebbe neanche più parlare di una decisione e di un agire autoresponsabile della stessa. Il fattore decisivo per differenziare tale situazione dal caso fenomenologicamente diverso del consenso al pericolo altrui è che la vittima mantiene il dominio sul fatto, potendovi mettere fine in qualsiasi momento. Dopo una prima, decisiva sentenza nel caso dell'iniezione di eroina sopra descritto²⁹, in Germania si è affermata quella giurisprudenza che sostiene che l'azione possa venire oggettivamente imputata al terzo soltanto qualora questi, favorendo l'autoesposizione al pericolo, si sia accorto che la futura vittima non comprendeva appieno le conseguenze della propria decisione di mettere in pericolo se stessa³⁰ e non agiva pertanto consapevolmente e autoresponsabilmente. Al contrario, qualora si realizzi il rischio che il soggetto aveva assunto autoresponsabilmente e in maniera consapevole, l'evento

²⁷ Critico a proposito M. Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien 1974, 169; Th. Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen 1981, 13.

²⁸ Per il primo, fondamentale dibattito a riguardo in Germania cfr. D. Dölling, *Fahrlässige Tötung*, op. cit., 71 ss.; sull'argomento in Austria, H. Steininger, *"Freiwillige Selbstgefährdung"*, op. cit., 97.

²⁹ La massima della Corte federale di giustizia (*Bundesgerichtshof*, BGH) (1984) 32, 262, *NStZ*, 1984, 410 recita: "La messa in pericolo del bene proprio voluta e realizzata autoresponsabilmente esclude la fattispecie di lesioni personali o di omicidio se si è realizzato il rischio consapevolmente assunto con la messa in pericolo. Chiunque si limita a dare causa, consentire o agevolare una tale messa in pericolo non si rende perseguibile per il reato di lesioni personali o di omicidio". Decisivo per tale cambio di direzione fu il pensiero di Bernd Schünemann in *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln? – Besprechung des Urteils BGH NStZ 350*, in *NStZ* 1982, 61 ss.

³⁰ BGH 27 novembre 1985 - 3StR 426/85, in *NStZ* 1986, 266.

non viene imputato al terzo.³¹ Essenziale ai fini di determinare l'entità della responsabilità del terzo è chiedersi in quale misura questi, in virtù di una conoscenza esperta superiore (compresa l'esistenza di un obbligo di protezione dovuto a una difettosa maturità mentale, capacità fisica o capacità di comprensione del carattere rischioso dell'azione in capo alla vittima), abbia meglio compreso o dovrebbe aver meglio compreso il rischio a cui si esponeva la vittima.³²

Nel caso di consenso al pericolo altrui (si pensi ad esempio ad un salto in tandem con il parapendio), il dominio sul fatto è in mano non alla vittima, bensì al terzo. La vittima si espone in modo consensuale e consapevole alle azioni pericolose del terzo. È questi che assume il ruolo dominante. Inizialmente, secondo parte della dottrina, in questo caso si riteneva non poter escludere la responsabilità del terzo³³, argomentando che il consenso espresso a riguardo si riferiva soltanto alla condotta pericolosa, e non all'evento, motivo per cui in caso di reato d'evento un'esclusione di responsabilità non sarebbe concepibile.³⁴ Presto però, questo argomento veniva confutato con il famoso caso *Memel*.³⁵ Dopo che un traghettatore si era inizialmente rifiutato di traghettare due passeggeri attraverso il fiume *Memel* in piena, egli acconsentì alla loro richiesta. La barca, tuttavia, si rovesciò e i due passeggeri morirono annegati. Il traghettatore venne assolto. Sebbene nella motivazione il *Reichsgericht* non menzionò la autonoma e consapevole autoesposizione delle due vittime al pericolo, dalla stessa decisione parte della dottrina ritenne di poter desumere un implicito riconoscimento del principio di autoresponsabilità della vittima come possibile fattore di esclusione o delimitazione della responsabilità penale del terzo agente.³⁶ Ciononostante, sempre

³¹ C. Roxin, *Anm. zu BGH*, in *NStZ* 1984, 411; D. Kienapfel, *Anm. zu BGH*, op. cit., 751; H. Otto, *Selbstgefährdung und Fremdverantwortung*, in *Jura* 1984, 536; U. Weber, *Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstrafrecht*, in *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin 1992, 377; più differenziato, K. Amelung, *Anm. zu BGHSt* 39, 322, in *NStZ* 1994, 338.

³² BGH in *NStZ* 1985, 25; BGH in *NStZ* 1986, 266; H. Otto, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, in *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin/New York 1989, 174; W. Frisch, *Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten*, in *NStZ* 1992, 64.

³³ H. Steininger, „*Freiwillige Selbstgefährdung*“, op. cit., 102; U. Hellmann, *Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung*, in *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin/New York 2001, 275 ss; H. Hinterhofer, *Die Einwilligung im Strafrecht*, Wien 1998, 54; F. Geppert, *Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?*, in *ZStW* 83 (1971), 974; H. Otto, *Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung*, in *Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck 1995, 621; D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 1997, 217 ss.; R. Zaczyk, *Strafrechtliches Unrecht*, op. cit., 51 s.; H. Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Neuwied/Berlin 1970, 70 ss.

³⁴ Cfr. sulle diverse posizioni in tale discussione M. Helfer, *Eigenverantwortung am Berg – Grenzen des Strafrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, in AA. VV., *Das Recht am Berg – Aktuelle Fragen des Bergsportrechts*, a cura di M. Büchele, M. Ganner, L. Khakzadeh-Leiler, P. Mayr, P. Reissner, A. Schopper, Wien 2016, 25 ss.

³⁵ Reichsgericht, 3.1.1923, AZ IV 529/22 (*Memel-Fall*), in *openJur* 2010, 3239.

³⁶ H. Otto, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und*

con riguardo a ipotesi di consenso al pericolo altrui, sulla scorta dell'idea del dominio sul fatto, tendenzialmente si continuava ad affermare la responsabilità penale del terzo agente, ricorrendo in merito a motivazioni giuridiche diverse³⁷.

Oltre a queste due tradizionali categorie di casi, si verifica talora anche quella costellazione fenomenologica in cui il terzo e la vittima si espongono assieme al pericolo, compiendo appunto insieme la condotta pericolosa, per cui il dominio sul fatto non può essere chiaramente assegnato a uno dei due (ad esempio, l'uso di una slitta a due posti³⁸, un tour di rafting con partecipanti con uguali capacità, oppure una gara di vetture autocostruite con due soggetti che si dividono la guida e la frenatura)³⁹. Oltre alla difficoltà pratica di ricondurre chiaramente tali casi all'una o all'altra categoria tradizionale,⁴⁰ vi sono varie ragioni, soprattutto di tipo dogmatico, che invitano ad allontanarsi da questa rigida demarcazione tra autoesposizione al pericolo e consenso al pericolo altrui e pertanto ad ammorbidire tale rigido e inflessibile metodo di delimitazione della responsabilità penale.

Da un lato, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria⁴¹, il criterio del dominio sul fatto presuppone una definizione restrittiva del concetto di autore del reato nei reati colposi. Dall'altra, è necessario definire precisamente il concetto di azione: agire qui non significa causare nel senso di una causalità naturalistica, ma piuttosto il tenere il comportamento rilevante per l'esecuzione concreta e materiale del fatto.⁴²

Al posto del criterio del dominio sul fatto, che conduce a sostenere una generale impunità nel caso di partecipazione a un'autoesposizione al pericolo e una generale responsabilità penale nel caso di un consenso al pericolo altrui, si afferma quindi sempre più spesso e con crescente successo – in maggiore considerazione del principio di autoresponsabilità dell'individuo quale espressione della sua libertà e della sua capacità di ragionevole autodeterminazione – una nuova posizione. Pure al di fuori del classico consenso quale causa di giustificazione, si riconosce che qualora la vittima abbia agito liberamente e nella piena consapevolezza del pericolo al quale esponeva

-gefährdung, op. cit., 157 ss.

³⁷ M. Lasson, *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik*, in *ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium)*, 2009, 360 ss.

³⁸ A. Birklbauer, *Anm zu OGH 12.06.2003, 15Os 68/03*, in *JSt 2004/1*.

³⁹ F. Messner, *Strafrechtliche Verantwortung*, op. cit., 46.

⁴⁰ D. Kienapfel, F. Höpfel, R. Kert, *Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, op. cit., c. 28, n. marg. 8: "Entrambe le costellazioni si sovrappongono nella pratica e rendono quasi impossibile una delimitazione precisa, il che porta a una valutazione molto controversa dei singoli casi".

⁴¹ W. Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, Heidelberg 1992, 23 ss.

⁴² J. Renzikowski, *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, Besprechung zu BGH v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08*, 348.

direttamente o indirettamente i propri beni (piena capacità di discernimento, azione effettivamente autoresponsabile, piena consapevolezza del rischio assunto per i propri beni giuridici⁴³), l'evento che si è verificato non può essere imputato oggettivamente al terzo coinvolto.⁴⁴

Ciò è ricondotto da un lato al fatto che, in particolare nel caso dei cosiddetti reati di danno a terzi (*Fremdschädigungsdelikte*), lo scopo protettivo della norma è quello di tutelare il bene da danni e pericoli provenienti da terzi e non dal titolare del bene stesso. Tale approccio dogmatico esclude pertanto la tipicità, in particolare nel caso di reati contro la vita e l'incolumità fisica, che sono concepiti come cosiddetti reati di danno a terzi⁴⁵. L'ambito di tutela della norma termina laddove inizia l'area di autoresponsabilità dell'individuo, sempre a condizione che questi sia in grado di provvedere alla propria tutela. La limitazione della finalità protettiva con riguardo ai soli influssi esterni si basa, da un lato, sulla libertà di autodeterminazione e, dall'altro, sul principio di sussidiarietà del diritto penale.

Dall'altro lato, l'imputazione oggettiva viene esclusa considerando come nei casi di partecipazione consapevole della vittima al fatto di reato non vi sia alcuna violazione di una regola cautelare oggettiva da parte del terzo. La creazione di un'opportunità in cui una persona si espone consapevolmente e autoresponsabilmente al pericolo – qualora ciò non vada a inficiare beni giuridici altrui, come ad esempio mettere in pericolo la sicurezza di altri utenti della strada tramite gare illegali⁴⁶ – rimane ancora nell'ambito del rischio consentito⁴⁷.

⁴³ H. Steininger, *"Freiwillige Selbstgefährdung"*, op. cit., 100.

⁴⁴ Sin dall'inizio particolarmente critico sulla validità dogmatica del diverso trattamento penale dell'autore nei due casi di autoesposizione al pericolo e di consenso al pericolo altrui, H. Otto, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, 157 ss, 170 ss.; v. anche, più di recente, M. Cancio Meliá, *Opferverhalten und objektive Zurechnung*, in *ZStW*, 1999, 357, 366 ss.; M. Lasson, *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik*, op. cit., 367; L. Jetzer, *Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht: Zugleich ein Beitrag zur Mitwirkung an Selbstgefährdung*, Zürich 2015, 99 ss.; M. Menrath, *Die Einwilligung in ein Risiko*, Berlin, 2013, 71 ss., 108 ss.; F. Messner, *Strafrechtliche Verantwortung*, op. cit., 48; favorevole a non differenziare tra le due categorie nelle ipotesi in cui il ruolo della vittima sia stato particolarmente determinante per la realizzazione della situazione di pericolo, C. Roxin, *Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?*, in *GA*, 2018, 251 ss.; M. Helfer, *Eigenverantwortung am Berg: Grenzen des Strafrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, op. cit., 28.

⁴⁵ K. Schmoller, *Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf*, in *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Berlin/Heidelberg 1996, 223 ss.

⁴⁶ Sul problema delle corse automobilistiche illegali I. Puppe, *Tödliches Autorennen auf dem Kurfürstendamm – Mordurteile gegen Berliner Raser*, in *ZIS*, 2017, 439 ss.; U. Murmann, *Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung*, in *Festschrift für Ingeborg Puppe*, Berlin 2011, 767 ss.

⁴⁷ M. Burgstaller, H. Schütz, in *Wiener Kommentar zum StGB WK²*, § 6 n. marg. 73, § 80 n. marg. 42, 83 ss.; V. McAllister § 80, in *Salzburger Kommentar zum StGB SbgK*, n. marg. 63; P. Lewisch, *Mitverschulden im Fahrlässigkeitsstrafrecht*, in *ÖJZ* 1995, 298.

Al fine di escludere la responsabilità del terzo in caso di compartecipazione della vittima, in particolare in Austria si dà rilevanza anche al consenso giuridicamente valido quale causa di giustificazione (§ 90 StGB), a condizione che fosse la condotta pericolosa e non l'evento ad essere oggetto del consenso.⁴⁸ Qualora – contro ogni aspettativa e speranza – si verifichi il rischio assunto con la condotta in termini di evento lesivo per il bene giuridico, non si capirebbe perché tale risultato indesiderato dell'impresa pericolosa e quindi il rischio di realizzazione del pericolo debba essere attribuito a un terzo e non al titolare del bene giuridico stesso, che si era consapevolmente assunto tale rischio. Il disvalore d'evento è escluso in quanto è escluso il disvalore d'azione. Esso è considerato secondario e accessorio rispetto al vaglio giuridico apprestato alla condotta. Il consenso alla condotta pericolosa da parte del titolare del bene elimina il suo carattere illecito⁴⁹.

5. Mentre in Germania e in Austria si afferma sempre più il principio di autoreponsabilità della vittima quale causa di esclusione della responsabilità penale del terzo, l'Italia è più prudente e, soprattutto, scettica a riguardo. Sebbene l'argomento sia oggetto di discussione da decenni, d'ostacolo alla sua affermazione si pongono la diversità dei canoni d'imputazione oggettiva e soggettiva riscontrabili nel diritto penale italiano rispetto a quello tedesco e austriaco, e il tradizionale approccio giuridico-culturale incentrato sull'autore del fatto. Una visione vittimologica del soggetto passivo, seppure sia oggetto di significativa discussione dottrinale⁵⁰, non risulta ancora sufficientemente considerata. La partecipazione della vittima alla

⁴⁸ Ch. Bertel, K. Schwaighofer, A. Venier, *Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I*, 14a edizione, Wien, 2018, § 90 n. marg. 2; H. Fuchs, I. Zerbes, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 10a edizione, Wien 2018, 16. Kap., n. marg. 13; K. Schwaighofer, *Strafbarkeit bei Selbst- und Fremdgefährdung im Risikosport*, in *Aktuelle Rechtsfragen des Risiko- und Extremsports*, a cura di M. Büchele, M. Ganner, L. Khakzadeh-Leiler, P. Mayr, P. Reissner, A. Schopper, Wien 2016, 145; P. Lewisch, *Mitverschulden im Fahrlässigkeitsstrafrecht*, op. cit., 302 s.; V. Murschetz, A. Tangl, *Neue Beurteilungsmethoden zur Einschätzung der Lawinengefahr und Eigenverantwortlichkeit beim Tourengehen*, in *ZVR* 2002, 86.

⁴⁹ U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 430 ss.; Id., *Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung*, 767 (776 s.); J. Renzikowski, *Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen*, 353; C. Roxin, *Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?*, 258 s.

⁵⁰ D. Micheletti, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Criminalia*, 2011, 275 ss.; L. Cornacchia, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, Roma 2012; C. E. Paliero, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1486 s.; E. Dolcini, *Vittime vulnerabili nell'Italia di oggi e "durata determinata del processo penale"*, in *Corr. mer.*, 2010, 5 ss.; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli 2015, 135 ss.; A. Pagliaro, *Tutela penale della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 44 s.; E. Venafro, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della vittima nel nostro sistema penale*, in *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, in Venafro/Piemontese (a cura di), Torino 2004, 12 ss.; S. Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1150; V. Del Tufo, voce *La vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 1002; G. Gulotta, *La vittima*, Milano 1976.

condotta del terzo (autore) lesiva di un bene tuttora rileva, alla luce delle vigenti disposizioni normative, limitatamente con riguardo alla considerazione di specifiche caratteristiche oggettive della vittima, come l'età (incapacità ovvero minore età) o la malattia fisica o mentale. Nel codice penale in vigore, un contributo attivo della vittima alla commissione del reato è considerato soltanto in relazione 1) alla causa di giustificazione della difesa legittima (art. 52 Cp) e del consenso dell'avente diritto (art. 50 Cp), nonché 2) alle circostanze attenuanti del concorso doloso dell'offeso (art. 62, n. 5 Cp) e della provocazione (art. 62, n. 2 Cp come circostanza attenuante comune o art. 599 Cp come motivo di esclusione della punibilità per i reati di diffamazione e calunnia).

In Italia ci sono stati isolati e tra di loro indipendenti tentativi⁵¹ di spiegare e giustificare la limitazione o l'esclusione della responsabilità penale dell'autore del reato, e quindi la punibilità del comportamento commesso, in forza di una maggiore considerazione del diritto all'autodeterminazione e di conseguenza dell'autoresponsabilità del titolare del bene in gioco. L'obiettivo pubblico-solidale di dover, e anche voler, garantire al cittadino una tutela assoluta e incondizionata – non soltanto contro la propria noncuranza e sconsideratezza⁵², che a nostro avviso appare ancora giustificabile, ma anche contro un suo consapevole agire pregiudizievole – sin dall'inizio pareva precludere l'idea di poter prendere in considerazione il reato come risultato, in tali situazioni, di un agire comune tra l'asserito autore e la vittima. Tale preclusione è ulteriormente rafforzata dalla tradizionale centralità dell'autore nel reato e dal ruolo tuttora passivo ascritto alla vittima nella dinamica del fenomeno criminoso.

Particolare attenzione merita a proposito quella linea dottrinale⁵³ che, prima tra tutte, ha esaminato criticamente l'argomento oggetto del dibattito dell'area giuridica di lingua tedesca. Il principio di autoresponsabilità viene così preso in considerazione sia come possibilità per limitare le posizioni di garanzia⁵⁴, sia, sulla linea del caso *Memel*, per la discussione critica di quei casi in cui lo spacciatore di droga venne chiamato a rispondere per omicidio colposo della morte del tossicodipendente. In tale

⁵¹ O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 471 ss.; S. Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato*, op. cit., 1186 ss.; L. Cornacchia, *Il concorso di cause colpose indipendenti. Spunti problematici*, 683 ss. e 1111; V. Militello, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, Milano 1984, 152; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 383; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 608 ss.; F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 147 ss.; per una discussione critica dell'idea di differenziare i casi in base al principio del controllo dell'azione M. Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano 2004, p. 413, n. marg. 48 ss.

⁵² A. Pagliaro, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 42 s.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2014, 240.

⁵³ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 171 ss., 195 s.; Id., *Commento Trib. Roma, sentenza 12 febbraio 1985*, in *Foro it.*, 1985, II, 213 s.

⁵⁴ G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, 171 ss., 195 s.

ultimo scenario, si propose di utilizzare l'autoresponsabilità della vittima quale criterio in grado di escludere la violazione, da parte del terzo agente, di una regola di cautela oggettiva e dunque, su tale scorta, la configurabilità di una sua responsabilità penale per colpa.⁵⁵

Nonostante tale apertura dottrinale, la giurisprudenza italiana ha mantenuto un approccio di particolare rigore in merito. Sono seguiti ulteriori interventi dottrinali, i quali, pur partendo da fondamenti giusfilosofici anche contrastanti e seguendo, su tale scorta, linee argomentative diverse⁵⁶, hanno sottolineato e continuano a sottolineare l'importanza di un'adeguata valutazione compensativa dell'apporto della vittima nella dinamica del fatto lesivo a sgravio dell'autore.

Sul piano dogmatico si prospettano diverse opzioni. Da una, si ritiene che l'autoresponsabilità dovrebbe poter operare già sul piano oggettivo, escludendo la tipicità della condotta posta in essere dal terzo agente⁵⁷ o, in subordine, la tipicità del fatto illecito (non tanto per l'esclusione del nesso causale, in quanto il concorso della vittima è ormai un fattore difficilmente inquadrabile come fattore eccezionale e oggettivamente non prevedibile; l'idea è piuttosto quella di considerare il consenso della vittima quale fattore di esclusione dell'antigiuridicità e quindi della tipicità del

⁵⁵ G. Fiandaca, *Commento Trib. Roma, sentenza 12 febbraio 1985*, 213 s.

⁵⁶ V. Militello, *La responsabilità penale dello spacciatore per la morte del tossicodipendente*, op. cit., 152; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, op. cit., 383 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., 608 ss.; A. R. Castaldo, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli 1989, 210 ss.; F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., 147 ss.; S. Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato*, op. cit., 1148 ss.; Id., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, op. cit., 471 ss.; Id., *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, op. cit., 1 ss.; L. Cornacchia, *Il concorso di cause colpose indipendenti. Spunti problematici, Parti I e II*, in *Ind. pen.*, 2001, 683; Id., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit.; G. Fiandaca, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, nota a *Cass. pen.*, sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, in *Foro it.*, 2013, II, 350 ss.; M. Helfer, *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Milano 2016, 92 ss.; G. Civello, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017; M. Helfer, *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, in *Archivio penale*, 1/2020, 1 ss.

⁵⁷ Questa posizione è seguita da M. Ronco, *Autoresponsabilità e autodeterminazione*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, op. cit.; L. Cornacchia, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 247 ss. e Id. *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., *passim*; G. Civello, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017, *passim*. Pur seguendo un approccio gius-filosofico e una linea argomentativa diversa, questa soluzione è preferita anche dall'autrice stessa. In particolare, l'esclusione della responsabilità penale del terzo per assenza di tipicità del fatto è giustificabile per il fatto che, trattandosi nella maggior parte dei casi di ipotesi di responsabilità per omissione, il venir meno della qualificabilità dell'autore come garante in presenza di un'accertata non vulnerabilità della vittima permette di escludere la qualificazione del "non fare" come "omissione".

fatto)⁵⁸.

Altra parte dottrinale propone invece di individuare uno spazio di operatività dell'autoresponsabilità sul piano oggettivo della colpa⁵⁹, immaginandola come concetto in grado di limitare il dovere obiettivo di diligenza incombente su ciascuno, puntando o sul rischio consentito (è lecita e consentita la creazione o il concorso in una situazione rischiosa, a cui un terzo liberamente e consapevolmente si espone) o sul principio dell'affidamento (potendo confidare in un comportamento diligente da parte di una persona capace di scelte responsabili, non sussiste alcun'esigenza o dovere di particolare cautela nei suoi confronti da parte di un terzo).

Seppure alla luce delle diverse posizioni dottrinali risulta dunque difficile individuare una univoca collocazione sistematica dell'autoresponsabilità all'interno della struttura dogmatica del reato, sì da garantire una sua concreta e uniforme operatività con effetti liberatori per l'autore, particolare attenzione meritano alcune recenti decisioni giurisprudenziali di merito⁶⁰, come talune isolate decisioni della Suprema Corte⁶¹. Queste, inerenti a casi in materia di sicurezza sul lavoro e attività di rischio in particolare legate alla pratica dell'alpinismo nelle regioni settentrionali, pur nella loro singolarità, dimostrano come l'inquadramento giuridico dell'accaduto nel pur ancora vago prisma dell'autoresponsabilità, declinato in limitazioni dell'obbligo di garanzia in presenza di un potere/dovere di fatto di ciascuno di badare a sé stesso entro i limiti di un valido agire autodeterminato, permetta di giungere a soluzioni meno restrittive e maggiormente condivisibili alla luce di un diritto penale di stampo liberale.

6. Sia in Germania sia in Austria l'autoresponsabilità si sta sempre più consolidando come principio giuridico in grado di garantire un'applicazione del diritto penale ispirata ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà. Una situazione diversa e più scettica si riscontra invece in Italia. Un clima giuridico-culturale poco favorevole all'accentuazione del ruolo autoresponsabile della vittima nella dinamica di fatti

⁵⁸ Sul punto si rinvia a S. Cagli, *Tutela dei soggetti vulnerabili e tutela dell'autodeterminazione: una sintesi possibile? (Alcune considerazioni sull'ordinanza della Corte Costituzionale nel caso Cappato)*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, op. cit., e Id., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, op. cit., passim.

⁵⁹ Cfr. sul punto, O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *LP* 2019, 12 ss.; D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza del lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Arch. pen.*, 2/2019, 1 ss.; S. Dovere, *L'autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, in *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, op. cit.

⁶⁰ M. Helfer, *L'autoresponsabilità della vittima: quali spazi applicativi in materia di attività sportiva ad alto rischio?*, op. cit., 11 ss.

⁶¹ Cfr. sul punto, S. Dovere, *L'autoresponsabilità nella giurisprudenza penale italiana in materia di delitti colposi di evento*, op. cit.

autoinferti con coinvolgimento di un terzo, e in particolare la diversità dei canoni d'imputazione oggettiva e soggettiva riscontrabili nel diritto penale italiano rispetto a quello tedesco e austriaco, vengono ingiustificatamente presentati quali d'ostacolo a una valida affermazione del concetto di autoresponsabilità. In merito si riscontra da tempo un vivace dibattito. Nonostante le diverse posizioni è pacifico che una adeguata e ragionevole responsabilizzazione della vittima in tali contesti porterebbe in generale a giudizi di responsabilità più puntuali e individualizzati, in particolare escludendo una responsabilità penale in capo a chi si limiti esclusivamente a porre in essere un apporto neutrale all'altrui agire autoresponsabile. Qualcosa si muove in Italia, sia a livello di dottrina, sia a livello di giurisprudenza. L'obiettivo, si auspica, è quello di giungere ad affermare una responsabilità in capo al terzo soltanto in quelle ipotesi in cui la vittima, in quanto soggetto non in grado di autodeterminarsi e dunque vulnerabile, era davvero meritevole di tutela penale.

