

Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche
***Curriculum* in Diritto penale e criminologia**

Tutela penale di sentimenti?
Itinerari e prospettive

Dottorando: Federico Bacco
Tutor: Chiar.mo Prof. Domenico Pulitanò

XXIII ciclo – a.a. 2009/2010 – matr.716454

INTRODUZIONE

Può il diritto penale di una moderna democrazia liberale essere invocato a tutela di sentimenti? L'interrogativo evoca scenari dai contorni vasti, forse indefiniti. L'idea della protezione penale sembra di primo acchito stridere nell'accostamento a entità fluttuanti come i sentimenti. Nondimeno, il tema appare oggi più che mai oggetto di discussione.

Il problema dei sentimenti non è estraneo alla realtà normativa italiana. Il codice Rocco contempla delitti posti a tutela di beni che sono definiti in termini di sentimento: il pudore, il sentimento religioso, la pietà dei defunti, il sentimento per gli animali sono gli esempi più evidenti.

Di fronte all'impiego legislativo di suddetta terminologia, si apre il problema della definizione dell'oggetto di tutela: il presidio è rivolto a stati psicologici individuali? oppure l'evocazione di sentimenti va riferita alla collettività, quale salvaguardia di una sensibilità che si assume come propria della maggioranza dei consociati? L'esigenza non è un chiarimento meramente lessicale, bensì un tentativo di messa a fuoco dei fenomeni, e conseguentemente dei problemi, cui un simile lessico fa riferimento.

Dietro i sentimenti si profila un panorama di fenomeni eterogenei: sentimenti, emozioni, stati d'animo, pulsioni. Di fronte ad un simile scenario il diritto ha il compito di individuarne eventuali profili di rilevanza normativa: ciò richiede un'interazione con branche del sapere scientifico e con contributi di conoscenza spesso caratterizzati da approcci differenti. Le alternative hanno come poli opposti da un lato prospettive di tipo "psico-filosofico", dall'altro

il “nuovo” orizzonte rappresentato dalle neuroscienze: quale significato può attribuire il diritto ai “*fatti duri*” delle neuroscienze¹, al fine di regolamentare problemi di convivenza che hanno a che fare anche con una dimensione *etica*? Lo spazio di riflessione è aperto.

In che modo sentimenti, o cosiddetti “fatti di sentimento”, hanno assunto finora rilevanza per il diritto penale italiano? L’impostazione del codice Rocco è di tipo eminentemente pubblicistico: fatte salve le norme sull’onore (la cui interpretazione in termini di sentimento è peraltro dibattuta) nessuna fattispecie posta a tutela di sentimenti trova collocazione fra i delitti contro la persona. Per Rocco, i sentimenti non sono un bene personalistico: il codice interviene a tutela di oggetti che, pur radicati in una matrice di tipo soggettivo-emozionale, vengono assunti in una dimensione collettiva e impersonale. Ciò a cui il diritto penale italiano ha finora offerto tutela è il particolare oggetto del sentire: concezioni religiose, morali, concezioni della vita sessuale. Particolari visioni etiche sono state assunte come meritevoli in quanto proprie della maggioranza dei cittadini: è la teorica delle cosiddette “oggettivazioni sociali”.

Un assetto così strutturato non sembra oggi scevro di implicazioni problematiche: la frammentazione culturale e la varietà di concezioni etiche che sono gradualmente emerse nella società italiana, costituiscono un fattore di crisi per l’impalcatura concettuale e ideologica del codice Rocco. Sono evidenti le difficoltà di addivenire a modelli teorici di sintesi nell’ambito di una società la quale, stante l’eterogeneità culturale, mal si concilia con paradigmi generalizzanti del sentimento umano.

¹ Così li definisce L. BOELLA, *Neuroetica. La morale prima della morale*, Milano, 2008, p. 41.

L'esigenza di un distacco dall'autoritarismo etico del codice Rocco ha portato la riflessione penalistica, nel corso della seconda metà del '900, e in particolare dagli anni '70, a sviluppare prospettive teoriche che attuano una decisa svolta in senso personalistico, e consentono di attenuare la portata illiberale dell'impianto codicistico.

L'obsolescenza delle disposizioni normative costituisce la base per una riflessione ad ampio raggio: in che termini si pone oggi il problema di una tutela penale di sentimenti di fronte ad una società la cui consistenza pluralistica ha ormai assunto anche accenti di multiculturalità?

Il fenomeno dei sentimenti costituisce un elemento bifronte: capace di favorire dinamiche di aggregazione fra individui, le quali possono preludere al contempo, sotto una differente angolazione, a distinzioni e anche a separazioni. Riconoscersi in un dato valore, sentirsi accomunati da un particolare sentimento, può assumere anche il significato di una presa di distanza da ciò che diverge, o che si oppone, a quel sentimento.

In una prospettiva politico relazionale, i sentimenti possono assumere una carica positiva, di coesione, ma possono anche mettere in crisi gli equilibri di una convivenza. Ai sentimenti viene in questo senso attribuito un "lato oscuro", una disvalore, in quanto ritenuti fattori di emersione dell'irrazionalità dell'individuo.

La diffidenza nei confronti dei sentimenti, secondo la dicotomia che li vedrebbe opposti alla sfera del puro raziocinio, non sembra però motivo sufficiente a disincentivare un tentativo di approccio critico: differenti

campi del sapere sembrano oggi convergere verso una sostanziale riabilitazione del ruolo del sentire².

Nell'ottica del diritto penale l'interazione con la dimensione affettivo-emozionale rappresenta un momento non eludibile: l'attenzione a sentimenti non va bandita, ma implica la necessità di “*riuscire a leggerli anche con le lenti della razionalità e della ragionevolezza*”, come avverte autorevole dottrina³.

Il possibile ambito di intervento si rivolge a oggetti che, pur afferendo alla sfera personale dell'individuo, differiscono, quanto ad essenzialità, da beni fondamentali come la vita o l'integrità fisica: un'area situata lungo i confini esterni della legittimità di una tutela coercitiva.

La “lesione” al potenziale bene giuridico sentimento non è facilmente valutabile da un punto di vista oggettivo: la discussione sembra essere destinata a trascendere l'universo dei principi strettamente penalistici (o endopenalistici), richiedendo al giurista uno sforzo di lettura del problema in un'ottica più ampia.

² In ambito filosofico, il distacco dallo svalutativo dualismo cartesiano è presente nel dibattito settecentesco. Per una ricognizione, v., *ex plurimis*, E. FRANZINI, *Filosofia dei sentimenti*, Milano, 1997. Ad esempio, in Hume il sentimento costituisce il fondamento stesso della morale: D. HUME, *Ricerche sull'intelletto umano e sui principi della morale*, tr. it., Bari, 1927. L'epoca moderna e contemporanea registrano interessanti contributi nell'ambito della fenomenologia: nel classico studio di M. SCHELER, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori: nuovo tentativo di fondazione di un personalismo etico*, tr. it., Cinisello Balsamo, 1996, e nelle opere di autori contemporanei, come Roberta De Monticelli, il tema del sentire diviene essenziale per la riflessione etica.

³ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2007, p. 555.

L'asserita impossibilità che lo strumento punitivo possa muoversi all'interno di coordinate eticamente neutrali, impone di riflettere attentamente sugli equilibri sottesi alle scelte di penalizzazione. In questo senso, il tema dei sentimenti costituisce forse un luogo privilegiato per una riflessione sulla dimensione politica del problema penale. Una sfida che si gioca su un piano filosofico politico, nell'ambito di una dialettica i cui poli opposti sono rappresentati da posizioni liberali contrapposte a concezioni di tipo comunitarista-identitario.

La parzialità dei sentimenti, la loro mutevolezza, la loro essenzialità acutizzano il problema degli equilibri fra coercizione e libertà. L'obiettivo è riuscire a bilanciare esigenze di rispetto per le persone con la salvaguardia di forme e contenuti comunicativi la cui libertà è anch'essa parte essenziale del reciproco rispetto dovuto da ciascuno a tutti. Una misurata e accorta diffidenza verso il tessuto affettivo-emozionale è la premessa per un approccio critico che metta il diritto penale in condizione di distinguere richieste di riconoscimento da tentativi di sopraffazione, per *“non confondere il pensiero e l'autentico sentimento - che è sempre rigoroso - con la convinzione fanatica e le viscerali reazioni emotive”*⁴.

In questo senso, un confronto con i sentimenti sarà forse utile a meditare sugli spazi per una convivenza tra le diverse libertà che chiedono ascolto nella società pluralista.

⁴ C. MAGRIS, *Laicità e religione*, in AA. VV., *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, 2006, p. 110.

CAPITOLO I

Il diritto positivo: i sentimenti nel codice penale

SOMMARIO: 1. Il sentimento religioso. - 2. Il pudore. - 3. L'onore. - 4. La pietà dei defunti. - 5. Il sentimento per gli animali.

1. Il sentimento religioso

I delitti in tema di religione, a prescindere dalle tecniche adottate, sono un elemento sintomatico del “tasso di secolarizzazione” del sistema⁵. La scelta di una disciplina penale specifica, intesa quale tutela non limitata alla *laica libertà* di professare il proprio culto, può delineare una prospettiva problematica rispetto all'equilibrio che dovrebbe caratterizzare una democrazia liberale: l'evoluzione in senso pluralista della compagine sociale, unitamente alla progressiva desacralizzazione del giuridico⁶, fanno sì che ogni seria riflessione sugli equilibri

⁵ G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in AA. VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, pp. 180 ss. Recentemente, v. P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., a cura di L. Risicato-E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, Torino, 2009, pp. 70 s.

⁶ Per tutti, P. COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del sacro*, in AA. VV., a cura di S. Canestrari-L.

della società non possa trascurare forti dubbi circa l'opportunità di un simile presidio⁷.

Nelle legislazioni penali moderne, la religione è stata di rado identificata come prerogativa individuale, quale bene di esclusiva pertinenza del singolo; più frequentemente, come manifestazione collettiva tipica di una limitata, ma quantitativamente maggioritaria, categoria di individui, o addirittura come sentimento "istituzionalizzato", entità storicamente e culturalmente determinata nella quale sono trasfusi valori e patrimoni propri di una o più confessioni: in altri termini, il cosiddetto bene "di civiltà"⁸.

Il codice Rocco si contraddistingue per l'adozione del sintagma "sentimento religioso"⁹. Tuttavia, la legislazione del '30, fedele nelle rubriche e nella sostanza alla sola "religione di Stato", pare potersi ricondurre al paradigma definito dalla formula "bene di civiltà": è la religione

Stortoni, *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, 2009, pp. 101 ss.

⁷ Per una posizione favorevole al mantenimento di un presidio penale, v. M. ROMANO, *Principio di laicità, religioni, norme penali*, in AA. VV., *Valori e secolarizzazione, op. cit.*, pp. 214 ss.; C. MAZZUCATO, *Offese alla libertà religiosa e scelte di criminalizzazione*, in AA. VV., a cura di G. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafro, *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, Torino 2007, p. 113. *Contra*, v., *ex plurimis*, v. D. PULITANÒ, *Problema penale e problemi della laicità*, in AA. VV., *Valori e secolarizzazione, op. cit.*, p. 184; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale, op. cit.*, pp. 184 ss.

⁸ P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983, pp. 10 s.

⁹ Cfr. N. MARCHEI, *Sentimento religioso e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, Milano, 2006, pp. 35 ss.; V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006 n. 85*, Milano, 2007, pp. 16 ss.

cattolica, affiancata dalla timida presenza dei culti ammessi, e non un qualsiasi sentimento religioso individualmente avvertito, a godere di un privilegiato regime di tutela. In linea con l'afflato depersonalizzante che ispira l'intera codificazione, le fattispecie in tema di religione sono espressione di autoritarismo etico da parte del governo fascista, congeniale al sodalizio politico con la Chiesa Romana formalizzato nei Patti Lateranensi: “*La religione*” dice Rocco “è [...] non tanto un fenomeno attinente alla coscienza individuale, quanto un fenomeno sociale della più alta importanza, anche per il raggiungimento dei fini etici dello Stato”¹⁰.

L'impianto codicistico ha subito profonde modifiche ad opera della Consulta, la quale, nel corso degli anni, ha “rabberciato”¹¹ il sistema dei reati riducendo le profonde distonie con i principi codificati nella Carta del '48. Particolarmente significativa è la linea giurisprudenziale inaugurata con la pronuncia n. 440 del 1995 (sulla contravvenzione di bestemmia)¹² e seguita dalle pronunce n. 329 del 1997 (equiparazione del trattamento

¹⁰ *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, op. cit., p. 331. Per una sintesi, v., *ex plurimis*, V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose*, op. cit., pp. 6 ss.

¹¹ L'espressione è di G. FIANDACA, *Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione*, in *Foro it.*, 1998, I, p. 26 ss. Per un'ampia sintesi della giurisprudenza costituzionale vedi il saggio di C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età l'età post-secolare e il ruolo della Corte Costituzionale*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 1029 ss.

¹² Sul tema v., *ex plurimis*, F. PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 47 ss.; O. DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in questa *Rivista*, 1996, pp. 824 ss.

sanzionatorio fra religione di Stato e culti ammessi, in relazione all'art. 403 c.p.) e soprattutto n. 508 del 2000 (ablazione della fattispecie di vilipendio della religione di Stato, art. 402 c.p.)¹³: pronunce che attuano un deciso cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza costituzionale che, fino a pochi decenni prima, ancora legittimava il trattamento privilegiato della religione cattolica sulla base di criteri quantitativi e sociologici¹⁴.

Argomentando sulla base del principio di laicità, la Corte ha identificato nella dimensione religiosa individuale il naturale corollario di una libertà costituzionale¹⁵; parametro costituzionale decisivo che ha supportato le modifiche più rilevanti è stato il principio di eguaglianza¹⁶. Istanze personalistiche che rendono meno vacuo il ricorso concettuale alla categoria del sentimento emergono quando si riconduce al novero dei beni costituzionalmente rilevanti “*il sentimento religioso, quale vive nell'intimo della*

¹³ *Ex plurimis*, E. VENAFRO, *Il reato di vilipendio della religione non passa il vaglio della Corte Costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 2001, pp. 1073 ss.

¹⁴ Cfr. V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in questa *Rivista*, 2005, pp. 657 ss.; N. MARCHEI, *Sentimento religioso, op.cit.*, pp. 95 ss.

¹⁵ Pur aderendo sostanzialmente al principio di laicità dello Stato, la giurisprudenza costituzionale presenta sensibili oscillazioni circa l'effettiva portata del concetto: cfr. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, pp. 45 ss.; ID., *La tutela penale, op. cit.*, p. 1050.

¹⁶ Così D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in AA. VV., a cura di A. Ceretti-L. Garlati, *Laicità e stato di diritto*, Milano, 2007, p. 309; cfr. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici, op. cit.*, p. 39. Sui rapporti tra uguaglianza e diritto penale, *ex plurimis*, di recente, G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA. VV., a cura di M. Cartabia-T. Vettor, *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, pp. 115 ss.

*coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune*¹⁷.

La riforma del 2006, nel dichiarato intento di superare l'anacronistico e illiberale modello del codice fascista, si è limitata ad estendere *quantitativamente* l'ambito della tutela, eliminando il riferimento alla religione di Stato e introducendo al suo posto il concetto di "confessione religiosa". Un assetto formalmente non discriminatorio verso le confessioni è un esito che accoglie *alcune* delle indicazioni emerse nella giurisprudenza costituzionale: un'adesione alle istanze più caute, lontana da prospettive di eguale riconoscimento per ogni tipo di scelta spirituale¹⁸.

La lettura critica offerta dalla prevalente dottrina individua una sostanziale continuità con la vecchia normativa,¹⁹ identificando l'oggetto di tutela in una

¹⁷ C. Cost. 188/1975; cfr. N. MARCHEI, *Sentimento religioso*, *op. cit.*, p. 143.

¹⁸ La stessa Corte non ha mai assunto decisioni così dirompenti da condurre all'abbattimento del sistema esistente, in parte riducendo ad un semplice passaggio ermeneutico, secondo alcuni Autori, lo stesso richiamo alla realtà religiosa individuale, nei fatti seguito dalla (ri)legittimazione del paradigma esistente: cfr. analisi di N. MARCHEI, *Sentimento religioso*, *op. cit.*, pp. 143 ss. Osserva C. PIEMONTESE, *Offese alla religione e pluralismo religioso*, in AA. VV., *Religione e religioni*, *op. cit.*, p. 230, che "la libertà individuale parrebbe valorizzata, qui, solo in chiusura e ad abundantiam, all'interno di un iter argomentativo volto a preservare comunque l'originaria dimensione pubblica ed istituzionale della tutela".

¹⁹ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 14/2006, pp. 23 ss.; F. BASILE, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. II, 2° ed., 2006, art. 403, p. 2956.

prospettiva che oscilla tra il bene di civiltà “pluriconfessionalmente articolato” e il sentimento collettivo della pluralità dei fedeli che si riconoscono in una determinata confessione religiosa²⁰.

Malgrado la resistenza di un modello ancora incline alla tutela della religione quale “bene in sè”, merita di essere debitamente valorizzato il fatto che non sia stata riproposta la norma più insidiosa: la scomparsa del vilipendio di cui all’art. 402 c.p.²¹ è un’acquisizione normativa dal profondo impatto sistematico e simbolico. La mancata resurrezione nel 2006 sembrerebbe decretarne la sepoltura: non dimenticanza, bensì silenzio eloquente²² nell’ambito di un’operazione legislativa che nel complesso ha scelto di mantenere una specificità penale per la religione. È forse un preludio al venir meno di una tutela incentrata su dogmi e patrimoni di idee: un risultato non ancora acquisito, che dipende anche dal rigoroso impegno che gli stessi interpreti sapranno offrire per ridimensionare in chiave personalistica le fattispecie dai risvolti ancora

²⁰ Nel primo senso P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione*, *op. cit.*, p. 83; per la seconda opzione v. F. BASILE, *op. cit.*, p. 2962. Cfr. anche C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, *op.cit.*, p. 196. Ritieni che la riforma del 2006 abbia fatto assurgere il sentimento religioso individuale a bene protetto in via diretta e immediata, V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose*, *op. cit.*, p. 26.

²¹ Sulla problematicità di tale fattispecie, cfr., *ex plurimis*, D. PULITANÒ, *Spunti critici in tema di vilipendio della religione*, in questa *Rivista*, 1969, pp. 194 ss.; V. MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. V, Padova, 2005, pp. 147 ss.

²² Anche il silenzio è una risposta eloquente che il legislatore può decidere di adottare di fronte ad un problema: v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 5.

ambigui. Gli ambiti critici non mancano: disposizioni quali l'art. 403 possono ancora prestarsi a distorsioni illiberali²³.

2. *Il pudore*

²³ Un'interpretazione correttiva della norma è offerta da D. PULITANÒ, *Laicità, op.cit.*, p. 313, il quale deduce la sostanziale inutilità del suddetto articolo e ne auspica una riconversione come offesa alla persona qualificata solo dal particolare contesto, nella quale dunque l'offesa alla religione diviene semplice elemento di specificazione del tipo di reato rispetto alle normali fattispecie poste a presidio dell'onore individuale. Sottolinea il carattere sostanzialmente confessionista della disposizione V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose, op. cit.*, pp. 41 ss. Di fronte a tali disposizioni, la valorizzazione della dimensione personalistica sembra l'unica opzione in grado di esentare la norma da censure di incostituzionalità, anche se la possibile sussistenza di linee giurisprudenziali di segno opposto mantiene la preoccupazione per indebite interferenze giudiziarie nelle libertà costituzionali: v. Cass. pen., sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535, in *Riv. pen.* 2009, pp. 835 ss.: *“Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 403 cod. pen. (offese ad una confessione religiosa dello Stato mediante vilipendio di persone) non occorre che le espressioni offensive siano rivolte a fedeli ben determinati, ma è sufficiente che le stesse siano genericamente riferibili alla indistinta generalità degli aderenti alla confessione religiosa. (In motivazione la Corte, nell'enunciare il predetto principio, ha precisato che la norma protegge il sentimento religioso di per sé, sanzionando le pubbliche offese verso lo stesso, attuate mediante vilipendio dei fedeli di una confessione religiosa o dei suoi ministri)”. In un'altra recente vicenda, pur a fronte di un esito assolutorio, non è stata in alcun modo evidenziata la connotazione personalistica del bene giuridico: v. Trib. Latina, 24 ottobre 2006, n. 1725, in www.statoechiase.it, 7/2007, con nota critica di P. SIRACUSANO, *Vilipendio religioso e satira: “nuove” incriminazioni e “nuove” soluzioni giurisprudenziali.**

Il richiamo al sentimento è centrale nella definizione delle oscenità penalmente rilevanti: sono da considerarsi osceni gli atti e gli oggetti che “secondo il comune sentimento” offendono il pudore (art. 529 c.p.). L’elemento normativo “comune sentimento del pudore” attinge da un fenomeno di reattività interiore dell’individuo: il pudore, genericamente definibile come sentimento che induce al riserbo su quanto attiene alla vita sessuale²⁴, fonda il possibile senso di disagio avvertibile di fronte a manifestazioni della sessualità. La valorizzazione normativa di un siffatto elemento è addotta per l’introduzione di soglie atte a delimitare l’ambito di manifestazione di pratiche e di rappresentazioni aventi contenuto sessuale.

Inteso nella dimensione comunitaria il pudore si emancipa dal rapporto di implicazione emotiva individuale e dalla sua concreta sussistenza, scivolando verso caratterizzazioni legate a concezioni particolari della morale sessuale. Il problema del buon costume e della pubblica moralità, quali beni di categoria in ambito

²⁴ Fondamentale G. FIANDACA, *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, pp. 4 ss. Sul problema definitorio del pudore, nella letteratura penalistica più risalente v. G. ALLEGRA, *Il “comune” sentimento del pudore*, in *Iustitia*, 1950, pp. 78 ss.; R. LATAGLIATA, voce *Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza*, in *Encicl. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 49 ss.; R. VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1963. Più recentemente, v. M.G. GALLISAI PILO, voce *Oscenità e offese alla decenza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 204 ss; M. FARINA, *Il reato di atti osceni in luogo pubblico: tensioni interpretative e prospettive personalistiche nella tutela del pudore*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2005, pp. 867 ss. Per un’analisi in chiave psicanalitica v., *ex plurimis*, M. APPIANI, *Tabù. Elogio del pudore*, Milano, 2004, pp. 292 ss.

penalistico, si risolve nella valutazione delle condotte rispetto ad un canone di “moralità sessuale”²⁵; un concetto la cui delimitazione è però nondimeno ardua, al punto da costituire classicamente un luogo di forti tensioni tra il diritto punitivo e il modello liberale²⁶.

L’interpretazione del buon costume sessuale ha comportato esiti oscillanti, essendo il suo contenuto una sintesi contingente in cui dimensione assiologica e fattuale danno luogo ad un inestricabile groviglio. Nel giudizio sull’osceno il problema normativo è legato al determinante apporto dell’attributo “comune”: per l’interpretazione di tale concetto si è fatto ricorso talvolta a modelli tesi a sintetizzare il sentire della popolazione in un determinato periodo storico, e talvolta ad astrazioni idealtipiche ritenute espressione di presunta (doverosa) “normalità”. Da una parte, il criterio “storico-relativistico”, il quale, al

²⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Problematica dell’osceno*, op.cit., pp. 78 ss.

²⁶ Sul punto rimarcava G. FIANDACA, *Problematica dell’osceno*, op. cit., p. 99, che “[...] il principio della tolleranza ideologica e della tutela delle minoranze impediscono di trasformare il diritto penale di uno Stato democratico in tutore della virtù. [...] Ciò induce a dover giustificare sotto ogni aspetto l’assunto, secondo il quale la punizione dell’immoralità non può rientrare tra gli scopi del diritto penale contemporaneo. Tanto più che l’esplicito riferimento, contenuto nella Costituzione, alla tutela del buon costume potrebbe essere da taluno interpretato – come di fatto è avvenuto – appunto in chiave di “copertura” costituzionale all’incriminazione di fatti lesivi di semplici valori morali”. Recentemente, v. W. WOHLERS, *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europeo continentale e da una angloamericana*, in AA. VV., a cura di G. Fiandaca-G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, 2008, pp. 125 ss.

di là delle diverse formulazioni, assume come dato di partenza la *variabilità* del comune sentimento del pudore: variabilità apprezzabile primariamente in una dimensione diacronica, quale contestualizzazione storica dell'atto in raffronto con la mutevolezza dei costumi. Dall'altra parte, il criterio cosiddetto "deontologico", che, sulla base di una costruzione idealtipica di uomo "normale" al di là dei luoghi e al di là delle epoche, prefigura l'esistenza di un nucleo imm modificabile del pudore che deve essere salvaguardato in opposizione al potenziale "decadimento" della morale²⁷.

Di fronte alla debolezza definitoria del criterio storico, e all'anacronistica e illiberale fissità del criterio deontologico, gli sviluppi giurisprudenziali, affinati da importanti contributi della dottrina²⁸, hanno condotto ad una vera e propria riconversione del bene tutelato, il quale è oggi riconosciuto nel diritto ad essere protetti da indebite violazioni del proprio riserbo sessuale: esempio tipico, l'assistere a manifestazioni di contenuto erotico senza avervi preventivamente acconsentito. Ciò ha condotto ad un modello di tutela non più incentrato su una lesione astratta e potenziale del pudore collettivo, ma teso a reprimere solo le manifestazioni che "si impongano" a determinati soggetti senza che questi abbiano prestato un

²⁷ Per un approfondimento v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, op. cit., pp. 20 ss.; per una panoramica giurisprudenziale fino agli anni '60, v. D. PULITANÒ, *Il buon costume*, in AA. VV., *Valori socio-culturali della giurisprudenza*, Bari, 1970, pp. 172 ss.; sui recenti sviluppi giurisprudenziali, v. G. CAMPAGNOLI, *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 3/2006, pp. 905 ss.

²⁸ Il riferimento è sempre a G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, op. cit.

preventivo consenso²⁹. È il carattere della pubblicità più o meno indesiderata dell'atto o della pubblicazione, inteso come capacità di diffusione e percepibilità da parte di soggetti non consenzienti, a fondare l'illiceità, e non la sua natura eventualmente oscena.

L'apertura liberalizzante rappresenta un ragionevole distacco da modelli di intervento non compatibili con uno Stato liberale e pluralista³⁰. Quali sono gli effetti di un simile mutamento sulla considerazione normativa del sentimento? Nell'ipotesi di condotta che non integra gli estremi di abusiva diffusione verso un numero indeterminato di soggetti, ma è destinata solo a coloro che specificamente vi acconsentono, l'irrilevanza penale è la conseguenza di un riconoscimento di libertà. I sentimenti

²⁹ In giurisprudenza, sentenza capostipite è quella del Tribunale di Torino, 2.4.1982, in *Foro it.*, 1981, II, cc. 529 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. III, 21.1.1994, in *Foro it.*, 1996, II, c. 21; v. anche Cass. pen., SS. UU., 24.3.1995, in *Foro it.*, 1996, II, c. 17 ss. Da ultimo, v. Cass. pen., sez. III, 17.12.2004, n. 48532 e Cass. pen., sez. III, 6.7.2005, n. 34417, che conferma la percepibilità dell'osceno da parte del pubblico come elemento costitutivo della fattispecie il cui onere probatorio deve essere fornito dall'accusa. Per un avallo del suddetto orientamento da parte della Corte Costituzionale, v. la sentenza n. 368 del 1992, secondo cui "*la misura di illiceità dell'osceno è data dalla capacità offensiva di questo verso gli altri, considerata in relazione alle modalità di espressione e alle circostanze in cui l'osceno è manifestato*", v. C. Cost., 368/1992.

³⁰ Esigenze di riforma sono invocate evidenziando un ormai critico rapporto tra il diritto vivente e la tipicità formale, sottolineando come lo stesso reinquadramento in termini personalistici del bene giuridico disveli, in definitiva, un'irragionevole disparità sanzionatoria tra l'offesa al pudore (*rectius*, libertà da visioni indesiderate) e altre offese alla persona: v. M. FARINA, *Il reato di atti osceni*, *op. cit.*, pp. 872 ss.

rimangono sullo sfondo, preservati nella loro autonomia e senza dover render conto dei propri contenuti: le generalizzazioni e i giudizi su base quantitativa sono e devono rimanere al di fuori della norma, poichè la libertà del singolo è anche libertà di usufruire e concedersi quello che per molti dei suoi simili potrebbe apparire indecoroso o ripugnante, ovviamente senza invadere le altrui sfere di libertà.

Sul piano concettuale, è l'argomento della libertà ad apparire decisivo e logicamente prioritario: riconosciuta la libertà, è il corretto esercizio di questa che fonda la liceità delle condotte. Non si tutela più un moralistico pudore "collettivo", bensì il pudore di soggetti che potrebbero venire coinvolti in manifestazioni per loro indesiderate. Si passa da una logica di determinazione "verticale" dell'etica sessuale da parte dallo Stato, ad un riassetto orientato alle libertà individuali. Ciascuno deve poter vivere la propria sessualità nel modo più consono e appagante: l'equilibrio si fonda su potenzialità nell'agire che trovano un limite nell'altrui pretesa di non subire confronti sgraditi.

3. L'onore

Sempre più tenui appaiono oggi i legami tra il concetto giuridico di onore e la dimensione psicologica.

Ad un livello meramente fattuale, l'onore può essere definito anche tramite il riferimento alla percezione del sé, alla concezione che l'individuo ha di sé stesso; tuttavia, tali stati soggettivi non sono affidabili da poter costituire un parametro per il disvalore delle condotte ingiuriose o diffamatorie. Nella dimensione empirica, l'onore consta di

una componente soggettiva e oggettiva: la prima coincidente con il sentimento della propria onorabilità, la seconda da identificarsi nel “*risultato della somma dei giudizi che si formano e si affermano a mano a mano che l’individuo svolge la propria attività nel campo sociale*”³¹. L’individuo in un caso, i consociati nell’altro, diventerebbero i referenti di un giudizio valoriale che perderebbe così ogni pretesa di oggettiva condivisione, scivolando verso una mutevole e inafferrabile matrice soggettiva.

Le riflessioni sul tema dell’onore evidenziano come uno stato meramente psicologico, se assunto quale referente di scelte normative, rischi di condurre a sistemi di regolamentazione dispersivi e sbilanciati: dispersivi perché si parcellizzano le ragioni di un possibile presidio, sbilanciati perché si crea un’eterogenea alternanza tra vuoti ed eccessi di tutela. L’onore come descritto dalla concezione fattuale lascia sguarnito il campo dei soggetti “incapaci di sentire”, e viceversa può arrivare a concedere più del dovuto a coloro che “sentono troppo”, fin quasi a giungere al “puntiglio”³². È pertanto acquisizione condivisa che la cosiddetta concezione fattuale non sia idonea ad esplicitare il bene giuridico di cui agli articoli 594 e 595 del codice³³.

Nella dottrina italiana, l’afflato costituzionale ha indotto una configurazione dell’onore come “*rapporto di*

³¹ A. JANNITTI PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*, Torino, 1953, p. 170.

³² 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.*, 4/2008, p. 1578.

³³ E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, pp. 10 ss.

riconoscimento, che ha per contenuto la dignità sociale dell'uomo"³⁴. Le evoluzioni e i correttivi proposti hanno sancito il distacco da un paradigma psicologico: la concezione normativa e le sue evoluzioni attestano l'esigenza di individuare contenuti che non dipendano da riflessi meramente soggettivi.

L'onore è ricondotto all'ambito dei diritti che discendono dalla dignità dell'essere umano in quanto tale. Tale esito rappresenta una importante acquisizione nel percorso di consolidamento del canone ermeneutico di matrice costituzionale³⁵; tuttavia, oggi è sottoposto a revisione critica in virtù di un'eccessiva astrattezza, stante un contesto culturale aperto e pluralista e una varietà giurisprudenziale che mette in crisi le ambizioni generalizzanti. Recenti enunciazioni inquadrano il bene dell'onore non più come entità concettuale autosufficiente, bensì come un valore "*co-determinato dall'incidenza che i diritti costituzionalmente rilevanti [...] esercitano nel determinar[ne] i limiti di estensione*"³⁶, assegnando dunque al bilanciamento costituzionale un ruolo fondante e non meramente dichiarativo del bene oggetto di tutela.

L'evoluzione del concetto giuridico di onore evidenzia come il fondamento di tutela necessiti di ragioni più forti di quelle che possono derivare dalla suscettibilità dei singoli, tendenzialmente inafferrabili e predisposte ad un'espansività difficilmente arrestabile. In questa prospettiva, il richiamo alla dignità costituisce un

³⁴ ID., *ivi*, p. 147.

³⁵ Cfr. P. SIRACUSANO, *Problemi e prospettive della tutela penale dell'onore*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 337. Nella giurisprudenza costituzionale, v. C. cost., n. 86/1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 677.

³⁶ A. TESAURO, *La diffamazione come reato debole e incerto*, Torino, 2005, p. 24.

momento che coniuga l'attenzione ad un nucleo minimo di rispetto verso l'individuo con esigenze di eguaglianza e di libertà di critica e dialogo. Un percorso forse non ancora risolutivo, ma il cui apporto per una prospettiva di liberale tutela merita considerazione.

4. La pietà dei defunti

Pochi termini denotano un'appartenenza al lessico emozionale come la pietà: traduzione del latino *pietas*, essa, al di là dell'uso generico che connota il sentimento di solidale comprensione nei confronti della sofferenza altrui, designa ancora oggi la dimensione psicologica che scaturisce dall'esperienza della morte dei propri simili, e fa la sua comparsa nel codice penale, al capo II del titolo IV.

L'interpretazione consolidatasi in dottrina individua in tali norme un presidio ad un sentimento considerato universale, non una forma di tutela della salute pubblica³⁷. La tutela è incentrata su oggetti materiali ma postula la rilevanza simbolica delle *res*: oggetti la cui violazione integra il paradigma delittuoso in quanto la materialità delle azioni assuma il significato di dileggio alla memoria³⁸.

Malgrado la topografia codicistica, pare opportuno rimarcare l'autonomia concettuale del sentimento di pietà

³⁷ G. FIANDACA, voce *Pietà dei defunti (Delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, 1990, p. 1; per l'orientamento incline all'interpretazione della norma come tutela della salute pubblica, v. F. GABRIELI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961, p. 371.

³⁸ V. A. ROSSI VANNINI, voce *Pietà dei defunti (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995, p. 571.

per i defunti dalle eventuali caratterizzazioni religiose³⁹. È sul presupposto di una dimensione laica di tale sentimento⁴⁰, al di là dell'adesione a fedi e oltre il manto di ritualità culturali, che deve aprirsi la discussione sulla legittimità e necessità di un presidio sanzionatorio.

Autorevole dottrina è critica nei confronti della scelta politico criminale: *“la previsione autonoma di delitti contro la pietà dei defunti non appare, nell’attuale momento storico, perfettamente congrua con la funzione propria di un diritto penale di uno Stato democratico e secolarizzato: il mero sentimento non sembra infatti poter assurgere al rango di bene giuridico, non intaccando la sua semplice violazione quelle condizioni minime della vita in comune la cui salvaguardia legittima l’uso dello strumento penalistico”*⁴¹. L’osservazione ha il merito di evidenziare uno dei punti critici del rapporto tra sentimenti e tutela penale: libertà che rischiano di essere soggette alla coercizione di fronte a moti dell’animo umano, il cui turbamento, pur intenso, non può essere destinatario di una priorità assoluta all’interno di un contesto pluralista.

³⁹ *Ex plurimis*, cfr. G. FIANDACA, voce *Pietà*, *op. cit.*, p. 1; A. ROSSI VANNINI, voce *Pietà dei defunti*, *op. cit.*, p. 570.

⁴⁰ Non potendo in questa sede offrire un quadro della sconfinata bibliografia, ci limitiamo a segnalare le intense riflessioni contenute nella recente pubblicazione di AA. VV., a cura di D. Monti, *Che cosa vuol dire morire*, Torino, 2010. Argomentazioni spesso comuni da parte di autori di estrazione laica e autori cattolici emergono nei saggi di R. BODEI, *L’epoca dell’antidestino*, pp. 57 ss.; R. DE MONTICELLI, *La libertà di divenire sé stessi*, pp. 83 ss.; per i secondi, v. G. REALE, *L’uomo non si accorge più di morire*, pp. 25 ss.; V. MANCUSO, *Se si ha paura della morte, si ha paura della vita*, pp. 109 ss.

⁴¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, 2007, IV ed., pp. 450 s.

Nell'attuale configurazione normativa, tuttavia, la tutela del defunto evoca sentimenti, ma non ha ad oggetto stati psicologici di parenti o delle persone ad esso affettivamente legate. Si tratta di un riconoscimento dovuto all'essere umano in quanto tale, a prescindere da metafisiche ultraterrene, ma anzi ben ancorato ad una concezione secolare dell'esistenza, secondo cui il soggetto può e deve meritare rispetto anche dopo il trapasso⁴². È in quest'ottica che può eventualmente valutarsi l'opportunità del mantenimento di un presidio e i suoi limiti: secondo logiche non pervasive ma ragionevolmente orientate alla salvaguardia di un nucleo minimo di rispetto verso chi ha abbandonato la dimensione fisica dell'esistenza.

5. Il sentimento per gli animali

Di recente emanazione è la disciplina che sanziona, in forma di delitto, uccisione e maltrattamento di animali: bene giuridico tutelato, stando alle parole del legislatore,

⁴² Cfr. M. DONINI, *Danno e offesa*, op. cit., p. 1587, il quale sottolinea la possibilità che dall'assenza di tali presidi scaturiscano esiti negativi per la stessa pace sociale. Nella relazione al progetto di riforma del codice penale elaborato dalla commissione Pagliaro era stato osservato che: *“il bene personalistico della dignità della persona defunta appare costituire l'oggetto primario e costante della tutela contro gli atti irrispettosi delle spoglie umane e dei sepolcri, mentre il pur rilevante bene collettivo del suddetto sentimento si presenta come bene secondario ed eventuale”*, v. *Relazione alla bozza di articolato per un progetto di riforma del Codice Penale*, consultabile in <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/riforma/relazionepagliaro.htm>.

sarebbe il sentimento per gli animali⁴³, ovvero quel sentimento di umana compassione che scaturisce dal rapporto con la sofferenza dell'animale.

Tuttavia, per ricondurre l'oggetto della tutela ad una sorta di *pietas* verso gli esseri non umani, dovrebbe essere necessario postulare quantomeno un grado di pubblicità dell'atto tale da far supporre un turbamento del sentire collettivo. Quest'ultimo, in via di principio, può essere indotto dalle condotte di cui al titolo IX bis; tuttavia, la struttura delle norme reprime (con procedibilità d'ufficio) uccisione, maltrattamenti, combattimenti clandestini per la loro semplice messa in atto, dunque anche se avvenuta ben lontano da animi "sensibili"⁴⁴.

⁴³ Così G. L. GATTA, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato, op. cit.*, art. 544bis, p. 3673; L. PISTORELLI, *Così il legislatore traduce i nuovi sentimenti e fa un passo avanti verso la tutela diretta*, in *Guida dir.*, 2004, n. 33, pag. 19. Per una sintesi della problematica, v. A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali, fra nuove sensibilità e vecchie insidie*, in <http://annali.unife.it/lettere/animali/valastro.pdf>. Va evidenziata la posizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, p. 188, il quale individua la *ratio* della tutela penale degli animali in una prospettiva promozionale della stessa dignità umana, in quanto "*la riduzione dell'immensa crudeltà verso gli animali [...] attenuando la crudeltà complessiva del mondo, se non rende l'animale più uomo, rende l'uomo meno animale e migliore la Terra*".

⁴⁴ Una prospettiva di tutela maggiormente incentrata sul sentimento poteva essere ravvisabile nella norma di cui all'art. 727 c.p. nella formulazione precedente alla riforma del 1993: il testo disponeva infatti l'illiceità penale della condotta di chi "*anche per solo fine scientifico o didattico, in un luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, sottopone animali vivi a esperimenti tali da destare ribrezzo*": sul tema v., *ex plurimis*, F. COPPI, voce *Maltrattamento o malgoverno di animali*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, p. 266.

Per tali ragioni, l'inquadramento del bene giuridico in ossequio al verbo legislativo è forse una lettura ingenua: non si tratta di fattispecie poste a tutela di sentimenti. Al sentimento umano di rispetto per gli animali può essere riconosciuto il ruolo propulsivo nei confronti della scelta politico criminale, ma esso non trova riscontro nella tipicità. L'assetto legislativo non lascia spazio a valutazioni in termini di sentimento. Ciò che fonda la tipicità degli articoli 544*bis* e 544*ter* è aver ucciso con crudeltà un animale o averlo maltrattato con carichi di lavoro insopportabili: azioni che possono senz'altro indurre sentimenti sgradevoli nella gran parte degli esseri umani, ma che rilevano *normativamente* per il semplice fatto di essere state realizzate, e dunque a danno di un'ipotetica "sensibilità animale"⁴⁵.

⁴⁵ Sul tema, prima della riforma del 2004, vedi i saggi contenuti in AA. VV., *Per un codice degli animali*, a cura di A. Mannucci-M. C. Tallacchini, Milano, 2001. Sottolinea G. FIANDACA, *Prospettive di maggiore tutela penale degli animali*, *ivi*, pp. 86 ss, che, al di là della possibile disputa circa un'ipotetica soggettività giuridica animale, per legittimare una tutela penalistica possa essere sufficiente "parlare di "interessi" animali" degni di riconoscimento e tutela: interessi considerati in una dimensione oggettiva, a prescindere dal problema di una loro riferibilità all'animale come soggetto giuridico", ritenendo plausibile che "gli animali [siano] portatori di due interessi fondamentali: l'interesse alla sopravvivenza e l'interesse alla minore sofferenza possibile". Il distacco da un'ottica antropocentrica, con implicita emancipazione da una *ratio* di tutela incentrata sul tema del sentimento umano per gli animali, appare peraltro ravvisabile anche nella giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, relativa all'art. 727, il quale, prima dell'introduzione del titolo IX bis, reprimeva le condotte di maltrattamento di animali: v., in particolare, Cass. 14 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 951, la quale afferma che "in via di principio [...] l'art. 727, in

*considerazione del tenore letterale della norma (maltrattamento) e del contenuto di essa (ove si parla non solo di sevizie ma anche di sofferenze e di affaticamento) tutela gli animali in quanto autonomi esseri viventi, dotati di sensibilità psico-fisica e capaci di reagire agli stimoli del dolore, ove essi superino la soglia di normale tollerabilità. La tutela è, dunque, rivolta agli animali in considerazione della loro natura”; in senso conforme, v. Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2003, n. 46291, in *Dir. giust.*, 2003, pp. 46 ss.; Cass. pen., sez. III, 22 gennaio 2002 n. 8547, in *Nuovo dir.*, 2002, pp. 1071 ss., secondo cui “La “ratio” della disposizione di cui all’art. 727 c.p. è quella di voler perseguire condotte caratterizzate da un’ apprezzabile componente di lesività dell’integrità fisica e-o psichica dello animale”. Più contraddittoria appare invece la giurisprudenza di legittimità dopo la novella del 2004: si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2007 n. 44822, ove si afferma che “La norma è volta a proibire comportamenti arrecanti sofferenze e tormenti agli animali, nel rispetto del principio di evitare all’animale, anche quando questo debba essere sacrificato per un ragionevole motivo, inutili crudeltà ed ingiustificate sofferenze”, rimarcando tuttavia che “in tali disposizioni l’oggetto di tutela è il sentimento di pietà e di compassione che l’uomo prova verso gli animali e che viene offeso quando un animale subisce crudeltà e ingiustificate sofferenze. Scopo dell’incriminazione è quindi di impedire manifestazioni di violenza che possono divenire scuola di insensibilità delle altrui sofferenze”.*

CAPITOLO II

Un tentativo di disambiguazione

SOMMARIO: 1. Al di là del lessico normativo. - 2. Gli stati affettivi. Una sintesi ricostruttiva. - 2.1. Emozioni. - 2.2. Sentimenti e altri stati affettivi.

1. Al di là del lessico normativo

Compiuto un sintetico esame delle norme vigenti, si pone il problema di una verifica dei significati del lessico adoperato dal legislatore: che cosa sono gli oggetti che il diritto vigente definisce “sentimenti”?

L’esigenza non è un chiarimento meramente lessicale, bensì un tentativo di messa a fuoco dei fenomeni, e conseguentemente dei problemi, cui un simile linguaggio sembrerebbe fare riferimento.

*“I testi legislativi, che parlano di sentimenti, sono spia di un sentire dei legislatori che, ieri come oggi, hanno adottato quel lessico”*⁴⁶: anche i dati normativi rappresentano un prodotto di cultura, e, in quanto risposte contingenti a problemi di tutela, possono costituire il segnale della presenza, attuale o potenziale, di conflitti. La definizione in termini di sentimento traduce, in prima istanza, un’attenzione verso aspetti non strettamente materiali della vita degli individui: riconosce la possibilità

⁴⁶ D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, p. 41.

di recare offesa alla persona su versanti che trascendono la mera fisicità. Un richiamo a fenomeni che interessano la sfera psichica, e che si pongono di fronte al diritto come realtà da decifrare.

Il termine “sentimento”, frequentemente utilizzato nella legislazione penale, sembra designare situazioni che, al di là delle peculiari differenze, rappresentano momenti di interazione tra coscienza individuale e mondo esterno: in questo senso, sentimento religioso, pudore, pietà dei defunti sono trasposizioni concettuali di stati affettivi dell’essere umano. Anche il concetto di onore affonda le proprie radici in una dimensione affettiva, ove inteso come riflesso soggettivo della concezione che un individuo ha della propria persona.

Le formule legislative non possiedono un autonomo significato teoretico, ma additano un orizzonte che necessita di essere decifrato: “*individuare le situazioni di fatto cui si adatti la pertinente valutazione normativa*”⁴⁷. Un panorama alla luce del quale valutare anche l’eventuale genericità, o la pertinenza del lessico normativo: come avremo modo di osservare, i sentimenti rappresentano uno, non l’unico, dei fenomeni affettivi.

Di fronte ad una dimensione di significato non univoca si rafforza l’interrogativo in merito al possibile oggetto di tutela penale. Al di là del vaglio della “consapevolezza epistemica” dei legislatori che hanno adoperato tale lessico, e della prospettiva di addivenire anche ad una terminologia più appropriata, l’obiettivo è quello di esaminare il problema di principio, ossia cercare di definire l’area concettuale e l’effettiva portata di un problema normativo avente ad oggetto sentimenti. In

⁴⁷ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 800.

questo senso, il confronto con orizzonti di conoscenza trascendenti il mondo delle norme è strumentale a mettere in luce la sostanza di problemi che l'attuale impianto legislativo, e il lessico da esso utilizzato, non sono stati in grado di evidenziare in modo adeguato.

Prima ancora di ambire alla ricerca di soluzioni normative, la conoscenza dei fenomeni appare utile a tracciare il campo di intervento, commisurando gli obiettivi ai limiti cui lo strumento giuridico deve sottostare: da un lato, limiti "interni" alla dimensione normativa, quali le esigenze di ragionevoli bilanciamenti fra interessi e controinteressi. Sotto un profilo differente, un problema di limiti dello strumento normativo può sorgere come conseguenza di una verifica di tipo epistemologico, relativa alle possibilità di conoscenza dei fenomeni oggetto di intervento.

La lettura del panorama fattuale, con la sua multiforme complessità, costituisce l'abbrivio ad un esame critico dei vigenti modelli di incriminazione, motivato dal dubbio che l'attuale impianto codicistico non sia idoneo ad offrire spazi d'ascolto e di confronto alle diversità che caratterizzano la moderna società pluralista e, oramai, multiculturale⁴⁸. Ripartire dalla natura dei fenomeni è forse

⁴⁸ Per una ricognizione sull'intenso dibattito in merito al rapporto tra coercizione penale e riconoscimento di "diritti all'identità culturale", v. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; cfr. EAD., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in questa *Rivista*, 3/2008, pp. 1088 ss.; EAD., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in AA. VV., a cura di E. Dolcini-C. E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 215 ss.; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

il modo per avviare un tentativo di tematizzazione dei possibili significati di un fenomeno così intensamente legato alla persona e alla sua interiorità, e che non sembra potersi ridurre alle concezioni sovrastrutturali e artificialmente collettivizzate del codice.

2. Gli stati affettivi. Una sintesi ricostruttiva

“Nell’affrontare lo studio della vita emotiva si resta colpiti [...] dal disaccordo che vi è tra gli psicologi sull’uso e sul significato dei termini fondamentali, sulla classificazione e sui caratteri differenziali degli stati affettivi, sul meccanismo della loro produzione”⁴⁹. Questa preliminare osservazione, tratta da uno studio di psicologia, evidenzia come la letteratura scientifica sugli stati affettivi non abbia condotto ad un lessico univoco, ma il panorama di fenomeni che costituiscono il tessuto emozionale della vita degli individui è finito per risultare oggetto di definizioni dall’uso ambiguo e talvolta polisenso.

In questo contesto, anche un riferimento normativo, quale quello formulato dal codice penale italiano, finisce per risentire delle criticità connesse all’identificazione dei fenomeni.

Il rimando al sapere scientifico, pur assumendo nel caso di specie una notevole complessità, sembra nondimeno poter costituire un ausilio per comprendere in quale orizzonte di problemi debba oggi inscrivere un

⁴⁹ R. ZAVALLONI, *La vita emotiva*, in AA. VV., a cura di L. Ancona, *Questioni di psicologia. Principi e applicazioni per psicologi, medici, insegnanti ed educatori*, Milano, 1962, p. 367.

riferimento a sentimenti come possibile oggetto di tutela penale.

Possiamo affermare in prima istanza che le situazioni descritte dal codice fanno riferimento a stati affettivi: in quest'accezione, il termine sentimento appare riassuntivo di un novero di fenomeni pertinenti la vita emotiva dell'essere umano. Un ambito all'interno del quale la scienza ha ricondotto diverse tipologie di eventi, con conseguenti tentativi di classificazione: l'esempio più significativo sono l' "emozione" e il "sentimento".

L'uso comune tende a considerare i suddetti termini alla stregua di sinonimi, accomunandoli in una dimensione di significato poco funzionale a cogliere le particolarità dei fenomeni⁵⁰. Un esame degli studi prodotti in ambito psicologico e filosofico evidenzia però come, al di là di possibili interferenze, sentimenti ed emozioni non siano fenomeni del tutto accomunabili. Possiamo inquadrare gli stati affettivi come manifestazioni del sentire di un soggetto: fenomeni che, in modo differente, catalizzano, in base al binomio piacere-dolore, il regime delle esperienze del sentire individuale. Ma qual è la differenza tra i fenomeni definiti "sentimento" ed "emozione"?

2.1. Emozioni

⁵⁰ A. DAMASIO, *Emotions and feelings: a neurobiological perspective*, in AA. VV., edited by A.S.R. Mansted, N. Frijda, A. Fischer, *Feelings and Emotions*, Cambridge, 2004, pp. 49 s.; R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore. Etica e teoria del sentire*, Milano, 2008, p. 112, evidenzia come, a dispetto dell'uso comune, "la nostra lingua ha una tendenza a mettere in contrasto, piuttosto che assimilare, il lessico dei sentimenti e quello delle emozioni".

Le “emozioni” hanno costituito e costituiscono tutt’oggi un ambito di studi indagato sotto molteplici prospettive disciplinari. Storicamente esse sono state oggetto dell’attenzione di filosofi, psicologi, antropologi, più di recente sono divenute terreno di studi per le neuroscienze⁵¹. La vastità e l’eterogeneità di un siffatto panorama pongono dinanzi all’attenzione del giurista una molteplicità di approcci, modulati secondo prospettive differenti e che enfatizzano distinti profili di rilevanza.

In linea di principio, l’emozione viene inquadrata come uno stato psicologico, sovente accompagnato da manifestazioni corporee (tremori, sudorazione, aumento del battito cardiaco) e generato dalla dialettica tra soggettività e realtà esterna.

In questo senso si presenta il quadro ricostruttivo offerto da psicologi come Kevin Oatley e Nico Frijda. Secondo Oatley *“le emozioni sono per lo più provocate dal modo di giudicare gli eventi [...] in rapporto a quello che conta per noi: obiettivi, interessi, aspirazioni. [Esse] possono comprendere cambiamenti corporei. Come un colorito vivo e un sorriso di felicità, un cuor che palpita*

⁵¹ Nell’ambito della vastissima letteratura, ci limitiamo a segnalare K. OATLEY, *Psicologia ed emozioni*, tr. it., Bologna, 1992; ID., *Breve storie delle emozioni*, Bologna, 2004; N. H. FRIJDA, voce *Emozioni e sentimenti*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1997, p. 560; J. ELSTER, *Sensazioni forti. Emozioni, razionalità e dipendenza*, Bologna, 2001; DAMASIO A., *L’errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, tr. it., Milano, 2005; ID., *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, tr. it., Milano, 2003; B. RIMÈ, *La dimensione sociale delle emozioni*, tr. it., Bologna, 2008; D. EVANS, *Emozioni. La scienza del sentimento*, tr. it., Roma-Bari, 2001; V. D’URSO – R. TRENTIN, *Introduzione alla psicologia delle emozioni*, Roma-Bari, 1999; AA. VV., edited by A.S.R. Mansted, N. Frijda, A. Fischer, *Feelings and Emotions*, Cambridge, 2004.

d'ansia, un pugno serrato per la rabbia"⁵². Frijda sottolinea come il nucleo di un'emozione sia uno stato mentale che prepara all'azione, o che sancisce un cambiamento della preparazione ad un'azione. L'emozione non sarebbe dunque un semplice stato, bensì un vero e proprio processo che inizia con la valutazione di un evento e della sua rilevanza, per poi preparare la conseguente azione "di risposta"⁵³.

Un soggetto si prepara ad agire a seguito di stimoli, di cambiamenti che alterano il regime delle sue aspettative rispetto al mondo esterno⁵⁴, e in questo senso l'emozione può dirigere l'azione verso uno scopo, inteso come "*la descrizione di uno stato di cose nel mondo rappresentato simbolicamente in un sistema cognitivo*"⁵⁵.

Si può affermare che, da questo punto di vista, esiste un "repertorio" di emozioni che accomunano gli appartenenti alla specie umana: reazioni che sostengono l'agire a fronte di situazioni di pericolo, di gioia, di disgusto, e possono accompagnarsi a particolari reazioni espressive del volto. Negli studi di Charles Darwin si

⁵² K. OATLEY, *Breve storia delle emozioni, op. cit.*, pp. 18 s. L'elemento della corporeità è determinante secondo la teoria dello psicologo americano William James, per il quale l'emozione consiste nella percezione di un mutamento corporeo (teoria che si è soliti riassumere con l'asserzione "*non scappiamo perché abbiamo paura, ma abbiamo paura perché scappiamo*"). Per una critica alla teoria di James, v., *ex plurimis*, P. PIETRINI, *Dalle emozioni ai sentimenti: come il cervello anima la nostra vita*, in AA. VV., a cura di U. Colombo-G. Lanzavecchia, *La società infobiologica*, Milano, 2003, pp. 322 s.

⁵³ N. H. FRIJDA, voce *Emozioni e sentimenti*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1997, p. 560.

⁵⁴ B. RIMÈ, *La dimensione sociale delle emozioni, op. cit.*, 2008, pp. 65 ss.

⁵⁵ K. OATLEY, *Psicologia ed emozioni, op. cit.*, p. 84.

evidenzia il carattere costante di talune manifestazioni emotive e la loro importanza nel percorso evolutivo dell'uomo⁵⁶. Possiamo dunque individuare un aspetto in relazione al quale le risposte emotive rappresentano anche un elemento condiviso dagli uomini, al di là delle etnie e delle epoche, un vero e proprio linguaggio universale, secondo la definizione di Evans⁵⁷.

Il discorso sulle emozioni si arricchisce di una nuova prospettiva grazie agli studi di neuroscienze: l'evoluzione delle conoscenze in materia di meccanismi cerebrali consolida l'opinione secondo cui le emozioni sono il frutto di un intreccio dinamico fra mente e corpo: non un elemento di "perturbazione" dell'agire, ma un indispensabile complemento nelle azioni e nelle scelte. Lo sviluppo di tecniche di esplorazione cerebrale porta ad individuare le possibili aree deputate ad ospitare i correlati cerebrali delle funzioni emotive. In questo senso, gli studi di Damasio, a partire dall'interpretazione del famoso "caso Phineas Gage", affermano l'esigenza di un approccio alle emozioni come elemento integrato alla corporeità, e pertanto in disaccordo con il cartesiano dualismo corpo-anima⁵⁸.

Dalle acquisizioni qui sinteticamente riassunte, possiamo dedurre come le manifestazioni emotive siano oggi considerate un punto di riferimento essenziale nello studio delle dinamiche comportamentali. Tratto comune è l'inquadramento dell'emozione come stato mentale volto a

⁵⁶ C. DARWIN, *L'espressione delle emozioni nell'uomo e negli animali*, Torino, 1999.

⁵⁷ D. EVANS, *Emozioni*, op. cit., pp. 3 ss. Il tema della cosiddetta "grammatica morale universale" è sviluppato in una dimensione neurobiologica da M. HAUSER, *Menti morali*, Milano, 2006.

⁵⁸ A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, op. cit., pp. 189 ss. Per una panoramica, v. L. BOELLA, *Neuroetica*, op. cit., p. 42 ss.

porre l'essere umano in condizione di reagire ad uno stimolo: *“finalità delle emozioni [è] promuovere comportamenti atti a favorire la vita e la sopravvivenza dell'individuo. In altre parole lo scopo di un'emozione è quello di indurre una risposta specifica a livello di alcune strutture cerebrali cui fanno seguito delle modificazioni dello stato interno dell'organismo in modo finalizzato alla messa in atto d'una reazione comportamentale volta ad affrontare una determinata condizione”*⁵⁹.

2.2. Sentimenti e altri stati affettivi

Se l'emozione è descritta come uno stato mentale caratterizzato da una predominante componente *reattiva*, quali le differenze rispetto al fenomeno affettivo detto “sentimento”? Secondo la definizione offerta da uno studio di psicologia, *“il termine emozione dovrebbe indicare, in accordo anche con il senso comune, stati affettivi intensi di breve durata, con una causa precisa, esterna o interna, un chiaro contenuto cognitivo e la funzione di riorientare l'attenzione [...] Sentimento e umore si riferiscono a stati affettivi di bassa intensità, durevoli e pervasivi, senza una causa direttamente percepibile e con la capacità di influenzare eventi inizialmente neutri”*⁶⁰.

Un primo elemento di discriminazione viene individuato nella durata e nell'intensità dell'esperienza affettiva: più

⁵⁹ P. PIETRINI, *Dalle emozioni ai sentimenti*, op. cit., p. 325.

⁶⁰ V. D'URSO – R. TRENTIN, *Introduzione alla psicologia delle emozioni*, op.cit., p. 9; Cfr. B. CATTARINUSI, *Sentimenti ed emozioni nella riflessione sociologica*, in AA. VV., *Emozioni e sentimenti nella vita sociale*, a cura di B. Cattarinussi, Milano, 2000, p. 15.

breve e accentuata nell'emozione, più duratura, ma meno intensa, nel sentimento⁶¹. Il sentimento viene assimilato ad uno stato perdurante, il quale può a sua volta dar vita anche a nuove esperienze emotive.

Muovendo da un approccio sincretico tra psicologia e filosofia, altri studi hanno individuato come parametri per una distinzione tra stati affettivi (definiti in questo caso con il termine generico "passioni"), le cosiddette "cause di attivazione" e l'oggetto: la causa può essere *"una credenza, per esempio si è acquisita una certa informazione, ma anche una percezione diretta, un suono, un'immagine o quant'altro. La causa è dunque un evento complesso. L'oggetto della passione è viceversa, ciò verso cui la passione è diretta; in un certo senso, ciò che ci appassiona"*⁶². A questi parametri si aggiunge l'estensione temporale dello stato affettivo: il lasso di tempo nel quale esso si estende.

In base alla suddetta prospettazione, il quadro tassonomico si delinea nel modo seguente: vengono definiti "sentimenti" le passioni caratterizzate da un'estensione temporale duratura e di cui il soggetto è incapace di definire la causa, pur avendone al contempo chiaro l'oggetto⁶³.

Diverse dai sentimenti sono le "condizioni emotive": *"stati disposizionali temporalmente circoscritti, ma non di insorgenza o cessazione immediata, caratterizzati dalla mancanza sia di una causa sia di oggetti specifici che fungono da contenuto"*. In genere, sono ricondotti a tale categoria i cosiddetti umori e stati d'animo: le forme di

⁶¹ Cfr. K. OATLEY, *Breve storia*, op. cit., p. 20.

⁶² S. GOZZANO, *Ipotesi sulla metafisica delle passioni*, in AA. VV., a cura di T. Magri, *Filosofia ed emozioni*, Milano, 1999, p. 19.

⁶³ ID., *Ipotesi sulla metafisica*, op. cit., p. 20.

irritazione o tristezza malinconica, l'ansia generica o stati di ilarità cosiddetta "immotivata"⁶⁴. Elemento che differenzia tali stati rispetto all'emozione è la non identificabilità di un oggetto intenzionale.

Viene definita invece "reazione emotiva" lo stato nel quale causa e oggetto coincidono, e dei quali l'individuo è consapevole anche se in termini non cognitivi: ad esempio, il trasalimento che consegue alla percezione di un rumore improvviso e inatteso.

I sentimenti sono dunque stati affettivi caratterizzati da una apprezzabile consistenza temporale e da un oggetto ben definito, mentre sono emozioni gli stati che si estendono per lassi di tempo meno esteso, anch'essi orientati verso un oggetto determinato e generati da una causa che è di norma ben individuabile.

Sembra traibile un'indicazione di fondo: in senso lato, sentimenti ed emozioni catalizzano l'impatto dell'essere umano con la realtà esterna, ma al contempo descrivono fenomeni differenti per estensione e intensità. I sentimenti, rispetto alle emozioni, possiedono una maggiore durevolezza, un'essenza più radicata che non si esaurisce in stimoli estemporanei: non mera reazione psichica, ma radicati al punto da poter essi stessi risultare causa di ulteriori reazioni emotive.

Secondo una prospettiva che potremmo definire "funzionale", basata non sul grado di durata e intensità, bensì sul ruolo che il fenomeno emotivo assume nella sfera esistenziale del soggetto, gli stati affettivi possono invece

⁶⁴ ID., *Ipotesi sulla metafisica*, op. cit., p. 24: la condizione di immotivatezza è da riferirsi allo stato di consapevolezza dell'individuo "ma ciò non implica che non sia possibile ad un osservatore esterno rintracciare la causa effettiva e l'eventuale oggetto intenzionale che ha attivato la passione e verso il quale essa è diretta".

distinguersi come fenomeni “in atto”, oppure come “disposizioni” del sentire: “*un’emozione in atto è un episodio nel quale proviamo effettivamente collera, paura, gioia o altro. Una disposizione emotiva è la suscettibilità a provare emozioni in atto*”⁶⁵.

In altri termini, ciò che non si esaurisce in uno stimolo estemporaneo, in una cosiddetta “occorrenza reale”, ma perdura nella psiche al punto da motivare ulteriori reazioni emotive, diviene un tratto costitutivo della personalità del soggetto: le disposizioni del sentire appaiono in questo senso come elementi identificativi della soggettività.

Una prospettiva simile è stata approfondita e sviluppata in uno studio filosofico proveniente dall’indirizzo della cosiddetta “fenomenologia”⁶⁶. Oltre alla distinzione tra fenomeni del sentire, viene esaminato il rapporto di condizionamento tra sentimenti e agire del singolo; l’importanza del sentire per la formazione della coscienza; l’apporto dei sentimenti nelle dinamiche relazionali per una possibile coesistenza nella diversità.

Questi aspetti rendono tale contributo particolarmente interessante per il giurista: il discorso filosofico mira ad individuare delle basi per il giudizio morale, così da poter addivenire ad un fondamento condiviso della ragion pratica. L’ambizione del penalista ha certe dimensioni più ridotte; tuttavia, la scienza giuridica penale procede lungo un percorso che lambisce e sovente interseca le suddette categorie concettuali. L’obiettivo non è la ricerca di una “verità morale”, bensì il raggiungimento di una

⁶⁵ Si tratta di un’accezione che alcuni autori riconducono ad una interpretazione lata del concetto di emozione, v. J. ELSTER, *Sensazioni forti, op. cit.*, p. 32, il quale cita, quali esempi di disposizioni emotive, la misoginia e l’antisemitismo.

⁶⁶ R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore, op. cit.*

sostenibilità morale dello strumento coercitivo⁶⁷, secondo scelte regolative che, pur non potendo assestarsi su una neutralità valoriale assoluta, mantengano una *tendenziale* convergenza con un nucleo minimo di eticità condivisa. Da questo punto di vista, eventuali contrasti tra modelli assiologici richiamano ad un parallelo impegno d'analisi il filosofo morale e il giurista penale: gli schemi d'indagine, pur rimanendo distinti, percorrono sentieri affini, caratterizzati da strumenti concettuali non privi di sinergica fungibilità.

Il tema del sentire diviene oggetto di un problema etico in relazione ad aspetti soggettivi (l'etica del sentire intesa come "qualità etica" – maggiore o minore "correttezza" - delle disposizioni del sentire individuale) e ad aspetti essenziali in una dimensione relazionale (la ricerca del "giusto spazio" – e dunque di limiti eticamente tollerabili - alla "fioritura" dell'individuo, intesa come realizzazione della sua personalità, resa unica e peculiare dalle disposizioni del sentire).

Secondo tale studio, l'esperienza affettiva è riconducibile a due dimensioni essenziali: il sentire e il tendere. Il sentire implica un recepire, il tendere è invece un vettore d'azione: *"se diciamo che una persona è sensibile non intendiamo affatto dire che è eccitabile, e neppure che manca di obiettività, al contrario intendiamo dire che è più di altri capace di discriminazione, e quindi di verità nell'esercizio del sentire"*⁶⁸. Il momento recettivo è seguito dal momento reattivo, ossia da risposte la cui adeguatezza dipende dell'efficienza stessa del sentire. È

⁶⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Laicità, op. cit.*, p. 296. Da ultimo, ID., *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal Codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, pp. 514 ss.

⁶⁸ R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore, op. cit.*, p. 26.

infatti possibile che la capacità di sentire degli individui, differendo da persona a persona, sia più o meno “profonda”: si parla di una strutturazione dinamica “a strati”, la quale comporta possibilità di cambiamenti, di maturazioni e, in modo correlato, anche di carenze dovute al mancato sviluppo. Negli individui non è infatti riscontrabile il medesimo livello di maturazione affettiva: *“una sensibilità si attiva per strati o segmenti – e intendiamo dire con questo che uno sentirà [...] più o meno realtà a seconda che più o meno “strati” della sua sensibilità siano attivati”*⁶⁹. Tale soglia può variare ed essere incrementata positivamente durante l’esistenza; nondimeno, la diversità insita nelle molteplici varianti di sviluppo del sentire fonda le diversità di ordini assiologici dei singoli, quella che è in definitiva la loro identità morale⁷⁰.

Così definito il fenomeno del sentire e delle sue manifestazioni, si pone il problema di inquadrare specificamente il sentimento: è uno stato momentaneo? un evento? un atto? La De Monticelli afferma che esso è *“una disposizione reale – e non semplicemente virtuale – del sentire. [...] È reale nel senso di efficace: motiva più durevolmente emozioni, scelte, decisioni e comportamenti. Non è una semplice risposta ma una risposta strutturante, o matrice di risposte. [...] È una disposizione del sentire*

⁶⁹ EAD., *ivi*, p. 79.

⁷⁰ *“L’ethos di una persona è la sua identità morale, ma questa identità morale [...] si manifesta primariamente nella vita affettiva che queste scelte e comportamenti motiva, e nella quale si esprime infine il modo di sentire che le è irripetibilmente, inconfondibilmente proprio. Il modo di sentire è segnato da una storia individuale, “ancorato” agli incontri di una vita: è, come vedremo, il profilo stesso dell’individualità essenziale”*: v. EAD., *ivi*, p. 81.

che comporta un consentire più o meno profondo all'essere di ciò che la suscita, un più o meno profondo dissentire da questo, e un atteggiamento caratteristico nei confronti di questo essere, capace di motivare altri sentimenti, emozioni, passioni, scelte, decisioni, azioni, comportamenti"⁷¹.

Il sentimento è ciò che forma le risposte all'esperienza dei valori: in questo senso viene definito "matrice di risposte". Le emozioni sono maggiormente legate all'attualità contingente, poiché costituiscono un'alterazione reattiva; esse presuppongono l'attivazione di uno strato minimo di sensibilità, ma non necessariamente di sentimenti in senso proprio, poiché possono derivare anche da una sensibilità di livello puramente sensoriale. In presenza di una sensibilità strutturata, la quantità di reazioni affettive è maggiore, ma è anche possibile che da emozioni scaturiscano risposte strutturanti, e dunque che le emozioni stesse inducano alla formazione di nuovi sentimenti⁷². La prospettiva

⁷¹ EAD., *ivi*, pp. 113; 121.

⁷² EAD., *ivi*, pp. 124 ss. Diverso discorso per le passioni, le quali costituiscono una manifestazione del volere e del tendere, e presuppongono la strutturazione di sentimenti: "*In questo senso, una passione è di norma semplicemente la forma concreta che assume il volere di una personalità strutturata, il profilo più o meno durevole delle sue decisioni*", v. *ivi*, pp. 130 ss. La tradizionale contrapposizione delle passioni alla ragione non è intrinseca alle passioni stesse, ma risale ad un livello precedente, ossia al sentimento di cui quelle passioni sono manifestazione: "*“irrazionali” sono dunque le passioni nella misura in cui sono “disordini del cuore”, ovvero ordinamenti assiologici perversi o inadeguati – per quanto difficile sia stabilire in positivo lo standard rispetto a cui definire la deviazione*": v. *ivi*, p. 131. Ciò non esclude tuttavia che la componente volitiva delle passioni giunga a prevalere fino a sancire un distacco dall'originario nucleo

fenomenologica enfatizza il carattere disposizionale del sentimento, l'essere una matrice che genera e forma ulteriori stati affettivi: “*disposizione generale*” (in quanto differente dalle disposizioni transienti)⁷³, caratterizzata dalla difficile individuazione del suo momento di inizio, il quale è radicato nel profondo della personalità dell'individuo.

I sentimenti hanno un ruolo fondante per la predisposizione delle capacità che caratterizzano gli approcci dei singoli all'esistente e, soprattutto, al rapporto con propri simili: “*I sentimenti costituiscono lo strato del sentire propriamente diretto sulla realtà personale. Se il sentire, in generale, è percezione di valore, i sentimenti sono, o perlomeno implicano, disposizioni a sentire gli altri sotto l'aspetto dei valori che la loro esistenza realizza o delle esigenze che essa pone*”⁷⁴.

sentimentale che l'animava, divenendo così una passione “fredda” e, di conseguenza, cieca, la quale comporta una regressione agli stati umorali, vitali e sensoriali. La componente tendenziale dunque persiste, ed è proprio “*il pensiero tendenzioso, il lato arbitrario dell'ideologia, [a trovare] il suo terreno di coltura in questa nefasta ma comunissima combinazione di conativo e cognitivo senza la componente del sentire assiologico, o con un sentire ridotto, se non alla cecità, a una grave miopia*”: cfr., *ivi*, pp. 145 ss.

⁷³ Cfr. S. GOZZANO, *Ipotesi sulla metafisica*, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁴ R. DE MONTICELLI, *op.cit.*, p. 111.

CAPITOLO III

Diritto penale e dimensione affettiva: interazioni e problema normativo

SOMMARIO: 1. Sentimenti e diritto. Cenni introduttivi. – 2. Gli approcci della dottrina giuridica. - 2.1. Il sentimento “nel” diritto. - 2.2. Reati “contro” il sentimento e reati “di” sentimento. - 2.3. Il distacco dall’autoritarismo etico del codice Rocco. - 2.4. Il problema dei sentimenti tra “post-secolarismo”, bioetica e neuroscienze. - 3. Modelli “empirico-naturalistici” e modelli “normativi”. - 4. Il problema normativo: il sentimento come disposizione costitutiva dell’identità della persona. - 4.1. L’interazione fra emozioni e principi normativi nell’analisi di Martha Nussbaum. - 4.2. La prospettiva “psicologica” dell’*offense* di Joel Feinberg. - 5. Dalle emozioni al problema del rispetto per le persone.

1. Sentimenti e diritto. Cenni introduttivi

Il diritto penale sembra essere, fra le manifestazioni del giuridico, quello ove un’analisi delle interazioni con il sentire umano si configura come maggiormente necessaria: come notava un civilista e teorico del diritto, “*sono gli istituti penalistici ad offrire ad uno studio giuridico del sentimento gli esempi più numerosi e più importanti*”⁷⁵.

⁷⁵ A. FALZEA, *I fatti di sentimento*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, vol. VI, Napoli, 1972, p. 353.

Ciò che rende acuto e problematico il rapporto del diritto penale con la sfera dei fenomeni affettivi sono i fatti che il diritto punitivo è chiamato a regolamentare: situazioni che, in larga parte, coinvolgono elementi rilevanti o addirittura essenziali per la sopravvivenza, o per lo sviluppo esistenziale degli individui. Oggetti che rivestono un ruolo importante nella scala dei bisogni e delle preferenze soggettive, e che dunque assumono particolari connotazioni in termini di valore.

Il diritto penale vive in una situazione di problematica contiguità con il mondo dei valori⁷⁶, e il fenomeno del sentire umano, in quanto “*percezione dei valori, positivi o negativi delle cose*”⁷⁷, rappresenta in questo senso un polo dialettico verso cui il diritto punitivo finisce per doversi confrontare. Soprattutto in ambito penale, la

⁷⁶ Parla di “*problematicità accentuata*”, in merito al rapporto con l’etica, C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, p. 645.

⁷⁷ R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore*, op. cit., Milano, 2008, *passim*. Si osserva che, in ultima istanza, il diritto penale non possa coltivare una neutralità assiologica, poichè “*anche nell’orizzonte del pluralismo disincantato e dispiegato, il diritto penale svolge funzioni di tutela non neutre rispetto al mondo dei valori e a diverse concezioni del bene comune*”: v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 44. La tematica è sviluppata nel denso scritto di G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in AA.VV., a cura di C.E. Paliero-E. Dolcini, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 331, secondo il quale l’espressione “diritto penale liberale” è “*tendenzialmente ossimorica, visto che più o meno latamente o consapevolmente, questo ramo dell’ordinamento [...] esprime una certa visione “comunitaria”, in quanto fa propria una concezione della persona, per quanto mascherata sotto patine di neutralità valoriale e di self restraint, appunto, liberale*”.

discrezionalità nelle scelte di politica del diritto interpella e attinge da un substrato nel quale anche la dimensione affettivo-emozionale può assumere (e di fatto ha assunto) rilevanza.

La storia del diritto penale mostra la tensione verso un distacco da criteri di giudizio di matrice “emotiva”: anche nell’evoluzione dei concetti della teoria del reato è leggibile un progressivo affinamento volto a mitigare il peso della dimensione emozionale nella valutazione del confine tra lecito e illecito⁷⁸. Un percorso finalizzato al “depuramento” da possibili istanze soggettivistiche, nella pretesa di offrire allo statuto della pena una tendenziale oggettività: ricerca di limiti alla componente emotiva nella discrezionalità di chi sia chiamato a giudicare; misurata e circoscritta rilevanza in senso attenuante di stati emotivi che possano aver influenzato l’agire del reo.

La ricerca di una dimensione il più possibile immune da particolarismi, nelle strutture di istituti generali e nella selezione degli oggetti di tutela, non ha tuttavia condotto a bandire ogni rilevanza alla sfera affettiva: nel sistema attualmente vigente la possibile rilevanza di emozioni del reo, ai fini della graduazione della soggettiva colpevolezza, è riconosciuta in istituti della parte generale e speciale. Ad esempio, si presta ad essere interpretata come uno stato soggettivo, e precisamente come

⁷⁸ In senso critico, v. O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2010, pp. 106, la quale osserva che l’eccessiva specializzazione delle categorie del penale, definita “endopenalizzazione”, avrebbe comportato un “distacco dal senso comune [col rischio di] delineare una sorta di diritto artificiale, in cui la fisionomia concettuale delle categorie sfugge a volte alla comprensione dell’uomo comune”, v. O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2010, pp. 106 s.

un'emozione, l'ira generata da un fatto ingiusto, la quale è elemento costitutivo di una circostanza attenuante; il discorso si può allargare anche al problema della rilevanza dei cosiddetti stati emotivi e passionali⁷⁹.

Appare dunque condivisibile, e trova una sostanziale rispondenza anche con riferimento al sistema italiano, la posizione espressa dalla filosofa Martha Nussbaum, secondo cui non è configurabile, e per certi versi nemmeno auspicabile, un diritto che prenda le distanze in modo assoluto dai fenomeni affettivi, un cosiddetto “diritto senza emozioni”: *“se trascuriamo tutte le reazioni emozionali che ci legano a questo mondo [...], noi trascuriamo anche gran parte della nostra umanità, e precisamente quella parte che sta alla base del perché noi abbiamo una legislazione civile e penale, e di quale aspetto essa prenda”*⁸⁰.

I rapporti, talvolta problematici, tra emozioni e diritto sono un dato di cui occorre avere consapevolezza. Ciò fonda l'esigenza di procedere ad un inquadramento dei diversi fenomeni del sentire umano e ad una conoscenza che ne possa agevolare la trattazione in sede normativa. Tale istanza non sottende un aprioristico avallo ad istanze emotive, ma, al contrario, si pone come precondizione per inquadrare l'ossatura “ragionevolmente emozionale” su cui il diritto dovrebbe fondarsi. Il discorso su sentimenti ed emozioni, da un punto di vista normativo, è a fondamento di un approccio critico *“per riuscire a gettare luce al di là del magma dei sentimenti, nel tentativo di trarre da essi*

⁷⁹ Una recente rivisitazione in F.S. FORTUNA, *Gli stati emotivi e passionali. Le radici storiche della questione*, in AA. VV. a cura di S. Vinciguerra-F. Dassano, *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, pp. 374 ss.

⁸⁰ M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, tr. it., Bari, 2007, p. 24.

ragioni argomentabili nella discussione pubblica e nel dibattito politico criminale”⁸¹.

2. Gli approcci della dottrina giuridica

2.1. Il sentimento “nel” diritto

Nei primi decenni del ‘900, in uno scritto di un noto penalista italiano, Giuseppe Maggiore, viene introdotto il problema del rapporto tra sentimento e diritto. In una serrata critica al pensiero che vorrebbe ricondurre il diritto a mero sillogismo, a puro “congegno di giudizi logici”, lo studioso siciliano rivendica l’importanza di una “vocazione affettiva”, di un *quid* che possa offrire un senso alla mera logica formale: “*Ogni mediocre interprete sa bene che l’applicazione del diritto non si riduce a un accostamento meccanico tra la legge e il caso concreto: ma che occorre valutare, ossia sentire giuridicamente la fattispecie – in tutti i suoi lineamenti, in tutte le sue ombre e sfumature – per ridurla sotto l’impero della norma. [...] Il processo storico ideale del diritto come legislazione, interpretazione, esecuzione, è possibile solo in grazia di codesto quid superazionale, se non irrazionale, che è il senso o buon senso giuridico*”.

Con particolare riferimento al diritto penale “*tale colorazione sentimentale, inseparabile da qualsiasi giudizio giuridico, è visibile in massimo grado nella reazione punitiva, ossia nella risposta d’ogni anima sensibile alla provocazione del delitto. [...] La reazione*

⁸¹ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, op. cit., 1/2007, p. 555.

*punitiva è, senza eccezione alla sua radice, una reazione sentimentale: è la ribellione spontanea dello spirito di fronte al male e al delitto; è la liberazione da uno stato di sofferenza e di angoscia. Verrà poi la scienza a sentenziare che la ragione del diritto di punire è la retribuzione, la difesa sociale e giuridica, l'emenda del reo. Tutte coteste formule sono escogitazioni col senno di poi: immediatamente la reazione a ogni forma di ingiustizia è una reazione sentimentale che – specialmente nel diritto punitivo – assume la forma di vendetta. [...] Ecco una prova di più che il sentimento finisce per insinuarsi ovunque*⁸².

Dalle affermazioni di Maggiore sembra recuperabile, in senso positivo, la critica al diritto inteso come pura forma: *“un giudizio puramente e freddamente logico può essere iniquo: nel clima della nuda logica il jus può tralignare facilmente in injuria”*⁸³. Una legalità meramente formale, disgiunta da un orizzonte di valori, può prestarsi a distorsioni e all'arbitrio⁸⁴.

Più problematico, e meno condivisibile, è l'afflato “antilegale” che a tratti sembrerebbe affiorare dallo scritto. La legalità formale può costituire una garanzia proprio contro interventi normativi attuati in nome di un presunto “sentimento maggioritario”. È stato in nome di un sentimento, di un cosiddetto “sano sentimento del popolo”, che nel '900 si è consumato uno dei più deleteri attacchi al principio di legalità, tradottosi in vera e propria barbarie

⁸² G. MAGGIORE, *Il sentimento nel diritto*, in *Giornale critico della filosofia italiana*, 1932, pp. 137; 135 s.

⁸³ ID., *ivi*, p. 138.

⁸⁴ Ce lo conferma la triste pagina dell'infamia che, nel diritto italiano, assunse la forma delle leggi razziali. Di recente, v. AA. VV., a cura di L. Garlati – T. Vettor, *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto*, Milano, 2009.

giuridica in quanto disconoscimento della pari dignità di tutti gli individui⁸⁵.

L'importanza del sentimento non deve costituire antitesi ad un orizzonte di razionalità, ma riconoscimento come "*forza immanente in tutto il processo del diritto*"⁸⁶: una forza da tenere in debita considerazione, non da assecondare ciecamente.

Nel complesso, alcune delle osservazioni rivolte da Maggiore al diritto penale possono considerarsi ancora attuali: il legame tra diritto penale e dimensione affettiva ha radici profonde, che chiamano in causa l'essenza della penalità. Il problema della razionalità del punire traduce l'esigenza di un equilibrato rapporto con la dimensione affettiva: nella sua versione più primitiva e brutale, la pena si manifesta come reazione istintiva ad un torto, dove l'utilizzo di un simile attributo, quale contrassegno negativo rispetto ad un'azione strumentalmente finalizzata ad uno scopo, evoca anche l'idea di un agire su base emotiva e non razionale⁸⁷. Si osserva ancora oggi che il

⁸⁵ Il tema è oggetto dei saggi introduttivi alla recente pubblicazione di un discorso di P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2009. Si vedano, in particolare, i saggi di P. RESCIGNO, *Il rifiuto del sistema normativo dei totalitarismi*, *ivi*, p. 25 ss., e di G. ZAGRABELSKY, *Una travagliata apologia della legge*, *ivi*, p. 3 ss. Per una prospettiva penalistica, di recente, G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2007, p. 1254 ss.

⁸⁶ G. MAGGIORE, *op. cit.*, p. 134.

⁸⁷ "*Definendo la pena primitiva come ragione cieca, determinata ed adeguata soltanto agli istinti ed agli impulsi – in una parola, come azione istintiva – volevo innanzitutto ed in primo luogo porre con ciò in rilievo, nella maniera più efficace possibile, una caratteristica negativa della pena primitiva*": v. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, tr. it., Milano, 1962, p. 15.

diritto penale è un ramo dell'ordinamento in continua dialettica con l'irrazionale, intendendo con tale concetto l'emotività "cieca", che, in assenza di ancoraggio alla razionalità strumentale, finirebbe per assecondare mere bramosie punitive⁸⁸.

2.2. Reati "contro" il sentimento e reati "di" sentimento

Un fondamentale contributo allo studio dei "fatti di sentimento" deriva dal civilista e teorico del diritto Angelo Falzea.

Presupposto dell'analisi di Falzea è che i fenomeni giuridici riflettono situazioni di interesse; considerato che il concetto di interesse postula la rilevanza della categoria del valore, essendo il sentimento "*l'organo attraverso cui la coscienza individuale si mette in rapporto con i valori [...] è da supporre che al fondo di ogni situazione di interesse e perciò di ogni situazione giuridica ci siano e si possano scoprire fenomeni di sentimento*"⁸⁹.

Per Falzea, la questione della rilevanza normativa del sentimento, è un problema aperto, che interessa tutti gli

Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, 2008, p. 327.

⁸⁸ Cfr., *ex plurimis*, M. DONINI, "Danno" e "offesa", *op. cit.*, 1576; v. anche ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in AA. VV., a cura di L. Stortoni-L. Foffani, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 85. Cfr. K. LÜDERSSEN, *L'irrazionale nel diritto penale*, in AA. VV., *Logos dell'essere Logos della norma. Studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri*, Bari, 1999, pp. 1151 ss.

⁸⁹ A. FALZEA, *I fatti*, *op. cit.*, p. 320.

ambiti del giuridico e che necessita di uno sforzo di elaborazione sistematica.

Nel diritto, il fenomeno emerge in una duplice dimensione: come fatto inerente al singolo, o come “modo di sentire” diffuso, che accomuna più individui (cosiddetta “atmosfera emozionale”). È nel rapporto tra queste due sfere che si innesta il problema di una regolamentazione normativa: il sentimento, come fenomeno emozionale del singolo, può essere oggetto di una cosiddetta “valutazione *ab extra*”: *“in funzione e sotto l’angolo visuale del sistema dei valori di un gruppo diverso e più comprensivo [...] la valutazione contenuta nel sentimento di certe persone o comunità diventa oggetto di un’altra valutazione contenuta nel modo di sentire o comunque nel sistema dei valori di altre persone o comunità”*⁹⁰.

Anche quando si tratta di valorizzare l’elemento affettivo, osserva Falzea, non è però il mero fatto emozionale ad assumere ruolo decisivo all’interno della fattispecie, ma è in definitiva la sua traducibilità in valori e disvalori valutabili da un punto di vista sociale. Nel complesso, il sentimento assume rilevanza *sub specie iuris* e non *sub specie facti*: *“Non ogni volta che il diritto pone a base delle sue regole il sentimento si è in presenza di un fatto giuridico affettivo. Vi sono norme giuridiche ispirate all’esigenza di tutelare un sentimento condiviso dalla comunità o di reprimere un sentimento che la comunità disapprova, ma nelle quali la considerazione del fenomeno emozionale resta al livello dell’interesse normativo e non si traduce in elemento della fattispecie [...]: il sentimento tende allora a svincolarsi dalla necessità di una sua specifica manifestazione e a confondersi coi valori etici*

⁹⁰ ID., *ivi*, p. 332.

oggettivi”⁹¹. Si attua il ricorso all’indice di accertamento detto “personalità affettiva comune”, ossia “*l’insieme dei fatti biologici e psichici che influiscono sul comportamento emozionale affettivo e reattivo della persona*” definito “*in relazione al patrimonio sentimentale e alla sensibilità che sono propri in linea di principio dell’intero gruppo sociale*”⁹².

Il diritto è portato ad effettuare una selezione in funzione di un determinato sistema di valori: ad offrire o negare rilevanza, o addirittura a disconoscere e respingere.

In questo senso, avverte Falzea, è il diritto penale a costituire l’espressione più significativa di un eventuale giudizio di approvazione o disapprovazione: in primo luogo per mezzo dei “reati contro il sentimento”, ossia delle “*regole e [...] istituti con cui il legislatore predispone una tutela penalistica a salvaguardia di sentimenti che nell’animo e nel costume dei consociati assumono un alto valore*”. Ad esempio: i reati contro il sentimento del pudore, il sentimento religioso, l’onore, la pietà dei defunti, il sentimento per gli animali, il sentimento nazionale e le condotte che istigano all’odio per le classi sociali e al disprezzo per le istituzioni (artt. 415 e 327 c.p.).

Alla suddetta categoria, vengono affiancati i cosiddetti “reati di sentimento”, ossia quelli in cui il diritto “*punisce il disprezzo [...] verso valori ritenuti fondamentali*”⁹³: fattispecie sussumibili in tale categoria sarebbero da un lato le varie forme di vilipendio alle istituzioni (Repubblica, nazione, bandiera), dall’altro i casi in cui il sentimento dell’agente è tale da influire sulla gravità della

⁹¹ ID., *ivi*, p. 368.

⁹² ID., *ivi*, p. 380.

⁹³ ID., *ivi*, pp. 356.

pena in funzione di circostanza (crudeltà, futilità dei motivi etc.).

A ben vedere, una simile prospettazione potrebbe creare fraintendimenti: nella definizione del vilipendio quale reato *di sentimento* (la cui ragion d'essere trovi spiegazione nella mera censura di uno stato interiore considerato contrario a valori "oggettivi") l'occhio del penalista non può fare a meno di riscontrare una sottile caratterizzazione soggettivistica, secondo tecniche di incriminazione tipiche del *Gesinnungsstrafrecht*. Il suddetto schema non sembra inoltre funzionale ad una prospettiva di bilanciamento, poichè se l'aver provato disprezzo diviene motivo di incriminazione *tout court*, relegando all'esterno i profili di turbamento del sentimento disprezzato, risulta assai più difficoltoso procedere sulla strada di un equilibrio tra sentimenti, magari anche violentemente esternati, ma tutti ipoteticamente portatori di una legittimità apprezzabile sul piano del confronto *oggettivo* tra opinioni.

2.3. Il distacco dall'autoritarismo etico del codice Rocco

Alla luce di quanto evidenziato da Falzea, nella sfera normativa il sentimento tende ad emanciparsi da una dimensione psicologica: il richiamo a fatti emozionali finisce per tradurre l'interesse normativo verso il particolare valore, o assetto valoriale, cui il sentimento si rivolge.

È questa l'impostazione seguita dal codice, ed è sulla base di tale consapevolezza che la dottrina penalistica ha analizzato il fenomeno.

Ne troviamo conferma in uno studio dedicato al problema del bene giuridico. Nell'espone la problematica relativa alle ipotesi in cui determinate fattispecie positive sembrerebbero essere "prive" di bene giuridico, e rivolgersi esclusivamente alla tutela di principi etici, si osserva che *"con la realizzazione di un fatto che contrasta con quelle norme etiche si urta in pari tempo, o si può urtare, contro i sentimenti di quella parte della popolazione che in quei principi morali crede, o che addirittura attribuisce loro tale rilievo da averne, come forza politica o culturale organizzata, difesa la conservazione al rango di valori penali"*⁹⁴.

Offendere valori può significare offendere i sentimenti di chi crede in quei valori: questa, in sintesi, la motivazione che, secondo l'Autore, sarebbe a fondamento di norme quali, ad esempio, quelle a tutela del pudore e del sentimento religioso. Si creerebbe in tal modo, quantomeno in prima istanza, una base di legittimità, ancorando il substrato dell'offesa ad una prospettiva personalistica di danno, o comunque non meramente moralistica⁹⁵.

Il riferimento a sentimenti appare in questo senso come una mediazione concettuale volta ad incentrare, almeno formalmente, il fuoco del disvalore su un bene della persona. Non si tratta di un soluzione appagante, in quanto, rileva successivamente lo stesso Autore, resta aperto il problema della necessità e meritevolezza di pena: la considerazione che l'offesa ad un sentimento sia un criterio di per sé sufficiente a fondare il ricorso alla

⁹⁴ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 130 ss.

⁹⁵ ID., *ibidem*.

sanzione penale sembra “*cozzare contro un naturale senso di proporzione e di misura*”⁹⁶.

Ad ogni modo, la tensione verso una prospettiva *personalistica* di danno è a fondamento dell’impostazione teorica rinvenibile negli studi sulle fattispecie a tutela della religione, del pudore, e, seppure con differenze, dell’onore. Le posizioni degli autori concordano sostanzialmente sull’esigenza di attuare modelli normativi funzionalmente e assiologicamente orientati nella direzione tracciata dal legislatore costituente: è nella valorizzazione di profili personalistici che si attua il distacco dai modelli ideologici e culturali della codificazione fascista.

Con riferimento ai delitti di religione, viene sottoposto a critica il modello del cosiddetto “bene di civiltà” e del sentimento religioso collettivo. L’approdo finale è di segno abrogazionista, ossia a sostegno di un sistema penale privo di fattispecie poste specificamente a presidio del sentimento religioso. Tuttavia, Siracusano afferma che un riorientamento in senso personalistico potrebbe realizzarsi tramite una tutela del sentimento religioso individuale, la quale sembra rappresentare in questo senso l’unica forma di intervento compatibile con i principi costituzionali. In primo luogo perché, inteso come tensione verso qualsiasi ideale di trascendenza, esso traduce una manifestazione della coscienza che rappresenta un’espressione della personalità dell’individuo⁹⁷; e di conseguenza, “*al bene giuridico sentimento religioso individuale si addice, di regola, una protezione penale dalle caratteristiche fondamentalmente “liberali”; o perlomeno dai tratti più aperti e tolleranti possibile*”⁹⁸, tale dunque da attribuirgli

⁹⁶ ID., *ivi*, p. 132.

⁹⁷ P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, *op. cit.*, p. 272.

⁹⁸ ID., *ivi*, p. 277.

un “respiro” costituzionale che viceversa non è riconducibile al paradigma del cosiddetto “bene di civiltà”.

Anche il comune sentimento del pudore, e i reati contro la cosiddetta “moralità pubblica”, sono oggetto, negli anni ‘80, di un’analisi che, orientata a spezzare i legami con il moralismo del codice fascista, sostiene una riconversione in termini personalistici del bene oggetto di tutela: dalla “moralità pubblica” alla riservatezza sessuale di quanti non intendano fruire di un certo tipo di manifestazioni. Presupposto teorico di un simile sviluppo è che lo Stato, in una società liberale e pluralista, non debba ergersi a tutore della virtù⁹⁹.

Si tratta di una risposta al moralismo conservatore che impregnava l’universo applicativo delle fattispecie a tutela del cosiddetto “comune sentimento del pudore”. Un cambio di direzione a sostegno di diritti di libertà che trovano riconoscimento nel pluralismo di valori fatto proprio dalla Carta Costituzionale, e che risultavano compressi dai modelli di intervento del codice Rocco.

Nel distacco da un’ottica di tutela incentrata sulla moralità pubblica, il problema del sentimento recupera parte del legame con l’individualità: da una dimensione estrinseca e impersonale, legata a convenzioni su scala collettiva, si ritorna su un terreno che ha a che fare con le libertà dell’individuo.

Si inquadra in questa direzione la dettagliata analisi di Fiandaca. La critica alle istanze moralistiche e l’asserita incompatibilità con il sistema costituzionale inducono a ricercare altri profili di lesività: può l’offesa al buon costume ritenersi socialmente dannosa in virtù del fatto che la violazione di regole di etica sociale potrebbe produrre un’offesa a sentimenti? La risposta è in senso

⁹⁹ G. FIANDACA, *Problematica dell’osceno*, op. cit., p. 99.

negativo: “non sarebbe sufficiente asserire che il danno provocato dai comportamenti contrari al buon costume consiste nell’ “offesa ai sentimenti” [...] nel passaggio dal bene moralità al bene sentimento, il mutamento della dimensione qualitativa dell’oggetto della tutela è appena percepibile: quest’ultimo finisce infatti col trasferirsi nel riflesso psicologico di una regola etica di condotta”¹⁰⁰.

2.4. Il problema dei sentimenti tra “post-secolarismo”, bioetica e neuroscienze

Le suddette acquisizioni della dottrina, risalenti agli anni '80 e ai primi anni '90, si iscrivono nel segno della maturazione e del consolidamento del canone ermeneutico di matrice costituzionale¹⁰¹.

Sotto un profilo metodologico, l’angolo visuale appare definibile come “endopenalistico”, se non proprio “endocodicistico”. In altri termini, la tematizzazione del problema permane incentrata su profili che attengono precipuamente le scelte di intervento del codice. In questo

¹⁰⁰ ID., *ivi*, p. 104.

¹⁰¹ D’obbligo il riferimento a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.dig.it.*, XIX, Torino, 1973 pp. 7 ss. Per una panoramica sui differenti sviluppi teoria, v. G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in AA. VV., a cura di G. Marinucci-E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 139 ss. (in particolare, pp. 161 ss.); E. MUSCO, *Bene giuridico*, *op. cit.*, pp. 111 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Un’introduzione*, Padova, 1996, p. 117 ss. Per un raffronto con la giurisprudenza costituzionale, v. D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile, Napoli, 1985, pp. 135 ss.

senso, l'approccio muove dalla soluzione normativa, e tende a seguire un percorso d'analisi che mantiene come referente primario gli schemi d'intervento descritti nelle fattispecie di reato. Fulcro dell'interesse è risposta normativa; più circoscritto è lo spazio per l'analisi della dimensione metagiuridica del fenomeno¹⁰².

Un confronto con la dottrina degli anni 2000 rivela un sostanziale mutamento di approccio: il tema dei sentimenti diviene oggetto di analisi in una prospettiva più ampia, e più emancipata da schemi di diritto positivo.

Sintomatico è un saggio ove, nell'esaminare le problematiche interazioni tra bioetica e diritto penale, viene posto in evidenza come il mutato clima sociale e politico, rispetto a poco più di un decennio prima, costituisca motivo per indurre nuove problematiche riflessioni: ad un'atmosfera "*da democrazia liberale, orientata secondo coordinate incentrate sulla secolarizzazione in senso sociologico e, dal punto di vista costituzional-penalistico, su di una tendenziale separazione tra diritto penale e morale*", sembrano infatti

¹⁰² Al di là del piano strettamente giuridico, non sembrano tuttavia trascurabili le condizioni sociali e politiche. Si tratta di fattori di contesto che nei primi anni '90 hanno indotto la dottrina, compresi autori cattolici, a riconoscere l'evoluzione, seppur in modo lento e ancora parziale, di un percorso di secolarizzazione e de-etichizzazione. Un fenomeno che, se da un lato è stato riconosciuto anche come fattore di "*sgretolamento dei presupposti socioculturali della categoria del bene giuridico*" nondimeno ha offerto un'importante spinta verso prospettive di criminalizzazione fondate sul presupposto di una dannosità sociale in senso "laico", v. F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 460; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477.

essere subentrate contropunte che procedono verso una ritocizzazione del diritto penale¹⁰³.

In questa temperie culturale, si constata come ai sentimenti e ai fenomeni ad essi correlati possa competere un ruolo tutt'altro che secondario, nell'economia del dibattito pubblico e soprattutto nelle scelte di politica del diritto volte a disciplinare i cosiddetti ambiti eticamente sensibili.

In particolare, è il terreno della bioetica ad esser soggetto a contrapposizioni fondate su *“timori e reazioni emotive che hanno a che fare con la sfera più irrazionale ed oscura di ciascuno”*¹⁰⁴. Sono reazioni di orrore, spavento, raccapriccio, disgusto, definite dall'Autore *“sentimenti e sensazioni”*. Le conclusioni, in senso critico, sono legate al dubbio che simili *reazioni emotive* possano essere addotte per giustificare la creazione di divieti penalmente sanzionati.

Ciò che sembra balzare ad evidenza è un aggiornamento della prospettiva teorica nello studio dei rapporti tra sentimenti e tutela penale. Il tema viene a legarsi, in modo ancora più forte, alla necessità di un adeguamento concettuale che interessa in modo diretto la riflessione sui limiti del punire, secondo una prospettiva che va oltre lo statico quesito circa la configurabilità o meno come bene giuridico. La *“perdurante incidenza, nel dibattito pubblico, di fattori irrazionali ed emotivi”* può essere motivo di frammentazione: da ciò la scarsa plausibilità di soluzioni che inducano alla configurazione di beni giuridici fondati su una matrice emotiva, ma

¹⁰³ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, op. cit., pp. 546; 549.

¹⁰⁴ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, op.cit., p. 554.

soprattutto la necessità di procedere con cautela anche ove vengano invocati beni apparentemente “inconfutabili” come la dignità umana, i quali, stante l’elevato grado di “consistenza emozionale”, rischiano di tramutarsi nel mero riflesso di costrutti culturali fondati sul sentire maggioritario¹⁰⁵.

La prospettiva delineata da Fiandaca non appare dunque di tipo “endopenalistico”, ma sollecita riflessioni secondo uno spettro più ampio. Induce ad approfondimenti sulla dimensione fattuale, prima ancora che giuridica, di ciò che viene definito sentimento, ma soprattutto comporta l’apertura a criteri di legittimazione che possano integrare e interagire con la teorica del bene giuridico, sul presupposto di un chiarimento delle opzioni valoriali che si debbano intendere quale premessa costitutiva di una democrazia liberale¹⁰⁶.

¹⁰⁵ In questo senso, la formula della dignità umana sembra oggi indurre una certa diffidenza, in quanto nel contesto pluralista esso sembrerebbe non possedere una sufficiente univocità assiomatico deduttiva. Cfr. le riflessioni di G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA. VV., a cura di L. Risicato-E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo. Profili penale ed extrapenali*, Torino, 2009, p. 33; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, *op.cit.*, p. 553; C. VISCONTI, *Il reato di propaganda*, *op. cit.*, p. 195; pp. 202 ss. ; favorevole ad un “recupero” (tramite un uso accorto e non inflazionistico) del concetto di dignità umana, D. PULITANÒ, *Etica e politica*, *op. cit.*, pp. 510 s. Nella dottrina tedesca, W. Hassemer, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, pp. 125 ss.

¹⁰⁶ In questo senso, v. anche le riflessioni esposte in G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007, vol. XXVI, pp. 1263 ss.

In uno studio di poco successivo, muovendo dall'analisi e dalla critica dei concetti di *harm* e *offense* come elaborati dal giusfilosofo Joel Feinberg, un altro illustre Autore esprime una posizione che afferma con decisione l'esigenza di separare il concetto di offesa da matrici di tipo affettivo-emozionale.

Di fronte alla prospettiva che il diritto penale possa essere invocato a tutela di sentimenti, la risposta è in tono fortemente critico: *“il diritto penale non tutela meri sentimenti anche se talora lo stesso codice penale si esprime in questi termini [...], ma [tutela] la loro obiettivazione in situazioni sociali, in interessi, in beni giuridici più definiti della percezione soggettiva: tanto che essi vengono tutelati a prescindere dalla prova di quella percezione in capo a un qualche individuo determinato. [...] La ragione per la quale non è possibile la tutela diretta ed esclusiva come oggetto “giuridico”, dei sentimenti, neppure ovviamente dei sentimenti “moralì”, è costituita dal fatto che essi non sono un oggetto giuridico, e non possono esserlo per carenza di tassatività. È infatti necessario che il sostrato umano fondamentale in cui si sostanziano le offese e che tocca direttamente la sfera emotiva e morale delle persone, si ancori a realtà socio normative più afferabili e gestibili”*¹⁰⁷.

Tale opinione evidenzia come il problema normativo derivi dall'estrema difficoltà di sondare processi psichici: una critica che si riflette anche sulle categorie dell'*harm* e dell'*offese*, le quali, sempre secondo Donini, *“sono spesso definite mediante un utilizzo ambiguo della categoria dei sentimenti. Troppi sentimenti sia nell'offense (che si definisce proprio in quanto più sentimentale che dannosa, più irritante che dolorosa) e sia anche nell'harm, che si*

¹⁰⁷ M. DONINI, “Danno” e “offesa”, *op. cit.*, p. 1578.

fonda pur sempre (specialmente in Feinberg) sul postulato che la lesione dell'interesse produca un dolore, una sofferenza nel suo titolare"¹⁰⁸.

Una differente impostazione caratterizza invece un recente studio monografico avente ad oggetto temi di bioetica, e in particolare volto ad individuare principi condivisi che possano coordinare e legittimare l'intervento normativo in un settore così soggetto a contrapposizioni radicalizzate¹⁰⁹.

Si ipotizza che una prospettiva meritevole di considerazione sia quella di partire dallo studio delle emozioni e delle loro basi cognitive, così da poter risalire ed eventualmente identificare le strutture che fondano un "*idem sentire*" negli esseri umani; in altri termini, verificare la fruibilità a fini normativi di una "grammatica morale universale".

A fronte di un progressivo affinamento tecnico delle categorie concettuali, il diritto penale sembrerebbe infatti aver subito un distacco dal "senso comune": ad un consolidamento dell'uniformità argomentativa sembrerebbe essere seguito un collaterale incremento dell'artificialità del diritto in sè¹¹⁰. Una simile condizione non è ritenuta dall'Autrice quale base idonea per una prospettiva di regolamentazione in materie come la bioetica, ove è più stringente il rapporto con l'emotività e con il sentire, e dove incombe il rischio di procedere a scelte normative non condivise.

La prospettiva è che per la qualificazione e regolamentazione giuridica di una condotta nel settore della bioetica debba tenersi conto anche dell'emozione che

¹⁰⁸ M. DONINI, "*Danno*" e "*offesa*", *op. cit.*, p. 1575.

¹⁰⁹ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, *op.cit.*

¹¹⁰ EAD., *ivi*, p. 103.

scaturisce nei soggetti di fronte ad una determinata esperienza. In altri termini, viene ipotizzata una relazione tra il gradiente emotivo che caratterizza le scelte individuali e la possibilità che, valorizzando nelle statuizioni normative elementi fattuali suscettibili di attivare una comune reattività emozionale, sia possibile addivenire ad una maggiore condivisibilità dei precetti¹¹¹. La costruzione di un cosiddetto diritto penale “empatico” prende le mosse da una “riscoperta” del fatto: rivalutazione del fatto come riconoscimento di una centralità delle circostanze fattuali al fine di poter valorizzare le strutture emotive che, a contatto con il fatto, provocano reazioni condivise e si pongono sulla soglia di un “*idem sentire*”¹¹².

Si tratta di un programma teorico che propone “*una rinuncia, pur con tutte le cautele del caso, a parte della rigidità e della predeterminazione del precetto, per consentire a quest’ultimo di plasmarsi sul fatto concreto, di valorizzarne le nuances*”¹¹³. Un angolo visuale che assume il fenomeno del sentire in una accezione che potremmo definire “naturalistica”. La dimensione etica del precetto sembra infatti legarsi alla condizione che esso arrivi a contenere elementi fattuali ad “alta carica emotiva”: “*si porrebbero così le condizioni perché giochi una empatia che, facendo un punto di forza della sua natura prosaicamente biologica ed umana, possa svolgere la [...] funzione di coordinata epistemologica nei suddetti ambiti del penale*”¹¹⁴.

Una base concettuale, forse implicita, di una tale ricostruzione, sembra potersi individuare nelle cosiddette

¹¹¹ EAD., *ivi*, pp. 145 ss.

¹¹² EAD., *ivi*, p. 173.

¹¹³ EAD., *ivi*, p. 181.

¹¹⁴ EAD., *ibidem*.

etiche sentimentalistiche, ossia nelle concezioni morali, di matrice humanea, che muovono dal presupposto che *“al centro della moralità ci siano un sentimento e un’emozione che ci portano a tenere conto dei bisogni e delle esigenze altrui, e in particolare a reagire negativamente nel caso di azioni umane che provocano danni e sofferenze non volute negli altri”*¹¹⁵.

Afferma la Di Giovine, in risposta all’opinione di chi non ritiene che il diritto penale possa tutelare sentimenti: *“non può escludersi [...] che, quanto meno in materia di bioetica, il diritto penale, se vuole trovare la sua legittimazione, ben possa, anzi debba, tutelare, in un certo senso, i sentimenti ed addirittura il sentimento del caso concreto, senza per ciò trascendere in concezioni soggettivizzanti e sprovviste di sostrato empirico, ma recuperando, al contrario, insieme alla concretezza, altresì la prospettiva di un giudizio, se non condiviso, quanto meno diffuso”*¹¹⁶. Che cosa significa in questo caso tutelare sentimenti?

La formula “tutela di sentimenti” sembra qui assumere una dimensione “totalizzante”, che non descrive una particolare manifestazione di intervento penale, ma, in un certo senso, esprime il dover essere di ogni intervento. La legittimazione del diritto penale viene fatta discendere dalla capacità di tutelare (rispettare?) i sentimenti coinvolti nelle situazioni oggetto di regolamentazione. In questo senso, ogni norma penale che, plausibilmente, abbia a che fare con fatti ad alta carica emotiva, sarebbe chiamata a “tutelare sentimenti”: nel senso di non procedere a scelte

¹¹⁵ Così, di recente, il principale esponente italiano del sentimentalismo etico, E. LECALDANO, *Prima lezione di filosofia morale*, Roma-Bari, 2010, p. 80.

¹¹⁶ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, op. cit., pp. 78 s.

normative suscettibili di ingenerare disparità emotive, ma cercando di contemperare da un punto di vista emozionale gli interessi delle parti coinvolte.

In questo senso, l'individuazione di un sostrato emotivo che accomuni gli esseri umani risulta decisivo per guidare la normazione penale, ed è su tale carattere di tendenziale condivisibilità "emotivamente orientata" che verrebbe a fondarsi la moralità del precetto penale.

Il rapporto tra diritto e morale si configurerebbe quale interazione fondata non su una sovrapposibilità di tipo strutturale o contenutistica di precetti etico e penale: la morale andrebbe intesa come "*procedura conoscitiva, come mera coordinata epistemologica*"¹¹⁷ che sostiene il precetto.

Il grado di eticità e la costruzione della norma chiamano in causa in modo diretto le acquisizioni delle neuroscienze: è attraverso lo studio dei cosiddetti "neuroni-specchio", quei neuroni che, secondo le attuali conoscenze, sarebbero essenziali per il riconoscimento delle azioni e degli stati d'animo altrui, e che risulterebbero dunque fondamentali per una "comprensione" intersoggettiva, che è possibile inferire l'importanza decisiva del fatto per l'attivarsi dell'emozione empatica. L'empatia costituisce il fondamento di tutti gli atti emotivi con cui si entra in rapporto con un'altra persona: è attraverso l'empatia che si può arrivare a percepire l'altro. L'empatia si attiva di fronte al fatto: è la cognizione del fatto concreto l'elemento tale da poter fondare quel contatto emotivo da cui scaturisce l'empatia tra soggetti. La ricaduta giuridica delle suddette riflessioni conduce all'avallo del cosiddetto modello procedimentale, quale modello capace di porre

¹¹⁷ EAD., *ivi*, p. 79.

adeguatamente in rilievo le dinamiche di sensibilizzazione intersoggettiva di fronte al caso concreto.

3. Modelli “*empirico-naturalistici*” e modelli “*normativi*”

Il problema di una tutela penale di sentimenti apre un discorso del quale sono oggetto tutte le possibili manifestazioni del fenomeno affettivo¹¹⁸. Un uso del termine “sentimento” finalizzato *all'impostazione* del problema può esser fatto coincidere con un'area di significato che comprende sia sentimenti come disposizione individualizzante, sia stati emotivi nella loro fase dinamica e di stimolo psicologico.

In che modo la acquisizioni scientifiche finora disponibili possono orientare la ricerca di soluzioni in ambito normativo?

Dal punto di vista del diritto, la radice dei problemi sembra potersi identificare con la conflittualità derivante dalle differenze che caratterizzano il sentire dei diversi individui. La diversità fra uomini può essere causa di possibili contrasti: non implica di per sè una dimensione conflittuale del vivere sociale, bensì rivela l'eterogeneità di concezioni e di modelli di vita che di fatto caratterizzano le società umane¹¹⁹. Nondimeno, i contrasti possono sorgere, talvolta anche particolarmente aspri.

¹¹⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale, op. cit.*, pp. 41 ss.

¹¹⁹ Sulla dimensione “fattuale” del pluralismo, nel senso di coesistenza di diverse culture, religioni e scelte di valore, concettualmente distinta dal pluralismo quale *atteggiamento* verso

Le divergenze, e il livello dello scontro, possono coinvolgere la vita, l'integrità fisica o la libertà di autodeterminazione: beni rilevanti e tangibili, di fronte a cui la legittimità dell'intervento penale trova un solido fondamento. Più problematica è l'ipotesi di regolamentazione per un contrasto che non giunga a travolgere i suddetti beni, arrestandosi ad un livello diverso, meno esiziale. In questo senso, i problemi legati alle diversità nel sentire sono quelli di coesistenza e di tolleranza fra persone caratterizzate da concezioni e stili di vita differenti.

A fronte della varietà che connota tipicamente il sentire, tale da poter generare negli individui sentimenti ed emozioni spesso contrastanti, si profila per il giurista la possibilità di approcci differenti, che in parte riflettono la diversità di opzioni teoriche avanzate nel panorama scientifico.

Una possibile alternativa è quella fra un approccio che potremmo definire "naturalistico", ed un approccio invece di tipo "normativo".

Intendiamo definire "naturalistico", o "realistico emozionale", l'approccio che assuma il fatto emozionale nella sua consistenza empirica, mirando a trasporlo, senza alcuna mediazione sul piano valutativo, in un contesto di dialettica interrogativa.

Diverso, ed opposto, il caso in cui, partendo dalla dimensione naturalistica del sentimento, come fatto bio-psichico, si proceda verso l'obiettivo di individuarne il significato nell'economia esistenziale dell'individuo e, in modo consequenziale, di valutarne la rilevanza in un'ottica di rapporti intersoggettivi secondo criteri di valore o

tale pluralità, v. D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007, pp. 89 ss.

disvalore connessi ad una previa opzione di tipo politico. Il dato di fatto di una eventuale reazione emotiva verrebbe preso in considerazione come manifestazione della personalità; la reattività individuale come forma manifestativa della diversità fra individui. Presupposto di tale prospettiva è un concetto di persona non limitata alla dimensione bio-organicistica, ma intesa in primo luogo come soggetto *morale*.

Anche negli studi sulle emozioni è presente un dibattito tra concezioni “riduzioniste”, il cui interesse si incentra su profili fisiologici e neurobiologici, e concezioni psicologico-filosofiche, che associano allo studio delle dinamiche cerebrali l’interesse per il dato esperienziale, ossia per le complessità che caratterizzano le emozioni in quanto fenomeno che ha a che fare con esperienze di vita¹²⁰.

L’approccio “naturalistico” appare orientato a seguire in primo luogo il solco tracciato dalle moderne acquisizioni delle neuroscienze. Il fenomeno degli stati affettivi è assunto in una prospettiva visuale di tipo neurobiologico: un ambito di studi oggi definito con il termine neuroetica, e in merito al quale è tuttora in corso un profondo dibattito.

In che termini gli studi di neuroscienze, e le immagini acquisibili tramite le moderne tecniche di *neuroimaging*, possono contribuire a fornire una spiegazione in termini *morali* delle condotte umane? Si osserva che “*la neuroetica è interessata alla morale prima della morale, ossia all’ambito di una sensibilità morale che inizia a*

¹²⁰ In termini critici sulle teorie riduzioniste, v. C. CALABI, *Le varietà del sentimento*, in *Sistemi Intelligenti*, 8/1996, pp. 271 ss. Un quadro di sintesi in M. NUSSBAUM, *L’intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2006, pp. 122 ss.

manifestarsi nella vita organica [...] ma non assumerebbe il suo significato propriamente umano se non la guardassimo alla luce della ricchezza complessiva della vita morale quale la sperimentiamo o vanamente la inseguiamo ogni giorno. [...] La neuroscienze possono essere infatti essere utilmente interrogate in relazione a un ambito determinato e sicuramente non esaustivo della complessità dell'esperienza morale, quello delle precondizioni o condizioni di possibilità della capacità morale"¹²¹.

Anche per il diritto penale, si tratta di valutare l'alternativa tra una prospettiva di regolamentazione che assuma il fenomeno dei sentimenti quale "correlato psichico" della vita di relazione, e un approccio che si proponga di trasporre in concetti razionalmente filtrati la dimensione di significato del sentimento, al di là dell'*apparire* dell'evento fisico in senso stretto, secondo un'accezione che potremmo definire di tipo fenomenologico¹²².

L'impressione è che adottando impostazioni "naturalistiche", sarebbe la contingente reattività individuale, l'emozione come stimolo, a divenire fulcro dell'interesse normativo. In questo senso, costituirebbe una prospettiva forse riduttiva di fronte alle valutazioni, in termini *anche* morali, che il diritto può essere chiamato a tenere in considerazione. Un atteggiamento di apertura prudente da parte del diritto nei confronti delle neuroscienze è il riflesso di perplessità che tuttora sussistono nel dibattito tra scienze "sociali" e scienze "naturali" del comportamento umano: "*la molteplice*

¹²¹ L. BOELLA, *Neuroetica*, op. cit., pp. 42 s.

¹²² Su tale definizione, e sull'approccio della fenomenologia, v. la sintesi di R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore*, op. cit., pp. 35 ss.

gamma di possibilità inscritte nel cervello umano e la sua plasticità, rendono impossibile, almeno allo stato attuale delle conoscenze, ricondurre anche solo un unico comportamento morale esclusivamente a funzionamenti organici”¹²³.

4. Il problema normativo: il sentimento come disposizione costitutiva dell’identità della persona

Il pensiero giuridico italiano sembra aver sposato un approccio sostanzialmente normativo: *“una pura realtà psichica, come tale, non ha la forza per incidere sulla vita dei soggetti della comunità e di realizzarne i valori [...] Anche nelle norme giuridiche ispirate a un valore di sentimento, dunque, l’effetto non può limitarsi a una reazione emozionale. In esso deve sempre trovarsi un comportamento. Sarà il potere di manifestare o di realizzare il proprio sentimento (per esempio quello religioso) il dovere di rispettare il sentimento altrui [...]; il dovere di non suscitare in altri sentimenti pregiudizievoli per la collettività [...]”*. Tale affermazione mette in luce come il sentimento, inteso come fenomeno psichico, *“non possa esaurire la componente di fatto della realtà effettuale”*, la quale deve essere sempre costituita da un comportamento umano¹²⁴. Al contempo essa sembra altresì evidenziare come non sia il profilo della reattività emotiva a risultare decisivo in una prospettiva di regolamentazione normativa: *“potere di manifestare o realizzare il proprio sentimento”* e *“dovere di rispettare il sentimento altrui”*, rappresentano situazioni che non dipendono da contingenti

¹²³ L. BOELLA, *Neuroetica*, op. cit., p. 44.

¹²⁴ Citazioni da A. FALZEA, *I fatti*, op. cit., p. 364.

conflitti fra emozioni, ma che si fondano in ultima analisi su modelli di libertà.

Un problema normativo avente ad oggetto sentimenti può dunque risolversi in una prospettiva volta a preservare la sfera psicologica degli individui da condotte idonee a provocarne un turbamento emotivo, con enfasi posta sugli aspetti “reattivi”? La risposta e la tesi che proveremo ad argomentare depone in senso negativo: il problema *normativo* di una tutela di *sentimenti* non sembra potersi ridurre ad una mera repressione di condotte suscettibili di provocare emozioni “negative” fra consociati.

Il sentimento non si esaurisce in un estemporaneo stato psicologico, ma è qualcosa di più profondo: è la peculiare disposizione che forma l’essenzialità e l’unicità di ogni essere umano. In questo senso, i sentimenti concorrono a delineare l’identità assiologica di una persona: è la strutturazione del sentire a formare le risposte che modellano l’interazione tra l’individuo e la realtà. Il vivere di un soggetto è un complesso ordito che trova nei sentimenti il ritmo per una vita che non significhi mera sopravvivenza¹²⁵.

¹²⁵ Nell’essere umano appare oggi difficilmente configurabile una razionalità priva del contributo del sentire: anche nel panorama delle neuroscienze, *in primis* secondo gli studi di Antonio Damasio, sembra emergere che ove la sfera cerebrale, a seguito di lesioni, risulti menomata in quelle aree in cui si ritiene essere localizzata la “sfera dei sentimenti”, sia riscontrabile nel soggetto un *deficit* di congruenza decisionale il quale altera in definitiva il rapporto con la realtà; l’assenza o l’alterazione del sentire produce in ultima istanza un deterioramento della stessa sfera cognitiva: v. A. DAMASIO, *L’errore di Cartesio*, *op. cit.*, pp. 334 ss. Un’analisi criminologica dei rapporti tra emozioni, riflessività e agire violento è contenuta nel recente studio di A. CERETTI - L. NATALI, *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, pp. 326 ss.

Dietro i sentimenti si profilano questioni che hanno a che fare con il diritto di ognuno a perseguire e coltivare i propri assetti valoriali, a edificare e sviluppare le strutture che, delineando le risposte all'esperienza assiologica, formano le coordinate esistenziali. I sentimenti riflettono le diversità tra valori di coscienza da cui discende il regime delle preferenze di ogni individuo per la realtà che lo circonda: “*il dato di fatto di una coscienza valutante, polarizzata tra i due poli del valore positivo e del valore negativo, è dunque la base di ogni discorso sul sentimento*”¹²⁶.

Per il diritto penale i sentimenti sono “matrici di diversità”. L'ambito problematico dal punto di vista normativo riguarda l'esigenza di conciliare condotte in cui si manifesta l' “originalità” degli individui *in quanto* caratterizzati da concezioni, culture, stili di vita che ne identificano la personalità: problemi di libertà e di liberale rispetto per il pluralismo e le diversità¹²⁷.

¹²⁶ A. FALZEA, *I fatti*, *op. cit.*, p. 324.

¹²⁷ Sotto questo profilo, non convince appieno l'inquadramento della neonata fattispecie italiana di *stalking* quale “tutela di sentimenti” : V. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo 1°, Bologna, Addenda 2010, p. 5. L'evento del reato è sì caratterizzato da fenomeni psichici (perdurante grave stato d'ansia, fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto), ma a venire in discussione non è una forma di “attacco ai valori” costitutivi di una persona, bensì l'indebito condizionamento della vita e della libertà di autodeterminazione: in questo senso, vedi l'interpretazione di A. VALSECCHI, *Il delitto di “atti persecutori” (il cd. stalking)*, in questa *Rivista*, 4/2009, pp. 1377 s., per il quale la norma sanzionerebbe le lesioni della tranquillità/serenità psichica quale momento strumentale rispetto alla lesione di beni quali la vita, l'integrità fisica, la libertà sessuale. Nella pur critica norma sullo *stalking*, emerge in definitiva il problema di garanzia della libertà morale, quale

Il profilo della reattività emozionale costituisce un aspetto importante e inscindibile del fenomeno del sentire: alle diversità nel sentire possono corrispondere, e di norma corrispondono, differenti reazioni nel contatto con particolari situazioni di vita. Da ciò consegue, ovviamente, anche la possibilità del prodursi di reazioni sgradite.

Il confronto fra chi voglia manifestare i propri sentimenti e chi vi si opponga, adducendo a sua volta un turbamento nel proprio sentire per simili manifestazioni, si traduce in un confronto tra pretese di libertà contrapposte, il quale rimanda alla necessità di gestire gli *equilibri* fra libertà. Un'ottica incentrata su stati soggettivi, su emozioni contingenti, non consente di cogliere adeguatamente il significato complessivo della vicenda emozionale intersoggettiva. In un contesto relazionale, la possibilità di contrasti fra individui, dovuti ad azioni che arrivino a suscitare reazioni sgradite, è il riflesso di una diversità nella strutturazione del sentire, e dunque fra le personalità di singoli soggetti.

È il sentimento la piattaforma da cui le emozioni possono scaturire e su cui possono eventualmente influire, sia in senso positivo che negativo: *“Le emozioni sono certamente la manifestazione più comune del sentire, ma un'altra loro peculiarità, legata alla loro natura di alterazioni reattive, è di essere eventi che occupano il presente o la coscienza del soggetto che le prova e di consumarsi in quanto tali interamente nell'attualità; non*

“diritto a non dover subire illecite intrusioni altrui nella sfera psichica, sia per quanto attiene all'integrità di questa, sia per quanto attiene alla formazione della coscienza e del pensiero, sia per quanto attiene alla formazione della volontà”: v. G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Milano, 1960, p. 1698.

hanno [...] una dimensione disposizionale o abituale, che permetta loro di esistere senza avere attualità”¹²⁸. Le emozioni in ultima istanza rimandano all’ascolto della matrice che le ha generate, poiché è dall’“adeguatezza” del rapporto fra sentimento e realtà esterna che discende la maggiore o minore problematicità dell’emozione.

4.1. *L’interazione fra emozioni e principi normativi nell’analisi di Martha Nussbaum*

Prestare ascolto alle mere emozioni può comportare il rischio di dare una diretta rilevanza agli oggetti delle emozioni, assecondandone anche la possibile “irrazionalità”.

Senza addentrarci in questa sede nel dibattito avente ad oggetto la maggiore o minore razionalità propria del fenomeno emotivo¹²⁹, ci limitiamo ad osservare come uno dei moniti più acuti contro il rischio di avallare giuridicamente istanze irrazionali, per mezzo di politiche pubbliche di tipo “emozionale”, provenga da una studiosa autrice di un rilevante contributo di studio per la rivalutazione del ruolo cognitivo, e non meramente irrazionale, delle emozioni. È proprio Martha Nussbaum che, muovendo dalla profonda rilevanza del fattore

¹²⁸ R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore*, op. cit., p. 125.

¹²⁹ Data la vastità del tema, ci limitiamo a segnalare, quale introduzione al problema della razionalità delle emozioni, al saggio di C. CALABI, *Che cosa hanno in comune l’amore, il disprezzo e l’assassinio premeditato? Emozioni, basi cognitive e razionalità*, in AA. VV., a cura di T. Magri, *Filosofia ed emozioni*, Milano, 1999, pp. 51 ss.; della stessa autrice, v. anche EAD., *Le varietà del sentimento*, op. cit., pp. 258 ss.; cfr. M. NUSSBAUM, *L’intelligenza delle emozioni*, op. cit., pp. 37 ss.

emozionale nel diritto (v. *supra*), ritiene doverosa una “selezione” delle emozioni a cui possa essere “prestato ascolto” quali fattori tali da poter influire positivamente nella normazione di un sistema liberale.

La prospettiva che viene delineata implica che si valutino i fondamenti cognitivo razionali delle emozioni al fine di poter verificare se la trasposizione in dettami normativi sia compatibile con i principi di una società democratica e liberale. Nel complesso, il panorama descritto non nega la possibilità di un positivo apporto dei fenomeni emotivi al mondo del diritto: afferma però l’esigenza di un’analisi e una selezione.

La necessità di un filtro normativo, ossia di un passaggio di confronto fra l’emozione in senso psicologico, i suoi fondamenti cognitivi e i presupposti che si assumono a fondamento di un sistema liberale, risulta essenziale anche per emozioni ritenute in grado di fornire un positivo apporto nella dimensione sociale. La compassione, emozione pur appropriata, “è *inaffidabile e parziale*”, e il suo “impiego”, quale principio ispiratore di un sistema di istituzioni poste a regolamentazione della vita pubblica “*non può fornire nulla di concreto se non è saldamente ancorata a una concezione di beni fondamentali*”¹³⁰.

Nella concezione della Nussbaum, l’etica pubblica non si fonda su una matrice puramente emotiva: anche un fenomeno psicologico “positivo” deve essere messo in condizione di operare all’interno di un determinato assetto di valori: la compassione, ove spontanea, può essere comunque “guidata”, mentre quella non spontanea “è *plasmata dalle strutture sociali e giuridiche*”. L’idea di fondo è quella di una società che possa sì assecondare gli

¹³⁰ M. NUSSBAUM, *L’intelligenza, op. cit.*, pp. 481 s.

interessi dei cittadini, ma che debba soprattutto promuovere l'educazione al rispetto di diritti fondamentali¹³¹.

Per la Nussbaum, la valorizzazione delle emozioni va inserita all'interno di un contesto di cui sono parte costitutiva diritti e doveri: diritti di libertà e doveri di reciproco rispetto. I diritti non derivano da emozioni: un ascolto critico delle emozioni può gettare luce su pretese di riconoscimento di diritti, contribuendo altresì ad evidenziare la necessità di limiti, ove l'emozione costituisca il riflesso di concezioni prevaricatorie. Vi sono infatti emozioni portatrici di una carica discriminatoria, come il disgusto, il quale è dominato da una componente di irrazionalità poiché si lega ad idee di contaminazione e ad un rifiuto dell'animalità (e dunque della limitatezza e della mortalità) umane, inducendo a prediligere un'immagine fittizia dell'essere umano, che conduce alla emarginazione e alla stigmatizzazione di ciò che può risultare "anomalo" o "diverso"¹³². Il disgusto rappresenta un'emozione da non assecondare: *"ciò di cui c'è bisogno, allo stato dei fatti, è una concezione politica della persona che tragga un senso dal fatto che tutti abbiamo corpi mortali e che per qualche verso e in diversa misura ci*

¹³¹ M. NUSSBAUM, *L'intelligenza*, op. cit., pp. 507 ss.; da ultimo, v. EAD. *Not for profit*, Princeton, 2010, pp. 27 ss.

¹³² Il disgusto può rivolgersi ad oggetti primari, e risulta in questo senso quasi riconducibile ad una reazione di fronte ad un pericolo (viene fatto l'esempio del senso di repulsione che l'uomo prova di fronte alle feci, in quanto potenziali vettori di agenti infettanti), oppure può rivolgersi ad oggetti "socialmente mediati", intendendo quell'emozione negativa che si può provare nei confronti dei membri di cosiddetti "gruppi impopolari" (minoranze razziali, ebrei, omosessuali): v. M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità*, op. cit., pp. 157.

troviamo tutti in stato di bisogno e siamo tutti disabili". Da ciò la critica a leggi che adducano quale disvalore la mera turbativa, ossia la sensazione, reale o potenziale, di disgusto che un soggetto possa provare. Si contesta, in altri termini, l'idea secondo cui il mero disgusto possa costituire un danno tale da legittimare un intervento di coercizione legale, dovendosi invece ricercare forme di disvalore legate alla lesione della pari dignità sotto forma di umiliazioni e discriminazioni¹³³.

È attraverso il filtro di principi normativi che le emozioni possono divenire un eventuale referente per le scelte di politica del diritto: la previa individuazione di un orizzonte di valori costituisce il parametro per un procedere ad un "riconoscimento" normativo dell'emozione. Pur muovendo da prospettive di tipo psicologico, l'interpretazione dei dati di conoscenza necessita di essere filtrata attraverso un orizzonte di valori che si assumono a fondamento della prospettiva politica che si intende attuare. Nell'ottica della studiosa di Chicago, l'opzione valoriale è quella di un liberalismo progressista *"l'idea, cioè, di un ordinamento sociale basato sul concetto di dignità umana e su relazioni fondate sulla reciprocità e il mutuo rispetto, incluso il rispetto per le concezioni diverse del bene ultimo nella vita umana"*¹³⁴.

4.2. La prospettiva "psicologica" dell'offense di Joel Feinberg

Fra le elaborazioni più significative in tema di rapporti tra coercizione penale e sentimenti, spicca l'opera di Joel

¹³³ M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità*, op. cit., p. 177.

¹³⁴ M. NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità*, op. cit., p. 394; 371.

Feinberg, in particolare il volume dedicato al cosiddetto “*offense principle*”¹³⁵. Il modello di Feinberg può definirsi “normativo” oppure “empirico-naturalistico”?

Il principio dell’*offense* nasce per ampliare l’ambito della penalizzazione legittima al di là del limite dello *harm*: non rappresenta tuttavia una mera gradazione inferiore di disvalore rispetto allo *harm*, bensì è un principio contenutisticamente eterogeneo¹³⁶. Esso può compendiarsi nella formula secondo cui “*it is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it would probably be an effective way of preventing serious offense (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor, and that is probably a necessary to that end*”¹³⁷.

Si tratta di situazioni in cui non vi è danno: non vi è nel senso inteso da Feinberg, ossia come “arretramento di interessi” (*setback of interest*)¹³⁸. Nondimeno, le condotte menzionate nella casistica delle *offenses* possono costituire *in linea di principio* buone ragioni perché vi sia un intervento legale. Si tratta di ragioni a cui si affiancano forti esigenze di bilanciamento: condotte di *offenses* possono scaturire da attività che fanno parte dell’agire quotidiano di ogni individuo. Si tratta anche di attività comprese nella normale vita di relazione, e che tuttavia possono produrre quelli che sono dei cosiddetti “stati

¹³⁵ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Offense to others*, New York-Oxford, 1985.

¹³⁶ ID. *ivi*, p. 3.

¹³⁷ ID., *ivi*, p. 1.

¹³⁸ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Harm to others*, Oxford, 1983, pp. 31 ss. Una dettagliata analisi in G. FRANCOLINI, *L’harm principle nel diritto americano nella concezione di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2008, pp. 276 ss.

mentali sgraditi”. Per ovviare a possibili eccessi, Feinberg rimarca l’esigenza di elaborare dei criteri di bilanciamento che operino nel senso di restringere l’ambito di criminalizzazione delle condotte di molestia.

Secondo le massime di mediazione da lui elaborate, va esaminato il limite della cosiddetta *seriousness* della molestia, e della *reasonableness* della condotta attiva: in sintesi, la serietà della molestia dipende dalla sua intensità, dalla durata e dall’estensione (*the more widespread the susceptibility to a given kind of offense, the more serious is a given instance of that kind of offense*); dal grado di evitabilità (la difficoltà di sottrarsi senza inconvenienti alla situazione in cui si è assistito alla molestia è un parametro per la gravità della condotta attiva); dalla massima del consenso, per cui l’assunzione volontaria del rischio di incorrere nelle condotte di *offense* esclude la rilevanza penale di queste¹³⁹; e infine è menzionata l’esigenza di non tener conto (*discounting*) delle persone eccessivamente sensibili, quelle che Feinberg definisce “cavalli capricciosi” (*skittish horses*)¹⁴⁰.

La concezione elaborata da Feinberg, è una concezione di tipo normativo? o è forse dominata da accenti “naturalistici” fondati sulla mera reattività psicologica? Uno degli aspetti più criticati dell’impostazione feinberghiana è quello di dar vita ad un modello eccessivamente psicologizzante, e in quanto tale esposto al rischio che dal turbamento psicologico individuale si confluisca su una prospettiva di tipo moralistico: “*Strong opinions about moral issues and unpleasant emotions usually go hand-in hand. If somebody judges certain behaviour as morally reprehensible, he will*

¹³⁹ ID., *ivi*, pp. 35 ss.

¹⁴⁰ ID., *ivi*, p. 33.

*also react emotionally if he witnesses it. Thus, in the end, moral reasoning could determine the scope of the criminal law, while negative emotions are only intermediate stages*¹⁴¹.

La concezione feinberghiana enfatizza problemi di reattività emozionale: non dà avallo a forme di suscettibilità, ma appare sostanzialmente imperniata sul contatto fra sensibilità divergenti. Appare tuttavia interessante rilevare come anche all'interno della costruzione di Feinberg sia presente una distinzione tra molestie che richiedono la compresenza, e dunque un rapporto diretto fra soggetto attivo e vittima, fondato su percezioni di tipo visivo, uditivo o olfattivo, e condotte tali da poter suscitare sensazioni sgradite pur senza un rapporto di diretta percezione, ma a seguito della semplice presa di conoscenza. Si tratta di forme di molestia dall'impatto più profondo, cosiddette "*profound offenses*", tali da protrarre la sofferenza e il disagio psicologico anche quando la percezione diretta sia cessata. Questo secondo genere di ipotesi non corrisponde alla categoria della cosiddette "*nuisance*", ossia alle mere offese ai sensi: nelle "*mere offensive nuisance*" il torto (*wrong*) coincide ed è inscindibile dall'esperienza di percezione visiva, uditiva, olfattiva o tattile "*it is experiencing the conduct, not merely knowing about it, that offends*"¹⁴².

Le "*profound offenses*" si differenziano, in quanto "*would continue to rankle even when unwitnessed, and they would thus be offensive even when they are not, strictly speaking, nuisance at all*"¹⁴³: esempi adottati da

¹⁴¹ T. HÖRNLE, *Offensive Behaviour and German Penal Law*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 5/2001, p. 261.

¹⁴² J. FEINBERG, *Offense to others*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴³ *Id.*, *ivi*, p. 51.

Feinberg sono il voyeurismo, la propaganda nazista e razzista, le offese a simboli civili e religiosi, l'oltraggio a cadaveri.

In questi termini, la distinzione sembra ampliare la prospettiva feinberghiana ad un ambito non limitato a molestie di tipo "sensoriale", ma che si estende fino ad una dimensione che potremmo definire di "sensibilità morale": "*the offense is taken on behalf of something external to oneself, and the offense is profound because of its powerful impact on one's moral sensibilities, even in the absence of any strong feeling of personal involvement*"¹⁴⁴.

Possono le "profound offenses" derivanti da una mera conoscenza (*bare knowledge*) essere oggetto di interventi coercitivi nell'ottica di legittimazione dell'*offense principle*? La risposta di Feinberg è tendenzialmente negativa: l'*offense* non arriva a coprire questi casi, la cui punibilità può essere argomentata mediante un differente principio normativo, ossia il *legal moralism*¹⁴⁵. Il filosofo statunitense ammette però possibili deroghe: si tratta di casi in cui la condotta, pur svolta in ambito privato e dunque al di là di una sfera di percepibilità da parte di terzi, possa nondimeno rivelarsi particolarmente "intrusiva" sotto un profilo personale (*pointedly personal*): ad esempio, il vilipendio di cadavere può costituire *offense* ove lo si analizzi nella prospettiva degli eventuali parenti del defunto. In tal caso, la sofferenza (*grievance*) è più profonda in quanto deriva dall'affronto ad una sensibilità che potremmo definire proiettata verso la sfera interiore della persona, e non verso una mera dimensione "esteriore" di simboli e valori¹⁴⁶. Altre possibili estensioni

¹⁴⁴ ID., *ivi*, p. 60.

¹⁴⁵ ID., *ivi*, p. 69

¹⁴⁶ ID., *ivi*, pp. 69; 94.

della categoria dell'*offense* a casi di conoscenza senza percezione diretta, si hanno ove le condotte suscettibili di provocare disagio (cannibalismo, necrofilia etc.), pur tenute in privato, vengano divulgate in modo da poter attingere la generalità degli individui: non solo attraverso immagini, ma anche attraverso insegne ad alta visibilità in luogo pubblico¹⁴⁷.

L'approccio tendenzialmente psicologico di Feinberg viene criticato in nome di un "eccesso di sentimenti"¹⁴⁸. Modelli correttivi sono stati elaborati nella prospettiva di tradurre in un chiave normativa, secondo una prospettiva di diritti e non di sensibilità individuali, il modello feinberghiano. In questo senso, taluni autori mettono in discussione la stessa distinzione tra *harm* e *offense*¹⁴⁹. Altri, sempre muovendo dalla constatazione di un rischio di soggettivismo nel sistema feinberghiano, tenendo ferma la necessità di distinguere tra *harm* e *offense*, adottano per tale ultimo principio una formulazione in termini differenti: non come affronto alla sensibilità individuale, ma come comportamento nella sfera pubblica "*che tratta gli altri con grave mancanza di rispetto o considerazione*"¹⁵⁰.

5. Dalle emozioni al problema del rispetto per le persone

¹⁴⁷ ID., *ivi*, p. 71.

¹⁴⁸ M. DONINI, *Danno e offesa*, *op. cit.*, p. 1575.

¹⁴⁹ T. HÖRNLE, *Offensive Behaviour*, *op. cit.*, p. 268.

¹⁵⁰ A. VON HIRSCH, *I concetti di "danno" e "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica angolamericana*, in AA. VV., a cura di G. Fiandaca-G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale*, *op. cit.*, p. 36.

Da un punto di vista liberale, una tutela di sentimenti intesa come prospettiva volta a preservare la sfera psicologica dell'individuo da condotte idonee a provocarne un turbamento emotivo, può condurre ad esiti problematici. Una politica che adotti uno schema siffatto rischia di divenire una politica "di sentimento", ma che non tutela sentimenti: allorquando la scelta regolativa traduce un'univoca accondiscendenza ad istanze parziali, con esiti potenzialmente conflittuali, essa si accosta al lato più irrazionale e autarchico del fenomeno affettivo: trae dai sentimenti motivi, e non ragioni.

Non è il profilo della suscettibilità individuale a porsi quale istanza fondamentale per una tutela di sentimenti. La realizzazione normativa di un orizzonte nel quale possano essere rispettati in egual misura sentimenti e diversità non è condizionata all'impulso di conflitti contingenti: la reale esigenza è pre-disporre un assetto paritario degli spazi (non illimitati) di cui la democrazia dispone¹⁵¹; offrire alle persone, in quanto eguali, la possibilità di vivere secondo i propri valori.

Tale lettura si pone in un'ottica di distacco dai modelli di incriminazione vigenti nel sistema italiano. Dal sintetico esame delle norme e dagli sviluppi giurisprudenziali (v. *supra*) sembra emergere un dato di fondo: le fattispecie positive, pur non tutelando meri stati soggettivi, specie alla luce delle evoluzioni interpretative, nondimeno sembrano enfatizzare profili di disvalore derivanti da possibili forme di "turbamento emotivo". Nel codice Rocco, l'intervento formalmente definito come tutela di sentimenti si rivolge

¹⁵¹ In questo senso, con particolare riferimento al problema dell'ostensione di simboli religiosi in spazi pubblici, v. O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, pp. 27 ss.

contro condotte che, sotto un profilo fenomenico, rappresentano potenziali aggressioni a quella che possiamo definire una “sfera emotiva sociale”: *“il principio di massima è che il sentimento, anche quando rileva come fatto di coscienza individuale, rileva nella misura in cui è collegato ad un fatto non individuale, appunto a un modo di sentire sociale, a un’atmosfera emozionale socialmente diffusa e divisa in più o meno larghi ambiti da un’intera comunità”*,¹⁵²

Da questo punto di vista, il diritto vigente sembra incline a prediligere la dimensione prettamente emozionale declinata in senso collettivo. Nella pretesa di porre argine a manifestazioni considerate lesive della sensibilità, viene instaurato un rapporto di immediata implicazione con il lato prettamente dinamico del sentire, ossia con le emozioni. La “lesione” di un sentimento appare prima di tutto come un’emozione che scaturisce dal contatto sgradito con determinate manifestazioni. Dietro le “atmosfera emozionali collettive”, le manifestazioni del sentire che il legislatore ha declinato in una dimensione pubblico istituzionale non sembrano essere sentimenti, bensì emozioni connesse ad oggetti considerati rilevanti per la collettività.

La sfida che i sentimenti pongono al diritto penale sottende oggi il riconoscimento di un’eguale dignità fra persone *concretamente* diverse: una prospettiva consapevole della varietà delle preferenze, dei molteplici, possibili stili e concezioni della vita buona.

È nel senso di una tutela del libero dispiegamento delle personalità individuali che i sentimenti pongono un serio interrogativo al diritto penale: tutelare sentimenti non significa tutelare stati psicologici, ma promozione di criteri

¹⁵² A. FALZEA, *I fatti*, op. cit., p. 320.

che tendano il più possibile ad una ragionevole regolamentazione degli spazi di realizzazione esistenziale in una cornice di reciproco rispetto.

L'orizzonte della tutela non trova la propria legittimazione nel turbamento psichico eventualmente patito da singoli individui. Le emozioni negative, intese come stati psicologici soggettivi, sono un correlato fenomenico indiziante che può costituire campanello d'allarme, in quanto traducono stati di disagio che possono avere causa in condotte lesive del reciproco rispetto. In questo senso, il diritto deve prestarvi un ascolto supportato da ragioni selettive, consapevole della possibilità che dietro l'emozione si annidi semplicemente un eccesso di suscettibilità, talvolta frutto di un *ethos* che accampa pretese di esclusività, e in questo senso non in sintonia con modelli di convivenza fondati sul rispetto reciproco.

Assecondare con interventi repressivi l'obiettivo di una "tranquillità individuale" rischierebbe di porre il diritto penale proprio a servizio delle soggettività che rifiutano il dialogo: una sorta di braccio armato a libera disposizione del fondamentalista, ossia di quanti non sono disposti ad ammettere limiti alla dispiegabilità intersoggettiva delle proprie concezioni etiche e subordinano le altrui libertà alla propria visione del mondo¹⁵³.

Dietro richieste di rispetto che nella loro dimensione formale appaiano motivarsi come tutela di sentimenti, possono effettivamente sussistere esigenze di

¹⁵³ "Vero rispetto non è trattare il fondamentalista a pacche sulle spalle, è cercare di comunicargli (le strategie non sono semplici) adulto sentimento di realtà": così L. LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in AA. VV., a cura di A. Ceretti-L. Garlati, *Laicità e Stato di diritto*, op. cit., p. 68.

riconoscimento non riducibili ad un problema di mera emotività, e su cui può essere legittimo aprire un discorso dal punto di vista giuridico. In questo senso, una tutela penale *di sentimenti* può rappresentare *un limite* proprio contro istanze volte ad assecondare emozioni che si traducano nel rifiuto del diverso, e nella negazione del reciproco rispetto.

CAPITOLO IV

L'orizzonte di tutela

Sommario: 1. Il sentimento come bene giuridico? - 2. Etiche sentimentalistiche ed etiche razionalistiche. - 3. Il modello dell'eguale rispetto. - 3.1. Rispetto-riconoscimento e rispetto-stima. - 4. Sentimenti ed eguale rispetto. Appunti per una rilettura del sistema. - 4.1. Criticità persistenti: sentimento religioso e pudore. - 5. L'esigenza morale di una tutela orientata alla pari dignità.

1. *Il sentimento come bene giuridico?*

Il problema della legittimazione e delle condizioni di intervento del diritto punitivo, può tradursi, secondo una formula ben nota al penalista europeo continentale, nel quesito se l'oggetto assunto ad ipotetico referente di tutela possa o meno considerarsi "bene giuridico".

Tale impostazione metodologica è tuttavia sempre più di frequente sottoposta a revisione critica: una consapevolezza "disincantata", che ne riconosce oggi limiti euristici.

Sono numerose le voci che nella dottrina italiana hanno affermato il sussistere di una "crisi" della suddetta teorica¹⁵⁴: da un lato, si è annunciata la "dissoluzione" della funzione critica, sul presupposto della negazione di

¹⁵⁴ Nella dottrina straniera, *ex plurimis*, T. HÖRNLE, *Offensive Behaviour*, *op. cit.*, p. 259. Riferimenti al dibattito nella dottrina tedesca in M. DONINI, *Danno e offesa*, *op. cit.*, pp. 1555 ss.

una preesistenza dei beni oggetto di tutela alle scelte del legislatore¹⁵⁵; in termini meno drastici, più inclini ad una critica sul piano metodologico che a giudizi con riflessi sul piano dell'ontologia, si è evidenziato un appannamento della capacità critica del concetto, ipotizzandone la causa in una *“crescente incapacità sociale e istituzionale di opporre la resistenza del pensiero” a quel “corso inevitabile delle cose” che le politiche penali moderne e tardo-moderne tendono sempre più ad assecondare e a rinforzare*¹⁵⁶.

Anche le autorevoli voci che si dichiarano in ultima istanza convinte di una perdurante capacità teorica del concetto di bene giuridico, riconoscono che *“la fondazione positiva [...] di ciò che può essere reato, esige una ricostruzione più complessa, che trova nella Costituzione, per es., solo alcuni, pur rilevanti parametri che convergono insieme nel dare al reato anche un volto positivo di matrice costituzionalistica”*¹⁵⁷.

Il dibattito sulla teoria di una criminalizzazione legittima viene oggi frequentemente affrontato da un angolo visuale innovativo rispetto alla tradizione europeo continentale: ci riferiamo all'accresciuto interesse per l'elaborazione teorica di matrice anglosassone, e in particolare per il pensiero del giusfilosofo Joel Feinberg (v. *supra*). Il discorso sui possibili oggetti della tutela penale contempla oggi più che mai uno scambio dialettico tra le categorie dell'offensività, del principio del danno

¹⁵⁵ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, op. cit., p. 75 ss.

¹⁵⁶ G. FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale*, op. cit., p. 295.

¹⁵⁷ M. DONINI, *Danno e offesa*, op. cit., p. 1576.

(*harm principle*) e del principio della “molestia” (*offense principle*)¹⁵⁸.

Secondo l’opinione di uno degli autori italiani più sensibili ai problemi della teoria del bene giuridico, e dei cosiddetti “limiti morali” del diritto penale, fra le ragioni a sostegno di tale mutamento di prospettiva vi è la sostanziale sterilità di approcci di tipo rigorosamente concettuale-sistematico “*tale per cui, cioè, una preliminare e pregiudiziale definizione concettuale del principio fondamentale [...] implica logicamente, come in una catena di anelli concettuali conseguenti, la necessità della costruzione differenziata di altri principi per giustificare la punibilità di tutto ciò che non è riconducibile al principio di partenza così come aprioristicamente concepito*”¹⁵⁹.

L’idea di bene giuridico, inteso come schema concettuale “asettico” per una teoria della criminalizzazione assiologicamente neutrale, appare sostanzialmente illusoria. Un approccio aperto anche alle dinamiche di bilanciamento sottese alle concezioni dello *harm* e dell’*offense* rivela come “*non è un’aprioristica impostazione concettuale relativa al modo di concepire il bene giuridico (o il danno), bensì sono quelli che riteniamo i principi di fondo dell’ordinamento*

¹⁵⁸ Sul tema, v. i saggi contenuti nel volume di AA. VV., a cura di G. Fiandaca-G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale*, *op. cit.* Per una panoramica introduttiva, v. il saggio, ivi contenuto, di G. FRANCOLINI, *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, pp. 1 ss.

¹⁵⁹ G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA. VV., a cura di A. Cadoppi, *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law*, Milano, 2010, p. 224.

democratico costituzionale i fattori decisivi che concorrono ad influenzare la selezione dei beni legittimamente tutelabili". Ne consegue che "stabilire limiti e portata del penalmente tutelabile è una questione che ha a che fare [...] col modello di democrazia che si presceglie e, quindi, anche col problema dei rapporti tra liberalismo, comunitarismo e – appunto – democrazia"¹⁶⁰.

Dietro la formale etichetta del bene giuridico si profila oggi una realtà complessa, che non richiede al penalista definizioni "sostanziali", bensì esige uno sforzo in una duplice direzione: in primo luogo, l'individuazione di problemi in una dimensione "fattuale"; successivamente, una lettura alla luce di principi normativi sia immanenti che trascendenti il sistema, positivo e costituzionale. Ove disgiunto da uno sfondo di valori che siano idonei a tracciarne i confini, il concetto di bene giuridico non costituisce un paradigma efficace. La selezione degli interessi meritevoli di tutela si gioca su un piano distinto: "i criteri di selezione necessari a tal fine non possono [...] essere utilmente anticipati in sede di definizione (regola d'uso) della formula dottrinarica "bene giuridico", ma dipendono da un orizzonte normativo, sia esso quello di un dato ordinamento giuridico (teoria dei beni costituzionali) o quello di una data opzione politica"¹⁶¹.

La discussione avente ad oggetto la legittimità di una scelta di incriminazione chiama in causa la *dimensione politica* del problema penale, e richiede al giurista

¹⁶⁰ G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA. VV., a cura di G. Fiandaca-G. Francolini, *Sulla legittimazione del diritto penale*, op. cit. pp. 154 s.

¹⁶¹ D. PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista. Una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 132.

l'impegno per una presa di posizione non "mascherata" da una patina di apparente neutralità¹⁶², bensì scientificamente rigorosa e conscia della propria responsabilità "del pensiero".

Sulla base di tali premesse, un interrogativo strutturato come alternativa secca – del tipo: può il sentimento essere considerato bene giuridico? – sembra oggi costituire un quesito sostanzialmente sterile. Risposte positive o negative potrebbero risultare legittimamente argomentabili: il bene giuridico risulta in definitiva un contenitore potenzialmente aperto ad ogni contenuto, comprese le mere concezioni morali¹⁶³.

Se l'opzione si gioca su un piano distinto, appare opportuno trarne le conseguenze anche dal punto di vista metodologico, orientando l'analisi del problema di una tutela di sentimenti come verifica delle possibili condizioni e modalità attuative alla luce di una previa opzione di tipo politico valoriale.

Se si muove da una prospettiva politica tesa alla valorizzazione dei principi del pluralismo liberale, la presa d'atto del profondo significato che assumono i sentimenti per l'essere umano solo superficialmente può apparire come un vettore propulsivo per l'emanazione di divieti: conflitti tra sentimenti devono poter costituire l'*humus* per un accrescimento delle qualità liberali del sistema.

Sotto questo profilo, l'obiezione riguardo alla carenza di determinatezza dei sentimenti¹⁶⁴ non sembra decisiva¹⁶⁵. Anche ove si giungesse a poter delineare in modo

¹⁶² In questo senso, cfr. la critica di G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*, *op.cit.*, p. 210.

¹⁶³ ID., *Diritto penale, tipi di morale, op.cit.*, 154.

¹⁶⁴ M. DONINI, v. *supra*, nota 108.

¹⁶⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale, op. cit.*, p. 42.

normativamente apprezzabile la “consistenza” e l’ “intensità” di uno stato psicologico di turbamento, colmando il deficit epistemologico, residuerebbe il problema fondamentale, ossia la ricerca di criteri che possano preservare la libera circolazione di manifestazioni espressive in un contesto aperto e pluralista. Il monito circa la possibile carenza di tassatività coglie un aspetto rilevante ma che non pare sufficiente ad escludere *in via di principio* la legittimità di interventi penali a tutela di sentimenti; non lo esclude a meno che non si interpreti tale critica come un avallo di forme di intervento incentrate su soli beni *materialmente* afferrabili. Istanze di tipo prettamente “materialistico” costituiscono però un approccio forse troppo riduttivo¹⁶⁶.

Il conseguimento di un’efficace resa sul piano della tassatività appare un problema distinto, e successivo, all’individuazione di criteri di bilanciamento tra contenuti comunicativi della personalità degli individui.

Il legame fra sentimenti e individualità può acquistare una valenza normativa come presupposto del riconoscimento dovuto agli uomini in quanto agenti morali, è tale da fondare doveri di reciproco rispetto: “*la tesi è che la nostra identità sia plasmata, in parte, dal riconoscimento, o dal mancato riconoscimento, o spesso, dal misconoscimento da parte di altre persone. [...]. Il non riconoscimento o misconoscimento può danneggiare, può essere una forma di oppressione che imprigiona una*

¹⁶⁶ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale*, op. cit., p. 547. Lo stesso Donini tuttavia afferma che “*occorre chiarire che difendere la legittimità della tutela di valori e di beni non materiali non sacrifica in nulla il pieno rispetto del principio c.d. di materialità*”, v. M. DONINI, *Teoria del reato*, op. cit., p. 126.

persona in un modo di vivere falso, distorto e impoverito”¹⁶⁷.

È in nome di esigenze legate al riconoscimento, e in particolare tese ad evitare il misconoscimento, che lo strumento giuridico può essere chiamato a porre dei limiti. In questo ambito si gioca la sfida che i sentimenti pongono al diritto penale: riconoscimento di un’eguale dignità fra persone *concretamente* diverse: una prospettiva consapevole della varietà delle preferenze, dei molteplici, possibili stili e concezioni della vita buona.

2. Etiche sentimentalistiche ed etiche razionalistiche

È la conciliabilità tra i vari *ethe* ad interessare drammaticamente il diritto penale contemporaneo.

Che cosa è un *ethos*? L’accezione letterale rimanda al concetto di abitudine e di usanza, intesi come elementi costitutivi della diversità fra popoli e fra individui. Nella filosofia contemporanea il concetto è adoperato per designare “*una complessiva, non necessariamente esplicita, concezione del bene, o uno stile di vita, che può anche avere una radice religiosa, e che in molti casi si identifica con la “cultura” di una qualche comunità di appartenenza, con il modo di sentire e giudicare, i costumi, le norme di questa comunità: in questo senso un*

¹⁶⁷ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas-C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2008, p. 9.

ethos può definire l'identità culturale o religiosa, e lato sensu morale di una persona"¹⁶⁸.

A quali condizioni un *ethos* può essere considerato moralmente adeguato? e qual è il fondamento della moralità?

Tali interrogativi costituiscono oggetto delle analisi di filosofi morali.

Fra le risposte offerte dal pensiero filosofico al problema della genealogia della morale, ai fini della presente analisi appare utile evidenziare la presenza concezioni che adducono il sentire come base su cui improntare l'agire umano per una direzione moralmente adeguata. Si tratta di un indirizzo filosofico che ha come esponente di spicco David Hume, e che affonda le proprie radici nel sentimentalismo inglese di Shaftesbury e Hutcheson¹⁶⁹. Idea portante è la riconducibilità della moralità dell'agire ad una matrice affettiva (per Hume, il cosiddetto principio della simpatia)¹⁷⁰.

Differente è il fondamento posto a base dell'azione morale in etiche di tipo razionalistico, che hanno un ascendente fondamentale nell'elaborazione kantiana: il criterio dell'agire giusto procede dalla razionalità umana, contrapposta a sentimenti e passioni, e fondata su principi morali trascendenti la realtà empirica¹⁷¹.

¹⁶⁸ R. DE MONTICELLI, *La questione morale*, Milano, 2010, pp. 142 ss.

¹⁶⁹ G. MORRA-E. BONAN, voce *Sentimentalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. XVI, Milano, 2010, pp. 10497 ss.

¹⁷⁰ E. LECALDANO, *Prima lezione*, op. cit., p. 27.

¹⁷¹ C. MAZZANTINI-D. SACCHI, voce *Razionalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. XIV, op. cit., pp. 9408 ss. (in particolare, pp. 9417 ss.); per un confronto tra razionalismo e sentimentalismo, di recente, v. E. LECALDANO, *Prima lezione*, op. cit., pp. 45 ss.

La valutazione di “adeguatezza” di un *ethos* è un compito che chiama in causa anche il diritto penale, non sotto il profilo di un giudizio morale, ma su un piano che ha a che fare con ragioni anche morali (v. *infra*). I limiti che il diritto penale è legittimato ad imporre possono avere una matrice sentimentalistica? o devono mantenersi su profili di razionalità, di una moralità filtrata attraverso principi normativi?

Senza addentrarci nell’intenso dibattito sul tema, pare opportuno rilevare come etiche sostantive di tipo puramente sentimentalistico non sembrano poter costituire un idoneo punto di riferimento in una prospettiva volta ad individuare i presupposti di una regolamentazione giuridica. L’esigenza di un filtro normativo sembra trasparire anche dalle riflessioni di uno degli esponenti più autorevoli del sentimentalismo contemporaneo: “*non bisogna confondere il piano della ricostruzione genealogica o genetica della nostra capacità di trarre distinzioni morali, con la riflessione su quali siano i giudizi morali corretti*”. Il che lascia dedurre che l’opzione per una teoria sentimentalistica abbia una valenza in primo luogo metaetica; a livello di etica sostantiva si apre infatti il problema di “[affiancare] *una concezione normativa sul contenuto da privilegiare come moralmente rilevante*”¹⁷².

Da ciò, la critica a concezioni che, recentemente, sulla base degli studi di neuroscienze, si sono mosse nella direzione di offrire una ricostruzione in termini “realistico-emozionali” del sentimentalismo morale: “*queste ricerche [...] suscitano dubbi laddove accampano la pretesa di aver identificato una base fisiologica o biologica a cui l’etica può essere ridotta nella sua interezza [...] Il sentimento morale non va caratterizzato sostantivamente,*

¹⁷² E. LECALDANO, *Prima lezione, op. cit.*, pp. 17; 79.

*anche per non confonderlo con qualche emozione immediata: è invece proprio del sentimento morale il punto di vista riflessivo su tutte le passioni che si presentano senza qualificazione valutativa nella mente di una persona*¹⁷³.

Con un'impostazione forse all'apparenza sentimentalistica, nell'ambito della fenomenologia si osserva che l'attivarsi di una sensibilità, e dunque la formazione di sentimenti, fondano la possibilità di percezione dell'altrui persona. In una dimensione intersoggettiva, assumono un ruolo essenziale due sentimenti: da un lato, l'amore, sentimento relazionale che più di ogni altro contribuisce al risveglio dei vari strati della sensibilità e che si sostanzia nel consentire all'intera individualità con cui ci si rapporta. Dall'altro lato, il sentimento che consente la percezione del valore dell'esistenza degli altri in quanto *persone*: il rispetto.

La prospettiva delineata si arricchisce di contenuti allorquando viene posta in evidenza la dimensione eminentemente politica del rispetto: *“l'estensione della classe di cose cui si considera dovuto misura il livello di civiltà morale di un'epoca. In particolare, l'estensione della classe di persone cui si considera dovuto segna il momento in cui il fondamento della conoscenza morale emerge nella sua indipendenza dalle motivazioni delle altre sfere normative: appartenenza etnica, di genere, politica religiosa*¹⁷⁴.

La connotazione in termini normativi non elimina la matrice sentimentalistica del rispetto¹⁷⁵, bensì lo emancipa

¹⁷³ E. LECALDANO, *Prima lezione, op. cit.*, pp. 42 s.

¹⁷⁴ R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore, op. cit.*, p. 197.

¹⁷⁵ Anche Kant qualifica il rispetto come sentimento: un sentimento *sui generis*, non afferente alla sensibilità umana in senso stretto ma,

da caratterizzazioni soggettivistiche: il rispetto, inteso quale “*base della corretta percezione dell’altro e del corretto comportamento nei suoi confronti*”¹⁷⁶, mantiene una natura disposizionale, costitutiva del soggetto, ma al contempo si pone quale referente per una valutazione in termini normativi dell’ordine assiologico del quale è parte. Condizione necessaria per una convivenza è che gli *ethe*, i vari ordini assiologici in cui si sostanziano le diverse individualità, siano conformi al reciproco rispetto: percepire ogni persona “*in quanto portatrice di valore e quindi in particolare della dignità di qualunque persona come tale*”.

È nella distinzione tra *ethos* ed *etica* che si inquadra uno dei fondamentali dilemmi del pluralismo: *ethos* come ordine valoriale costitutivo del singolo, ed *etica* come limite di fronte al quale gli *ethe* si rapportano in termini di doveroso rispetto. È il rispetto dell’etica che rende gli *ethe* compatibili con un sistema pluralistico. Cosa deve intendersi in tal caso con la parola *etica*? L’etica viene definita come “*ciò che è dovuto da ciascuno a tutti [...] Lo stesso diritto a vivere e fiorire secondo il proprio ethos, che si chiede per sé*”: una nozione nella quale interagiscono, secondo dinamiche di simmetrica reciprocità, profili di diversità fattuale e accenti di doverosità normativa.

In che modo un simile principio può essere tradotto in una prospettiva di politica del diritto?

in un certo senso, “ispirato” dalla ragione: v. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it., Roma-Bari, 2002. Per un’interpretazione del rispetto kantiano in chiave non metafisica, v. C. BAGNOLI, *Rispetto, reciprocità ed eguaglianza democratica*, in AA.VV., a cura di I. Carter-A. E. Galeotti-V. Ottonelli, *Egual rispetto*, Milano, 2008, pp. 81 ss.

¹⁷⁶ EAD., *L’ordine del cuore*, op. cit., p. 199.

3. Il modello dell'eguale rispetto

Un significativa proposta sembra potersi individuare nell'idea di eguale rispetto, così come elaborata nell'ambito della filosofia politica contemporanea. L'idea del rispetto, secondo la fondamentale elaborazione kantiana¹⁷⁷, comporta eguale considerazione degli esseri umani, e costituisce presupposto per consentirne le libertà *sottolineandone al contempo le responsabilità*.

In questa prospettiva, il concetto di dignità assume il significato di potenzialità di scelta e di adesione a concezioni della vita buona. Non si tratta di una valutazione a posteriori basata sulla circostanza che l'individuo abbia o meno fatto uso di tale potenzialità, ma è la titolarità di un simile potere a fondare la necessità di un rispetto per l'individuo¹⁷⁸.

Nella potenzialità di seguire e realizzare la propria "originalità" si fonda il concetto moderno di "autenticità": quella fedeltà a sé stessi *"che riconosce l'importanza morale di una sorta di contatto con me stesso, con la mia natura più intima, la quale è sempre in pericolo di smarrirsi. In parte per un conformismo esteriore, anche perché assumendo un atteggiamento strumentale verso me stesso io posso perdere la capacità di ascoltare questa voce interiore"*¹⁷⁹.

¹⁷⁷ "Trattare l'umanità, così nella tua persona come nella persona di ogni altro, sempre insieme come fine, mai semplicemente come mezzo", è scritto nella memorabile opera del filosofo tedesco, v. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, op. cit., 2002, p. 91.

¹⁷⁸ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, op. cit., p. 28.

¹⁷⁹ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, op. cit., pp. 15 s.

È su tali presupposti che, nell'epoca moderna, si fondano le cosiddette "lotte" per il riconoscimento¹⁸⁰. Il problema non si limita ad una sfera soggettivo-esistenziale, ma acquista una dimensione politica: *"con l'età moderna non è nato il bisogno di riconoscimento, sono nate le condizioni nelle quali il tentativo di farsi riconoscere può fallire"*¹⁸¹. Il bisogno di riconoscimento è intrinseco alla natura umana, ne costituisce un elemento di universalità. Ma proprio il possibile disconoscimento di tale universalità fonda l'esigenza che anche il diritto ne sostenga l'importanza.

Ce lo ricorda, con limpidezza, Jeanne Hersch, quando, nel delineare la dicotomia tra dimensione fattuale e normativa, riconosce come esigenza universalmente avvertita che *"qualcosa è dovuto all'essere umano per il solo fatto che è un essere umano: un rispetto, un riguardo; un comportamento che salvaguardi le sue occasioni di fare di sé stesso l'essere che è in grado di divenire; il riconoscimento di una dignità che egli rivendica perchè aspira consapevolmente a un futuro, e perchè la sua vita trova in questo un senso di cui è pronto a pagare il prezzo"*¹⁸².

Nell'orizzonte liberale, il problema del riconoscimento si pone a cavallo tra la prospettiva di diritti di libertà e il limite di divieti: non si declina in una dimensione univoca, ma costituisce l'esito di un'equilibrata interazione. Se il riconoscimento ha un senso in quanto attribuzione di rilevanza allo "statuto esistenziale" dell'individuo, alla sua

¹⁸⁰ *Ex plurimis*, J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. Habermas-C. Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, op. cit., pp. 63 ss.

¹⁸¹ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, op. cit., p. 20.

¹⁸² J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, tr. it., a cura di F. De Vecchi, Milano, 2008, p. 71.

libertà di aderire al proprio *ethos*, l'obiettivo di una positiva attuazione procede attraverso la realizzazione delle condizioni in cui possa verificarsi la sua "fioritura". Possiamo identificare tale obiettivo con il concetto di "libertà democratica": la "*libertà delle persone di costituire e ricostituire cerchi di mutuo riconoscimento, religioso, politico, sociale, culturale, etico, selezionando fra un insieme di identità sociali possibili, vecchie e nuove a un tempo dato*",¹⁸³.

Essa appare il frutto di dinamiche che si fondano su spazi di libertà *dall'*azione statale, ma che possono talvolta richiederne l'intervento anche in forma positiva. La libertà di poter seguire il proprio *ethos* si realizza consentendo ad una persona di vivere la propria individualità anche tutelandone le libertà da forme di "tirannia" valoriale dettate dal sentire maggioritario o dal "gruppo di appartenenza".

Una prospettiva di intervento non dovrebbe avere ad oggetto principi o concezioni valoriali *in sè*, nella loro dimensione sovraindividuale e impersonale. I cosiddetti "valori", intesi come principi su cui un soggetto impronta la propria vita, specie con riferimento alla sfera morale, possono assumere rilevanza *se e in quanto* elementi costitutivi del modo d'essere degli individui¹⁸⁴: è l'eventuale profondo legame con la persona a poterli rendere elementi collaterali, ma non referenti di un'ipotetica tutela. Destinatari del rispetto sono gli individui: con riferimento al fenomeno della

¹⁸³ S. VECA, *Dizionario minimo. Le parole della filosofia per una convivenza democratica*, Milano, 2009, p. 15.

¹⁸⁴ Sul tema, v. R. DE MONTICELLI, *La questione morale, op. cit.*, p. 140.; cfr. J. RAZ, *I valori fra attaccamento e rispetto*, tr. it., a cura di F. Belvisi, Reggio Emilia, 2003, pp. 13 ss.

multiculturalità, si è affermato che “*culture e tradizioni possono avere un valore estetico, storico e archeologico, ma non intrinsecamente morale. Il loro valore morale deriva dal fatto che sono importanti e fonti d’ispirazione per i loro membri e non in sé*”¹⁸⁵.

Un’ottica di rispetto incentrata sulle persone, e non sui valori di appartenenza, assume a referente di tutela l’individuo non solo *data* la sua aderenza a particolari assetti valoriali e stili di vita, ma anche ove intenda discostarsene: “*si violano i diritti di un essere umano sia impedendogli di aderire a un contesto e ai dati della sua vita, sia rifiutandogli il diritto di affrancarsene*”¹⁸⁶.

È in questo senso che l’eguale rispetto costituisce fondamento morale del diritto penale, e può contribuire a tracciare le coordinate etiche per eventuali interventi in relazione a sentimenti.

3.1. Rispetto-riconoscimento e rispetto-stima

L’elaborazione del binomio concettuale costituito dal rispetto-riconoscimento e dal rispetto-stima¹⁸⁷ distingue tra l’atteggiamento di necessario e aprioristico riguardo di cui ogni essere umano è contemporaneamente titolare e debitore nei confronti degli altri individui, e un giudizio più approfondito, “*un atteggiamento che consegue alla considerazione positiva del carattere, delle condotte, dei risultati conseguiti da una particolare persona*”¹⁸⁸, che in

¹⁸⁵ A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010, p. 137.

¹⁸⁶ J. HERSCH, *I diritti umani*, op. cit., p. 67.

¹⁸⁷ S. DARWALL, *Two kinds of respect*, in *Ethics*, 1977, pp. 36 ss.

¹⁸⁸ A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto*, op. cit., p. 77.

quanto tale è connesso ad una valutazione di meritevolezza che potrebbe anche mutare. Il rispetto come riconoscimento non può invece venir meno di fronte a nessuno, neppure di fronte al criminale più efferato o a chi si sia reso autore di azioni che travalicano ogni idea di umanità¹⁸⁹. Chi afferma che rispetto a determinati comportamenti esiste l'eventualità che un soggetto perda tale *status*, procede sulla base di un'ulteriore specificazione, la quale individua nel rispetto come riconoscimento due componenti distinte: il sentimento di riguardo e la disposizione ad agire. La perdita del rispetto come riconoscimento può intaccare solo il sentimento di riguardo: “*mentre possiamo sospendere l’atteggiamento di rispetto – smettendo di considerare quell’uomo degno del nostro riguardo – non possiamo ignorare i vincoli morali delle nostre azioni nei suoi confronti*”¹⁹⁰.

L'eguale rispetto, nell'accezione del rispetto-riconoscimento, è definito ragione *morale* alla base dell'ordinamento liberaldemocratico, in quanto punto di incrocio normativo tra diverse concezioni del mondo: “*esso rappresenta il principio che conferisce all’accordo politico, costituzionale e post-costituzionale un valore morale oltre a quello convenzionale e pragmatico di generale consenso*”¹⁹¹. Nell'ambito delle moderne teorie della giustizia, la valorizzazione normativa del rispetto è intrinseca al riconoscimento di eguale dignità: fondamentale è l'attributo che colloca il rispetto in una prospettiva di eguaglianza sostanziale¹⁹². *Eguale* rispetto

¹⁸⁹ R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore*, op. cit., p. 199.

¹⁹⁰ A.E.GALEOTTI, *La politica del rispetto*, op. cit., p. 84.

¹⁹¹ Le definizioni sono di A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto*, op. cit., pp. 9 ss.

¹⁹² Sul tema, vedi, recentemente, i saggi contenuti nel volume di AA.VV., a cura di I. Carter-A.E.Galeotti-V. Ottonelli, *Eguale*

come modalità di approccio “*non gerarchico, ma simmetrico, ossia il tipo di rispetto che è proprio di una comunità in cui le persone si trattano da eguali*”¹⁹³, e che ambisce ad estendere prerogative e libertà a coloro per i quali il sistema dei diritti non è ancora riuscito a garantire un adeguato riconoscimento¹⁹⁴.

Nelle moderne democrazie liberali, il problema del rispetto come forma di riguardo dovuto all’individuo in quanto tale può orientarsi in una duplice prospettiva.

Come principio per la legislazione esso è posto a fondamento di qualsiasi normazione ed esprime una qualità della stessa determinazione statutale: una prospettiva che precede i problemi di una realizzazione a livello intersoggettivo, ma interessa in modo diretto il rapporto tra le maggioranze (di potere) e la compagine sociale: “*l’eguale rispetto appare in questa luce come una generalizzazione della dignità e dell’onore [...]. In altri termini, l’eguale rispetto è come l’esito di un processo di costituzione di una comunità di pari, di una comunità di mutuo riconoscimento: la comunità dell’eguale status di cittadinanza*”¹⁹⁵.

Una legislazione improntata al rispetto muove dal presupposto che, a fronte di richieste di riconoscimento e di rivendicazioni connesse a differenze (culturali,

rispetto, op. cit.; A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto, op. cit.*; v. anche S. VECA, *Dizionario minimo, op. cit.*, pp. 119 ss.; C. LARMORE, *Dare ragioni. Il soggetto, l’etica, la politica*, Torino, 2008, pp. 122 ss.; J. RAZ, *I valori, op. cit.*, pp. 111 ss.

¹⁹³ I. CARTER-A. E. GALEOTTI-E. OTTONELLI, *Introduzione*, in AA. VV., *Eguale rispetto, op. cit.*, XIII.

¹⁹⁴ A.E.GALEOTTI, *La politica del rispetto, op. cit.*, pp. 127 ss. Per un esame della imperfetta corrispondenza tra rispetto e diritti, v. *ivi*, pp. 100 ss.

¹⁹⁵ S. VECA, *Dizionario minimo, op. cit.*, p. 129.

religiose), vi sono aspetti non negoziabili e aspetti su cui può risultare ragionevole opporre un diniego¹⁹⁶. È negoziabile l'oggetto della rivendicazione: di fronte alla richiesta di riconoscimento di particolari diritti che possano interferire, se non collidere, con sfere di libertà di terzi, un ordinamento può rifiutare il riconoscimento. Ciò che viene definito come non negoziabile è l'atteggiamento di riguardo che deve accompagnare anche i dinieghi alle richieste di riconoscimento: *“saranno i modi (rispettosi) della trattativa, in cui l'altro è considerato una controparte alla pari, a significare rispetto”*. Si manifesta in questo caso la distinzione tra rispetto e diritti: anche un mancato riconoscimento di diritti può (deve!) essere accompagnato dal dovuto rispetto, e allo stesso modo *“si possono concedere diritti eguali e continuare a non considerare e a non trattare da eguali i titolari degli stessi”*¹⁹⁷. La possibile divaricazione fra rispetto e diritti non sottende un divorzio, ma costituisce il dato di base da cui procedere verso l'obiettivo di un tendenziale congiungimento. Tale imperfetta corrispondenza pone in luce come l'orizzonte del rispetto non si esaurisca in uno schema diritti-doveri, ma interessi, anche in chiave simbolica, aspetti comunicativi della legislazione e dell'etica pubbliche.

Quale problema relazionale, il rispetto come riconoscimento costituisce la piattaforma essenziale anche con riguardo ai rapporti tra cittadini: solo in base ad un

¹⁹⁶ A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto, op. cit.*, p. 142.

¹⁹⁷ Citazioni tratte da A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto, op. cit.*, pp. 143; 129. Per una prospettiva del rispetto come isotimia, ossia eguaglianza di prerogative di fronte alle determinazioni del potere, v. G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Milano, 1957, p. 216.

riconoscimento reciproco, tra esseri eguali, si può aprire una discussione sui modi, sulle forme e sui limiti di un'eventuale stima reciproca. Forme di dissenso intersoggettivo che non pregiudichino il rispetto come riconoscimento, ma che si atteggiino a confronto, pur aspro, tra opinioni e orientamenti etici, sono fisiologiche in una società pluralista: un problema tradizionalmente ascritto al principio della cosiddetta tolleranza liberale¹⁹⁸. Ciò che in questo caso viene in gioco, e su cui è legittimo attendersi contrasti anche forti, è il rispetto nella variante della possibile stima, il quale non è un requisito indefettibile: *“se la valutazione di altrui forme e progetti di vita non richiede la stessa adesione universale di cui godono i giudizi di giustizia o gli enunciati di fatto, noi possiamo rispettare ciascuno in egual modo senza dover nutrire la stessa stima per tutti i modi di vita”*¹⁹⁹.

Diverso è il caso in cui il dissenso non abbia ad oggetto modi d'essere delle persone, ma si atteggi in modo più radicale, importando il disconoscimento della pari dignità degli individui come agenti morali. In questo caso, a venir meno è il rispetto nella forma del riconoscimento reciproco, un problema definito “di discriminazione”: *“verso chi è diverso è d'obbligo innanzitutto evitare la discriminazione, e dunque mostrare pari rispetto per tutti -*

¹⁹⁸ In questo senso cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 230: *“altro è il problema della tolleranza di credenze o opinioni diverse, che implica un discorso sulla verità e la compatibilità teorica o pratica di verità anche contrapposte; altro è il problema della tolleranza di colui che è diverso per ragioni fisiche o sociali, un problema che mette in primo piano il tema del pregiudizio, e quello della conseguente discriminazione”*. Sul tema della tolleranza, v., per tutti, A. E. GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Napoli, 1994.

¹⁹⁹ J. HABERMAS, *Tra scienza e fede, op. cit.*, p. 163.

*e non la tolleranza, come verso chi la pensa diversamente*²⁰⁰.

4. Sentimenti ed eguale rispetto. Appunti per una rilettura del sistema

Cosa significa evitare la discriminazione? Il problema normativo dei sentimenti interpella entrambe le dimensioni del rispetto. Una rilevanza prioritaria spetta al momento del rispetto-riconoscimento. La diversità fra esseri umani non sembra poter essere realisticamente regolamentata in sede normativa nell'obiettivo di imporre una stima reciproca.

L'orizzonte del rispetto non si incarna in una dimensione di atarassica immunità da eventuali forme di critica, anche accese. L'obiettivo è in primo luogo distinguere forme di mera offesa *a* sentimenti da aggressioni all'eguale dignità e libertà *nei* sentimenti. Il lessico dei sentimenti addita, ad un livello più generale, la diversità fra esseri umani: libertà nei sentimenti significa essere rispettati (non discriminati) dati i valori che compongono la propria struttura esistenziale.

Nell'ottica del diritto penale, di una regolamentazione finalizzata a mantenere le basi di una convivenza civile, l'obiettivo è preservare le condizioni perché ci si possa riconoscere come eguali titolari di libertà nel rispetto di ciò che abbiamo visto essere definito come etica, ossia con il limite di quanto è dovuto da ciascuno a tutti.

La prospettiva dell'eguale rispetto appare dunque l'aspirazione che, in modo più o meno esplicito, accomuna tutti coloro che, riconoscendosi in particolari concezioni

²⁰⁰ ID., *ibidem*.

comprehensive, rappresentano gli attori della dialettica pluralista.

Argomenti comuni nelle rivendicazioni di parti contrapposte sono “*il rifiuto dell'imposizione, sia essa in nome della neutralità e della verità [e] il rifiuto di una considerazione diseguale [...] che deriverebbe dal trionfo della posizione politica avversa*”²⁰¹.

Così formulata, la teorica evidenza ha due istanze differenti, entrambe costitutive dell'idea di rispetto, ma che si pongono su piani distinti, in una relazione che appare legata all'idea di uno sviluppo *progressivo*, alla cui base vi è l'affermazione di diritti di libertà, e il cui naturale sviluppo dovrebbe essere costituito dalla *eguale considerazione* dei titolari dei diritti.

Prendiamo in considerazione la prima rivendicazione, ossia il rifiuto dell'imposizione.

La storia degli ordinamenti penali moderni mostra come il discorso su sentimenti ed emozioni dal punto di vista normativo si sia spesso rivelato strumentale ad un mascheramento, dietro le effigie di un bene personalistico, della volontà di porre il presidio penale a tutela di particolari concezioni etiche. In questo senso, ricordiamo l'argomentazione del principale esponente del moralismo giuridico, il quale afferma che “*Every moral judgement, unless it claims a divine source, is simply a feeling that no right-minded man could behave in any other way without admitting that he was doing wrong. It is the power of a common sense and not the power of reason that is behind the judgements of society*”²⁰².

²⁰¹ A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto, op cit.*, p. 35.

²⁰² P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, New York-Toronto, 1965, p. 17.

In un'ottica liberale, ben compendiata nella replica elaborata sul punto da Herbert Hart²⁰³, non risulta accettabile che una condotta umana possa essere incriminata solo in quanto non conforme ai dettami di un sentire avvertito come “maggioritario”. Il rifiuto dell'imposizione è l'istanza per la concretizzazione della soglia minima di rispetto, e rappresenta il fondamento dell'*ethos* liberale: “*la specifica moralità del diritto di democrazie liberali è giusto il contrario di un enforcement of morals che appresti il braccio secolare a supporto di una concezione particolare dell'ethos, ancorché maggioritaria*”²⁰⁴.

Le esigenze che si pongono come prioritarie sono innanzitutto esigenze di (tutela delle) libertà. Si tratta di un'opzione che sottende l'adesione ad una concezione della libertà e della pluralità come *valore*, e non solo come dato di fatto. In questo senso, si è osservato che interesse di una democrazia liberale seriamente intenzionata alla realizzazione di un pluralismo non propagandistico è “*non tollerare passivamente la pluralità di visioni del mondo e concezioni religiose, le diversità culturali, ma [...] addirittura impegnarsi a stimolarle e promuoverle, proprio per non inaridire il giacimento del pluralismo e della molteplicità la cui ricchezza è una delle funzioni della laicità*”²⁰⁵: attivare quindi circuiti discorsivi e di

²⁰³ H.A.L. HART, *Diritto, morale e libertà*, a cura di G. Gavazzi, Acireale, 1968, p. 97.

²⁰⁴ D. PULITANÒ, *Etica e politica, op. cit.*, p. 509.

²⁰⁵ G. FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità, op. cit.*, p. 374. In questo senso, v. anche l'analisi di O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione, op. cit.*, p. 32: “*la democrazia non deve limitarsi a presupporre il pluralismo (delle credenze, degli interessi, delle concezioni della vita buona) ma deve altresì assumerlo come obiettivo normativo. L'unità cui mira il processo*

cooperazione interculturale che favoriscano il dispiegarsi di un “potenziale di verità”. Sullo sfondo di tali asserzioni, l’idea centrale è che un interesse alla verità debba caratterizzare la moderna democrazia liberale, esserne parte *costitutiva*²⁰⁶, orientarne il dibattito e contrassegnare l’opzione politica perché una discesa verso il relativismo non conduca al nichilismo²⁰⁷.

Anche da un punto di vista fenomenologico, la diversità è un valore da preservare, e non da conculcare: l’apertura ad una dialettica fra pluralità di concezioni della vita buona è uno stimolo ad una possibile “maturazione collettiva”, in quanto facilita per i singoli le occasioni di confronto con il pluralismo e di apertura alle diversità, poichè “*di quanta più realtà una sensibilità diventa capace, tanto più esatto sarà, da un lato, il sentimento delle differenze e delle priorità*”²⁰⁸. Al contrario, l’assenza di un’adeguata strutturazione può comportare incapacità di percepire l’esistente e dunque di relazionarsi con esso.

La formula dell’ “*enforcement of morals*”, nella sua radicalità, appare forse eccessiva per descrivere la realtà

democratico non deve realizzarsi nonostante il pluralismo, ma per il pluralismo”.

²⁰⁶ M.P. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, tr. it., Milano, 2007, pp. 228 ss.

²⁰⁷ Sulla distinzione tra pluralismo, relativismo e nichilismo, vedi la cristallina trattazione di D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, op. cit., pp. 49 ss. In ambito giuridico, sul problema dell’ambiguità retorica del termine “relativismo”, in una prospettiva volta a recuperarne la valenza positiva, quale sinonimo di pluralismo democratico fondato su valori (di tolleranza e di rispetto), e non di nichilistico livellamento etico, v., recentemente, D. PULITANÒ, *Laicità, multiculturalismo, diritto penale*, in AA. VV., a cura di L. Risicato-E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo*, op. cit., pp. 228 s.

²⁰⁸ R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore*, op. cit., p. 169.

del sistema italiano, anche con riguardo alle norme più “discutibili”. Inteso come criminalizzazione di condotte che appaiano del tutto prive di un riscontro in termini di dannosità laica, e dunque di consistenza puramente moralistica, il problema sembra interessare un novero di fattispecie esiguo, e di scarsa applicazione nella realtà pratica²⁰⁹.

Ciò tuttavia non significa che non siano ravvisabili aree di intervento normativo ancora caratterizzate da un rispetto diseguale.

Se l’idea di eguale rispetto costituisce una ragione contraria a forme di avallo a sentimenti per il solo fatto che possano risultare comuni alla maggioranza dei cittadini, ne consegue che in primo luogo debba essere superata la teorica delle “oggettivazioni sociali”, poichè la diffusione di un sentimento, ove percepibile, non è un approdo da cui poter trarre *univoche* direttive di politica del diritto.

²⁰⁹ Oltre alla norma sulla pedopornografia virtuale, una fattispecie ricca di aspetti problematici dal punto di vista dei rapporti tra morale e diritto, ed in cui l’identificazione del bene tutelato sembra essere strettamente connesso al tema del sentire umano, è l’incesto. Il pubblico scandalo menzionato nell’art. 564 c.p., al di là della qualificazione dogmatica, evoca profili di disvalore legati ad un possibile turbamento della sensibilità collettiva. Di recente, per un’analisi del problema tesa all’approfondimento degli ipotetici danni psichici legati alle condotte incestuose, e dunque orientata a ricercare un coefficiente di lesività non moralistico, v. il recente studio di G. Dodaro a commento della pronuncia della Corte Costituzionale tedesca che ha negato l’illegittimità costituzionale del §173 StGB (*BverfG 2 BvR 392/07* del 26 febbraio 2008): G. DODARO, *La Corte Costituzionale tedesca e l’incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, pp. 2115 ss.

Non sempre si tratta di un'imposizione tramite *divieti* all'esercizio di libertà che si pongano in "concorrenza" rispetto all'assetto valoriale che si intenda tutelare. Come evidenziato in precedenza, le richieste di rispetto assumono il significato di rivendicazioni di libertà, intesa come non-imposizione, e di istanze di *eguale considerazione*.

Una rottura degli equilibri di rispetto può derivare dalla presenza di un regime di tutela "privilegiato" per particolari visioni etiche. Problemi di convivenza non si risolvono con l'avallo di singole concezioni a discapito di altre: una società culturalmente disomogenea non può ricercare una fittizia coesione dietro mascheramenti neoidentitari che, tutelando la forma del sentire dominante, attribuiscono implicitamente patenti legittimità al modo d'essere della maggioranza.

Tale esiti sembrano essere il frutto di un vero e proprio slittamento di senso: il fenomeno del sentimento non viene considerato quale proiezione dell'originalità e della diversità fra individui - e dunque a sostegno di politiche del diritto volte a favorire la costruzione di un sistema che offra riconoscimento alla pluralità di opzioni etiche e visioni del mondo - ma diviene elemento indiziante di inclinazioni soggettive la cui consistenza quantitativa viene posta a fondamento di interventi dal sapore "identitario".

4.1. Criticità persistenti: sentimento religioso e pudore

Nella realtà italiana, il settore in cui si addensano più criticità è quello dei delitti in materia di religione.

Il lessico delle confessioni, come oggi previsto dalla normativa, addita infatti un canone selettivo fondato su forme organizzative di tipo pubblico istituzionale, tradizionalmente pertinenti ad una definita tipologia di concezioni²¹⁰ e tale da escludere tutte le forme di religiosità cosiddetta “negativa”.

Siamo di fronte ad un “egualitarismo parziale” rispetto alla multiformità di concezioni spirituali che un individuo può avere propensione a coltivare nel percorso esistenziale. Nel complesso, non si tutelano sentimenti individuali, ma si rimane ancorati ad un sistema ancora discriminatorio verso chi coltiva forme di religiosità “diversa”²¹¹. Il legislatore conferma un *favor* verso

²¹⁰ *Ex plurimis*, T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, op. cit., p. 28. Cfr. V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose*, op. cit., pp. 65 ss. Sul problema dei criteri identificativi di una confessione religiosa v., *ex plurimis*, B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano, 2008, pp. 33 ss.; F. BASILE, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, op. cit., art. 403, p. 2957.

²¹¹ Cfr. G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede e diritto penale: percorsi di laicità*, in AA. VV., a cura di L. Risicato-E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo*, op. cit., pp. 57 ss.; sottolinea la peculiare valenza emozionale del sentimento religioso rispetto ad altri sentimenti V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose*, op. cit., p. 124 s. Nella giurisprudenza costituzionale, un riconoscimento delle forme di religiosità negativa è rinvenibile nella sentenza n. 117 del 1979, la quale dichiarò l’illegittimità parziale dell’art. 251 c.p.c. (formula del giuramento nella quale si ammoniva circa l’impegno assunto di fronte a Dio), per violazione dell’art. 19 Cost., nella parte in cui non prevedeva l’inciso “se credente”. Secondo la Corte che “*La libertà di coscienza, riferita alla professione sia di fede religiosa sia di opinione in materia religiosa, non è rispettata sol perché l’ordinamento statale non impone a chicchessia atti di culto [...]; la libertà è violata, infatti,*

manifestazioni della spiritualità improntate su un'ottica tradizionale che si identifica nelle classiche forme di organizzazione delle religioni²¹².

Preso atto di una scelta che, sotto il profilo penale, attesta la non indifferenza dello Stato verso manifestazioni di tipo religioso, appare ragionevole ipotizzare che uno spostamento dell'asse discorsivo verso l'intima scelta del singolo, intesa come fatto interiore di coscienza che si esprime nella professione di qualsivoglia culto o visione etica, potrebbe favorire l'afflusso di nuove inclusive ragioni all'interno della stessa dialettica sociale, poichè

*anche quando sia imposto al soggetto il compimento di atti con significato religioso [...] Da ultimo, le disposizioni che prevedono la prestazione del giuramento con la formula prescritta nell'art. 251, secondo comma, del codice di procedura civile, sono viziate, per ciò che concerne i testimoni non credenti, da sicura contraddittorietà perché contrasta con la ratio dell'istituto costringere qualcuno a giurare al fine di vincolarlo nei confronti di un essere di cui disconosce l'esistenza". Si è osservato che "siamo ben lontani dall'unica possibile prospettiva di tutela nello Stato laico: quella che si fonda su una considerazione paritaria di tutte le opzioni individuali in materia di fede, quindi anche delle opzioni agnostiche ed atee" P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione*, op. cit., p. 87. Per una tutela senza distinzioni tra religiosità positiva e negativa, v. anche V. MORMANDO, *Religione, laicità*, op. cit., p. 665. Cfr. anche R. BIN, *Libertà dalla religione*, in AA. VV., a cura di R. Bin-C. Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, pp. 39 ss.*

²¹² *"In conclusione, la discriminazione religiosa che nell'impianto originario del codice Rocco si palesava con un'evidenza coerente ai principi costituzionali dell'epoca, ora, nello Stato repubblicano [...] si realizza attraverso strade più nascoste e contorte": così G. CASUSCELLI, *Appartenenze/credenze di fede*, op. cit., pp. 65.; N. MARCHEI, *La giurisprudenza ordinaria in materia penale: le contraddittorie anime del principio di laicità*, in www.statoechiase.it, 2/2009, pp. 11 ss.*

offrendo pari riconoscimento alla mistica dimensione del fedele come all'intensa adesione ad un "ateismo eticamente impegnato"²¹³ si aprirebbe la strada ad un recupero assiologico per concezioni del mondo ancora ritenute "manchevoli" da esponenti del post-secolarismo, ma alle quali è ovviamente dovuto un eguale rispetto per un dialogo su valori e ragioni dell'esistenza umana²¹⁴.

Non è tuttavia nel segno di opzioni repressive a favore di tutte le possibili forme di spiritualità, che sembra potersi realizzare una prospettiva di rispetto reciproco. Una "moltiplicazione delle vacche sacre"²¹⁵, rischierebbe di

²¹³ La definizione è di P. SIRACUSANO, *I delitti*, op. cit., p. 282. Lo stesso Mario Romano riconosce il completo silenzio serbato dal legislatore "su forme di agnosticismo o di ateismo attivo, praticato con personali accenti di doverosità morale", concludendo tuttavia che esso "non porterebbe ad alcuna "discriminazione ideologica [...] perché per eventuali offese arrecate a forme associative ispirate a pur radicate convinzioni areligiose o agnostiche non è parso seriamente evocabile, nella situazione del nostro Paese, un qualsiasi rischio per la tranquillità" v. M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, op. cit., p. 214.

²¹⁴ Sul tema, sconfinato, dei rapporti tra morali laiche e morali religiose, vedi, da ultimo, le riflessioni di R. DE MONTICELLI, *I valori condivisi dell'umanesimo ateo*, in *La Repubblica*, 22 agosto 2009; EAD.; *L'irrinunciabile verità della ragion pratica*, in *Micromega. Almanacco di filosofia. Dio, nichilismo, democrazia*, 2009, pp. 39 ss. Cfr. anche E. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Bari, 2008, pp. 30 ss. Per un'intensa testimonianza di laicità filosofica che si dichiara "non estranea" al "mistero" dell'esistenza, v. N. BOBBIO, *Religione e religiosità*, ora in *Micromega*, 2/2010, pp. 122 ss.

²¹⁵ "Aggregate all their taboos and you have a vast herd of sacred cows", Così T.G. ASH, *We must stand up to the creeping tyranny of the group veto*, in *The Guardian*, 2 marzo 2006. Esprime simili preoccupazioni anche lo scrittore Javier Marias, in un recente commento ad un progetto di riforma del codice penale spagnolo: v.

portare all'ingolfamento del dibattito democratico. Il mondo dei fondamentalismi *in primis*, ma anche certe degenerazioni interne alle religioni che tradizionalmente popolano l'occidente liberale e il nostro stesso Paese, specie quando sospinte da suggestioni neoidentitarie²¹⁶, evidenziano quanto facilmente il sentimento religioso, o parareligioso, possa trasformarsi in mera suscettibilità²¹⁷.

La prospettiva auspicabile dovrebbe essere nel segno di una scelta abrogazionista, che salvaguardi norme a tutela della libertà di esercizio e manifestazione del culto. In questo senso, è condivisibile il progetto di società laica come definito da Dworkin: *“una comunità laica e tollerante deve [...] trovare la giustificazione della libertà religiosa in un più fondamentale principio di libertà da cui scaturisca una concezione più ampia delle sfere di valore in seno alle quali le persone devono essere lasciate libere di fare le proprie scelte. Questo significa che deve trattare la libertà di religione come un aspetto di un diritto più*

J. MARIAS, *Umiliazione, ostilità e dignità offesa. Se il codice penale diventa psicologo*, in *Corriere della Sera*, 28 marzo 2010. Nella dottrina italiana, v., *ex plurimis*, V. MORMANDO, *Religione, laicità*, *op. cit.*, p. 668.

²¹⁶ Sul problema, recentemente, v. C. MANCINA, *Laicità e politica. Prove di ragione pubblica*, in AA. VV., a cura di L. Risicato-E. La Rosa, *Laicità e multiculturalismo*, *op. cit.*, pp. 5 ss. Recentemente, per una critica alle tendenze identitariste e al concetto di identità, definita *“parola avvelenata”*, v. F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari, 2010.

²¹⁷ Da ciò, la fondatezza delle critiche rivolte alla sua considerazione quale oggetto di tutela penale Evidenzia la possibilità che l'intervento finisca per tutelare prevalentemente i soggetti *“intolleranti”* C. VISCONTI, *Aspetti penalistici*, *op. cit.*, pp. 199 ss. Per una diversa prospettiva, vedi l'analisi del §261 del codice penale svizzero in V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose*, *op. cit.*, pp. 77 ss.

generale alla libertà, non semplicemente religiosa ma etica”²¹⁸.

Più in linea con un ideale di rispetto appare la realtà applicativa dei reati a tutela del pudore, quantomeno a seguito della reinterpretazione del bene oggetto di tutela come libertà a non essere coinvolti contro la propria volontà nel contatto con atti, immagini o rappresentazioni aventi contenuto osceno. Criticità persistono nella determinazione dei parametri atti a definire il contenuto dell’oscenità. In questo senso, in un terreno fortemente controverso quale l’etica sessuale, il problema di un nucleo minimo di rispetto per le libertà può ancora risultare di difficile definizione. L’imposizione eteronoma di un’etica della sessualità può ripresentarsi in forme diverse, quale “tirannia” di un sentire comune che, adducendo possibili reazioni di disgusto collettivo, arrivi ad invocare restrizioni per condotte non “ortodosse” rispetto ai canoni della maggioranza. Vale anche per il diritto italiano il monito di Martha Nussbaum, del resto già accolto dalla dottrina italiana²¹⁹: di fronte a pretese di tutela suscettibili di tradursi in un sostanziale diniego di diritti di libertà nei confronti di gruppi e categorie di persone, è doveroso un approfondimento delle ragioni psicologiche alla base di tale repulsione, al fine di disvelare e arginare l’irrazionalità di fondo che, se trasfusa in dettami normativi, potrebbe condurre ad esiti discriminatori²²⁰.

L’etica sessuale è uno degli ambiti privilegiati per verificare il gradiente emotivo che, in modo più o meno evidente, permea le particolari scelte legislative.

²¹⁸ R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, tr. it., Milano, 2007, p. 72.

²¹⁹ G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità*, *op. cit.*, p. 231.

²²⁰ M. NUSSBAUM, *Nascondere l’umanità*, *op. cit.*, pp. 95 ss.

Nell'ordinamento italiano, malgrado le innovazioni che rendono oramai evanescente la denominazione del titolo IX del codice e ne svuotano sostanzialmente il contenuto superstite dopo la riforma dei reati sessuali nel 1996, il processo di ripulsa degli eticismi non è da considerarsi definitivamente compiuto: la conferma deriva da disposizioni penali complementari tuttora vigenti, sebbene oramai prive di applicazioni concrete²²¹, mentre un'inclinazione al soggettivismo con accenti moralistici sembra talvolta affiorare nell'applicazione dei reati sessuali²²². Una marcata inclinazione verso il puro moralismo giuridico contrassegna taluni aspetti dell'attuale normativa di contrasto alla pedopornografia, e si pone quale univoca fonte ispiratrice di recenti e inquietanti disegni di legge²²³. Segnale esemplificativo di uno

²²¹ V. l'art. 15 della legge 8 febbraio 1948 n. 47, il quale punisce, ai sensi dell'art. 528, la pubblicazione "*di stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti*". Di fronte all'ipotesi di incostituzionalità, la Consulta, chiamata a pronunciarsi nel 2000, ha dichiarato non fondata la questione con una sbrigativa sentenza: v. C. Cost., n. 293/2000, in *Giur. Cost.*, 4/2000, con nota di A. ODDI, *La riesumazione dei boni mores*, pp. 2245 ss.

²²² Per una ricognizione delle concezioni soggettivistiche ed oggettivistiche del sintagma "atti sessuali", v., per tutti, A. CADOPPI, *art. 609bis*, in AA. VV., a cura di A. Cadoppi, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, pp. 461 ss.

²²³ Il riferimento è al progetto di legge presentato nel corso della XVI legislatura (proposta di legge n. 665) rubricato "*Reato di pedofilia e pedopornografia culturale*", che prevede l'introduzione nel codice penale dell'art. 414bis, così formulato: "*Salvo che il*

scivolamento verso il suddetto paradigma è la fattispecie cosiddetta di “pedopornografia virtuale”, vero campanello d’allarme per un possibile avallo di concezioni soggettivizzanti del diritto penale orientate verso la mera colpa “morale”, che stigmatizzano comportamenti pur discutibili, in relazione ai quali non si conoscono tuttavia al momento gli effettivi riscontri di dannosità²²⁴.

fatto costituisca più grave reato, chiunque, con qualsiasi mezzo e forma di espressione, anche con il mezzo telematico e al solo fine culturale, pubblicamente legittima, diffonde giudizi legittimanti, istiga a commettere o effettua apologia delle condotte previste dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.I, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater e 609-quinquies, compiute con minorenni, è punito con la reclusione da tre a cinque anni”.

²²⁴ Si riscontra in dottrina una sostanziale concordia circa la profonda contraddittorietà tra la disposizione di cui all’art. 600quaterI c.p. e i principi che dovrebbero caratterizzare il cosiddetto diritto penale “del fatto”: v., *ex plurimis*, A. CADOPPI, *L’assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida dir.*, 9/2006, p. 40; M. DONINI, *Danno e offesa*, *op. cit.*, pp. 1580 s.; T. PADOVANI, *Dieci anni di lotta alla pornografia minorile tra realtà virtuale e zone d’ombra*, in *Guida dir.*, 1/2009, pp. 13 s.; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 888 ss. Sul problema dell’assenza di riscontri del carattere criminogeno della pornografia minorile v. A. FORZA, *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudo scienza*, in *Riv. pen.*, 5/2007, pp. 481 ss. Per un ampio quadro ricostruttivo della fattispecie di pornografia virtuale v. M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche ed istanze politico criminali*, in AA. VV., a cura di M. Bianchi-S. Delsignore, *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, pp. 109 ss.

5. L'esigenza morale di una tutela orientata alla pari dignità

Cosa può dunque significare “tutelare sentimenti”?

Una tutela di sentimenti sembra poter assumere i tratti di un presidio volto non a tutelare stati soggettivi, e neppure ad offrire riconoscimento a particolari concezioni etiche e valoriali. Quale orizzonte di tutela si configura l'idea stessa di eguaglianza contro attacchi alla persona che adoperino strumentalmente il sentimento (*rectius*, il modo d'essere e l'identità dell'individuo) come fattore degradante per la negazione della *pari dignità*²²⁵: impedire fatti di emarginazione, di discriminazione, di negazione della reciprocità democratica.

Si è osservato che “*come oggetto legittimo di tutela, dietro il linguaggio (alquanto improprio) dei sentimenti, può profilarsi la dimensione normativa della dignità (pari dignità) di tutti gli uomini*”²²⁶.

Il linguaggio dei sentimenti è improprio in quanto evocativo di fenomeni afferenti alla sfera psichica che potrebbero essere intesi come mere manifestazioni di reattività emozionale, secondo una prospettiva soggettivistica. In questo senso appare come un linguaggio non del tutto “filtrato”. La reattività emotiva, ove fattualmente afferrabile, costituisce l'apparenza, o la “forma manifestativa” del problema. Compito del diritto è leggere tali dati attraverso criteri di rilevanza normativa.

Il senso di un richiamo normativo al fenomeno del sentire – che è forma di valutazione, in termini di valore e disvalore, data dall'individuo alla realtà che lo circonda – è

²²⁵ Cfr. D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale, op. cit.*, p. 44.

²²⁶ ID., *ibidem*.

volto ad evidenziare che esistono varietà di profili di preferenza personale i quali esprimono l'essenza della persona, ciò che ognuno realmente è, la sua unicità²²⁷.

Vi sono diversità *fattuali* che derivano dalla eterogeneità nel sentire, le quali invocano un sostegno *normativo* come riconoscimento di libertà e eguaglianza *in dignità e diritti*. In questo senso, l'assunto della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: libertà e eguaglianza "*non a livello della realtà empirica, dei fatti oggettivi, ma al livello virtuale di ciò che essi possono e devono pretendere, vale a dire della loro libertà responsabile e di tutto ciò che le è dovuto*"²²⁸.

La formula "tutela di sentimenti", secondo un'accezione in un senso che potremmo definire "forte", addita il problema della salvaguardia di spazi di realizzazione esistenziale, la cui libertà è parte essenziale del reciproco rispetto dovuto da ciascuno a tutti. Si tratta dell'ambito che involge nel modo più diretto il problema penale: come libertà *da* restrizioni, e anche come possibile necessità di porre dei limiti: il senso liberale del rifiuto di imposizioni vale come pretesa nei confronti di possibili abusi del potere statale, ma addita contemporaneamente la necessità che lo stesso potere statale ponga argini a eventuali tentativi di imposizione che provengano da visioni di tipo fondamentalista.

Libertà non significa arbitrio²²⁹. L'idea di eguale rispetto addita istanze di libertà, ma lascia aperto il problema di individuare margini di regolamentazione: un orizzonte di simmetria nel quale eventuali interventi siano legittimati dall'esclusiva necessità di salvaguardare

²²⁷ R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore*, op. cit., p. 168.

²²⁸ J. HERSCH, *I diritti umani*, op. cit., p. 74.

²²⁹ R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, op. cit., p. 79.

equilibri, e trovino il proprio oggetto *e il limite* nel possibile ripristino di tali equilibri.

L'eventuale intervento del diritto penale deve essere legato ad una rottura degli equilibri: *“vietare atti positivi di disconoscimento, di lesione del rispetto dovuto a tutti gli uomini semplicemente in quanto uomini”*²³⁰. In questo senso, pur all'interno di una prospettiva di tolleranza, resta aperto il problema di una limitazione, eventualmente necessaria al fine di non avallare condotte intolleranti e discriminatorie²³¹.

Si è osservato che l'idea di una tolleranza intesa semplicemente come eguale libertà potrebbe oggi rivelarsi insufficiente: *“il nocciolo della questione non è il pluralismo morale, ma piuttosto le asimmetrie e le disuguaglianze fra gruppi identificati da differenze religiose, culturali o di stile di vita che non godono di visibilità e di accettazione pubblica nella società liberaldemocratica [...] In questo senso, le questioni di tolleranza che fanno problema oggi mettono in gioco il principio dell'eguaglianza di rispetto più che quello dell'autonomia e della libertà di coscienza, e, se mai, quest'ultimo in chiave subordinata rispetto al primo”*²³². Un “liberale contenimento” della tolleranza si iscrive tra le sfide che la modernità giuridica, e soprattutto penalistica, è oggi chiamata ad affrontare: un ragionevole equilibrio tra gli eccessi opposti di un'indulgenza spinta alle estreme

²³⁰ D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale, op. cit.*, p. 43.

²³¹ N. BOBBIO, *L'età, op. cit.*, p. 243. S. VECA, *Dizionario minimo, op. cit.*, p. 111. Sul tema dei limiti alla tolleranza, cfr. la posizione di K. POPPER, *Tolleranza e responsabilità intellettuale*, in AA. VV., a cura di S. Mendus-D. Edwards, *Saggi sulla tolleranza*, Milano, 1990, pp. 27 ss.

²³² Citazioni da A. E. GALEOTTI, *La tolleranza, op. cit.*, pp. 123; 29.

conseguenze (cd. tolleranza negativa²³³) e rigorismi che esorbitino dalla “soglia morale” della coercizione²³⁴.

In un’accezione più ampia, una tutela di sentimenti involge profili che vanno al di là del ristretto ambito in cui gli antagonisti delle libertà siano i soli divieti *penali*. Problemi di eguale rispetto si pongono in tutti i settori in cui eventuali interventi normativi siano suscettibili di tradursi, a causa di bilanciamenti squilibrati, in forme di compressione degli spazi di “fioritura” degli *ethe*. In sindacati su scelte di vita: problemi genericamente relativi al “come vivere”, che possono coinvolgere tutti gli aspetti relativi alla vita dell’uomo, comprese le scelte di come vivere anche le fasi finali della propria esistenza²³⁵.

²³³ N. BOBBIO, *L’età*, *op. cit.*, p. 239.

²³⁴ Nel diritto positivo italiano, il problema emerge nelle norme che incriminano le forme di attuazione e propaganda di idee fondate sull’odio per la diversità: la legge 205 del 1993, recentemente modificata dalla legge n. 85 del 2006. In dottrina, v. In dottrina, *ex plurimis*, C. VISCONTI, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/17636.pdf>, 2009; G. DE FRANCESCO, *Commento all’art. 1 del D. L. 26/4/93 n. 122, come modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, in *Leg. pen.*, 1994, pp. 174 ss.; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in AA. VV., a cura di S. Riondato, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 134 ss.; E. FRONZA, *Osservazioni in merito di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, pp. 60 ss. Recentemente, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009, pp. 193 ss.

²³⁵ Sui problemi relativi alle tematiche del fine vita, v., *ex plurimis*, D. PULITANÒ - E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2008, pp. 330 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo*

Sia una tutela *penale* di sentimenti (tutela *da* divieti, o tutela *per mezzo* di divieti), che una prospettiva di rispetto per gli *ethe* intesa come canone generico per la legislazione, sottendono il distacco da forme di intervento di tipo “moralistico”: è nell’ottica di valorizzazione della persona, contro modelli normativi che si prestino a divenire “megafoni” di particolari concezioni comprensive che prendono forma richieste di riconoscimento e di reciproco rispetto.

Il senso di un intervento penale avente ad oggetto sentimenti dovrebbe essere quello di strappare alle collettivizzazioni normative e restituire all’individuo un fenomeno così intensamente legato alla sua interiorità: ripartire dall’accettazione e dal riconoscimento di una possibilità di scelte, le quali fanno di un individuo un soggetto libero, e in quanto libero responsabile.

L’opzione per la libertà di scelta assume prevalentemente il senso di un rifiuto per forme di intervento che si proclamino come poste a difesa di una cosiddetta “morale”. Bisogna fare attenzione a non confondere il problema di una tutela penale di concezioni morali, con l’esigenza che lo strumento coercitivo risulti positivamente valutabile in termini di moralità. Si tratta di piani concettualmente distinti: orientare in senso personalistico la tutela penale significa ripulsa di istanze volte a imporre, sotto l’etichetta di “morale”, ciò che costituisce espressione di una particolare concezione comprensiva, di un *ethos*: la tutela di un *ethos* particolare è ciò che costituisce un modello di intervento di tipo *moralistico*.

penale, in *Foro it.*, 6/2009, pp. 227 ss.; L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008.

Nel rimarcare la differenza tra morale e moralismo, un'autorevole filosofa ha osservato come la storia e il fondamento della cosiddetta "questione morale" si identifichi *"con quella della modernità europea che vede la graduale erosione del fondamento tradizionalistico e religioso dei costumi e delle istituzioni a vantaggio della coscienza personale, vede crescere l'ambito delle opzioni soggette al libero esame e all'adesione interiore, e assottigliarsi, per così dire, lo spessore di oggettività degli oggetti sociali [...]. Questo processo di "umanizzazione" – di riconduzione ai suoi soggetti ultimi, le persone umane – della vita sociale corrisponde anche a una progressiva estensione dell'ambito delle opzioni soggette alla scelta e responsabilità degli individui, e alla giurisdizione della ragione"*²³⁶.

Il recupero una dimensione personalistica nell'approccio penale al fenomeno dei sentimenti dà voce ad un'esigenza che è in primo luogo *morale*, e che si pone in antitesi con moralistiche "oggettivazioni" del sentire.

È alla luce della distinzione tra *ethos* ed etica (v. *supra*) che il problema della moralità del diritto assume il senso di una prospettiva volta a tutelare la libertà di scelta, non ad imporre scelte. Lo strumento giuridico può (deve) essere *etico* in quanto finalizzato a realizzare le condizioni dell'*etica*, ossia il riconoscimento di ciò che è dovuto da ciascuno a tutti; non è etico in quanto portatore della ragioni di un particolare *ethos*: *"è l'idea che l'istituzione del diritto nella sua essenza sia precisamente il mezzo che la nostra ragione ha indicato non solo per garantire il dovuto da ciascuno a tutti, ma anche per scoprire attraverso il confronto, e non più lo scontro delle diverse concezioni del bene sempre nuovi aspetti di questo dovuto.*

²³⁶ R. DE MONTICELLI, *La questione morale, op.cit.*, pp. 83 ss.

[...] *Alla base dell'istituzione di una sfera giuridicamente protetta di libertà c'è un'esigenza etica, e quindi assoluta, che nel diritto positivo trova il suo mezzo di realizzarsi*²³⁷.

(Ri)scoperta dell'etica come logica del dovuto da ciascuno a tutti: anche di quanto è dovuto dal diritto penale in termini di riconoscimento e di garanzia di libertà nei confronti di ciascun individuo. La riflessione è aperta.

²³⁷ EAD., *ivi*, pp. 156; 159.