

Persio Tincani

Harm Principle – Il principio del danno

1. I limiti dell'autorità

Tra i testi fondamentali del liberalismo politico, *On Liberty* di John Stuart Mill occupa un posto di rilievo. I tre capitoli del saggio del 1858 sono dedicati, rispettivamente, al tema della libertà di pensiero e di parola, all'individualità (individualismo) come parte costitutiva del bene comune e ai limiti dell'autorità della società sugli individui; il volume si conclude con un breve capitolo destinato alle "applicazioni" dei principi esposti lungo la trattazione. Di "applicazioni", tuttavia, Mill parla anche durante l'esposizione della parte teorica del volume: la teoria, infatti, è sempre intesa nel suo stretto nesso con la realtà storica, e i principi, sebbene esposti con grande attenzione teoretica, sono sempre presentati nella loro dimensione pragmatica, operativa.

In questo saggio mi occuperò direttamente del capitolo conclusivo di *On Liberty*, quello dedicato ai limiti dell'autorità che la società può esercitare sugli individui, ovvero a quello che lo stato o altre istituzioni politiche possono fare alle persone senza violarne i diritti. Si tratta di una questione molto importante, sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista politico. Dal punto di vista politico, infatti, le società e le istituzioni possono ricevere una valutazione sulla base del grado di libertà che sono disposte ad accordare ai singoli, ai loro membri. Sebbene l'istituzione politica sia sempre una forma di dominio (sovrapposizione della volontà dei dominanti su quella dei dominati, che ovunque sono molto più numerosi dei ai primi), le istituzioni differiscono l'una dall'altra sotto molti aspetti. Il più importante di essi, quello al quale molte altre differenze tra un modello istituzionale e un altro possono essere ricondotte, è la misura degli atti di dominio che le istituzioni compiono con pretesa di legittimità, cioè lo spettro delle azioni coattive che vengono legalmente imposte ai dominati (cittadini, soci, sudditi) attraverso le leggi o i comandi.

La dottrina tradizionale, conservando un debito di metodo verso la scuola del giusnaturalismo, tende a spiegare la fonte e l'estensione della coazione legittima con il ricorso al modello contrattuale, variamente declinato. Mill, come già prima di lui ha fatto David Hume, rifiuta l'ipotesi contrattualista. Il rifiuto di Hume nasce da una critica empirica e scettica (pretendere che

crediamo al contratto sociale è chiedere troppo alla capacità di sopportazione della nostra ragione critica); il rifiuto di Mill dipende, invece, dal fatto che di quell'ipotesi, semplicemente, non abbiamo bisogno. Immanuel Kant, che rigettava la storicità del contratto sociale, riteneva però che esso avrebbe potuto essere utilizzato come utile esperimento mentale per spiegare la legittimità delle istituzioni (un'ipotesi non vera, ma utile). Mill, invece, ritiene che sarebbe fuorviante: «la società non si fonda su un contratto, e sarebbe inutile inventarne uno per dedurne degli obblighi sociali».¹

La prospettiva adottata da Mill per fissare i limiti dell'azione della società sugli individui muove in senso inverso rispetto a come si sarebbe portati a supporre. Non è la società che deve limitarsi per conferire libertà (diritti) ai singoli, ma il contrario. I limiti che devono essere fissati sono limiti alla libertà individuale: giacché l'uomo è libero e non entra in società per esserlo meno, è necessario capire quali azioni possono essere legittimamente impediti ai singoli, con l'unico obiettivo di consentire l'esistenza della società, nella quale i singoli hanno interesse a rimanere soltanto se ciò comporta loro un vantaggio. I limiti all'azione individuale, i limiti legittimi, non sono da vedersi, allora, come “cose che la società può fare contro la volontà dei singoli” ma come “cose che i singoli non possono fare se hanno interesse che la società sopravviva”. Non si tratta, in altre parole, di limiti dell'autorità sociale, ma di limiti dell'autorità individuale, dell'autonomia.

2. Il principio del danno

Nella teoria di Mill, questi limiti vengono riassunti in un principio molto semplice, il principio del danno, l'*harm principle*. Si tratta di una regola di condotta elementare:

questa condotta consiste, in primo luogo, nel non danneggiare gli interessi reciproci, o meglio certi interessi che, per esplicita disposizione di legge o per tacito accordo, dovrebbero essere considerati diritti; e, secondo, nel sostenere la propria parte (da determinarsi in base a principi equi) di fatiche e sacrifici necessari per difendere la società o i suoi membri da danni o molestie².

Il secondo punto è forse superfluo. In ogni caso, Mill non vi si dilunga molto di più. L'aspetto più importante è di certo il primo punto della “condotta” che consiste, in breve, nel non tenere un comportamento che leda quelli interessi degli altri che sono definiti “diritti”.

È importante tenere a mente la differenza tra ledere interessi altrui e ledere diritti altrui. I diritti sono sempre interessi, ma non tutti gli interessi sono diritti. Se esco da casa e mi dirigo verso un negozio di abbigliamento perché voglio comprare un abito che ho visto in vetrina a un prezzo conveniente passando la sera prima, quando il negozio era chiuso, ho certamente un interesse ad acquistare *quel* vestito. Tuttavia, è possibile che questo interesse non sia possibile da soddisfare a

¹ Mill, *Saggio sulla libertà*, p. 86.

² *Ibidem*.

causa delle condotte di altri. Per esempio, qualcuno può avermi battuto sul tempo, acquistandolo prima di me. Posso dire che la condotta di costui sia lesiva del mio interesse? Sì, posso dirlo. Se il mio interesse di acquistare quell'abito è impossibile da soddisfare perché un altro lo ha comprato prima di me, la sola ragione per la quale io non posso soddisfare il mio interesse è che costui ha agito come ha agito. Quindi, quell'affermazione è corretta. Tuttavia, non posso dire che quella condotta ha leso un mio diritto, semplicemente perché quel mio specifico interesse (poter acquistare tutte le cose che mi piacciono e che sono in grado di pagare) non è riconosciuto come un diritto dalla legge o dal tacito accordo. Non importa quanto io desiderassi quell'abito: può essere che io lo desiderassi al punto da soffrire molto per non averlo potuto acquistare e ciò non cambierebbe la questione. Può essere che la sofferenza che io provo per il mancato acquisto sia tale da configurarsi come un *danno* in senso lato, ma questo non è il tipo di danno che posso rivendicare per pretendere che vengano limitate le condotte altrui. Non si può negare che ogni volta che i miei interessi sono resi impossibili da soddisfare per effetto delle condotte di altri si registri un danno ai miei interessi. Ma non ogni mio interesse è un mio diritto, e la violazione del principio di limitazione della libertà delle azioni individuali si registra soltanto quando le azioni rendono impossibili da soddisfare i diritti, non gli interessi.

La stessa considerazione deve essere fatta per tutti i tipi di azione che coinvolgono i miei interessi. Dato che gli interessi in questione sono i miei, della loro individuazione io soltanto sono titolare. Per esempio, dato che a me piace il jazz, è mio interesse ascoltare concerti di jazz. Ma, visto che i palinsesti delle trasmissioni televisive e radiofoniche sono gestiti da buzzurri, se voglio ascoltare un concerto di jazz devo, il più delle volte, uscire da casa, andare in un teatro e pagare un biglietto. Oppure, dato che io sono affascinato dalla scienza, è mio interesse che le persone non siano imbottite di nozioni antiscientifiche perché, in questo modo, la sensibilità scientifica dei miei concittadini viene indebolita e io finirò per vivere in una città nella quale molti pensano che la teoria dell'evoluzione sia soltanto un'ipotesi come un'altra. Mi dispiace che in tv non si trasmetta più jazz? Sì, davvero. Mi dispiace che preti ignoranti arringhino fedeli ignoranti sulle meraviglie del creazionismo? Sì, davvero, forse anche di più. Queste condotte mi causano un danno? Certo. Esse mi causano un dispiacere, un dispiacere è uno stato d'animo che non desidero provare e, quindi, è un danno. Tuttavia, per quanto profondo sia il dispiacere che provo (e per quanto, di conseguenza, profondo sia il danno) il comportamento del responsabile dei programmi radiotelevisivi e del prete che imbottisce la testa dei suoi fedeli di sciocchezze, lede un mio interesse ma non un mio diritto, semplicemente perché io non ho un diritto di ascoltare concerti jazz alla televisione e non ho un diritto di vivere in una città di sostenitori della scienza. Il motivo, ancora, è sempre lo stesso: io

decido quali sono i miei interessi ma la legge o il tacito accordo decidono *quali miei interessi sono anche miei diritti*.

Come scrive Mill:

molti considerano lesiva dei propri interessi qualsiasi condotta che loro dispiaccia, e se ne risentono come di un oltraggio ai loro sentimenti; simili a quel bigotto che, accusato di disprezzare i sentimenti religiosi degli altri, ha ribattuto che sono loro a disprezzare i suoi persistendo nel loro abominevole culto o credo³.

Se si intendono gli interessi la cui tutela è idonea a limitare le azioni altrui in questo senso così ampio, allora nessuna condotta umana sarebbe possibile.

I diritti, così, sono un sottoinsieme dell'insieme degli interessi. Un sottoinsieme che viene definito, secondo Mill, dalle leggi o dal tacito accordo. Si tratta, pertanto, di un sottoinsieme non fisso, ma anzi mutabile al massimo grado, a seconda del tipo di leggi o del tipo di accordo tacito tra i consociati. Uno stato liberale, quello che Mill sostiene nella sua intera opera, è quello nel quale le leggi sono scritte con una presunzione per la libertà⁴: in altre parole, si tratta di uno stato il cui ordinamento giuridico è tracciato in modo da concretizzare la minima limitazione possibile alle azioni che i cittadini possono legittimamente porre in essere in piena autonomia. L'unica limitazione che Mill ritiene possibile (anzi: necessaria) è che le azioni non comportino un danno ad altri:

in breve, in presenza di un preciso danno, o di un preciso rischio di danno, per il pubblico o per un individuo, il caso esula dalla sfera della libertà e rientra in quella della moralità o della legge⁵.

Il principio del danno, quindi, non è tanto da intendersi come una limitazione imposta ai poteri dello stato, quanto come una limitazione – l'unica possibile – imposta alla libertà degli individui. Si potrebbe dire, così, che allo stato non è concesso di limitare la libertà degli individui se non quando essi agiscono in maniera da causare ad altri un danno, e limitando così la libertà di questi.

3. *Quale danno?*

Mill non dice molto su che cosa sia il danno richiesto dall'*harm principle*, se non che esso deve consistere in una violazione dei diritti di qualcuno. Sappiamo che Mill intende, e io credo che abbia ragione, che i diritti siano interessi, cose che le persone hanno interesse di fare o stati di cose che le persone hanno interesse che siano mantenuti o realizzati. Sappiamo anche, però, che non tutti gli interessi sono diritti. La legge o il tacito accordo stabiliscono quali interessi siano diritti. Sebbene

³ *Ivi*, p. 96.

⁴ Feinberg

⁵ Mill, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 94

qualunque azione che impedisce che una persona possa realizzare il proprio interesse sia un'azione che causa a questa un danno, perché questo danno sia ingiusto, nel senso richiesto dall'*harm principle*, occorre che essa impedisca la realizzazione di un diritto e non di un generico interesse. Non importa quanto quell'interesse stia a cuore a una specifica persona: se esso non è riconosciuto come un diritto, l'azione di altri che ne rendono impossibile la realizzazione è legittima.

Come ho detto, dato che la determinazione dei particolari interessi che sono anche diritti dipende dalla legislazione o dall'accordo tra le persone, la loro identificazione è impossibile a priori. Così, non esistono diritti assoluti e universali, ma soltanto diritti relativi, storicamente e geograficamente determinati. La questione, allora, potrebbe chiudersi qui concludendo che, tutto sommato, non ci è stato detto molto di nuovo. Che i nostri diritti siano stabiliti dalle leggi è cosa nota e, a meno di non voler resuscitare i cadaveri del giusnaturalismo, non discutibile, perlomeno in maniera seria. Tuttavia, la costruzione di Mill dice qualcosa di più. Mill è un positivista e, pertanto, non ammette che le azioni delle persone possano essere regolate da qualcosa di diverso dal diritto positivo, sia esso diritto scritto nelle leggi o diritto che dipende da accordi consuetudinari. Ma la sua analisi, qui, non è limitata alle conseguenze del diritto positivo (se così fosse, allora davvero la sua teoria non ci direbbe altro), ma si concentra anche, soprattutto, sulla politica del diritto, cioè a quello che leggi che possono essere definite giuste o legittime devono prescrivere. In altre parole, se i diritti sono stabiliti dalle leggi, allora ogni limitazione alla libertà individuale dipende da che cosa le leggi stabiliscono sia un diritto; ma, sebbene ciò sia indiscutibile sotto il profilo giuridico, sotto il profilo politico è importante vedere *quali* interessi sono considerati diritti dalle leggi, per formulare un giudizio di legittimità delle leggi stesse.

3.1. *Il danno deve essere arrecato ad altri*

Mill ritiene che l'interesse principale che deve essere tutelato sia la libertà, dato che è soltanto per proteggerlo che le persone hanno interesse a vivere in società e ad accettare una comune regola di condotta. Il primo diritto, quindi, è la libertà stessa. Questo costituisce la pietra di paragone con la quale le leggi devono essere comparate. allo stesso tempo, ciò rappresenta la sola ragione del limite che le leggi possono imporre ai comportamenti umani: se essi danneggiano gli interessi degli altri al punto da ledere la loro libertà. Mill ritiene che soltanto gli atti di questo tipo possano essere legittimamente proibiti o puniti. È necessario che essi siano lesivi della libertà *di altri*. Per questo, esclude che si possa proibire a qualcuno di compiere atti che sono sì lesivi della libertà ma soltanto di quella di chi li compie.

La mia tesi è che le sole sanzioni cui un individuo può essere legittimamente sottoposto per quella parte della sua condotta e del suo carattere che lo riguarda esclusivamente e non tocca gli interessi

di chi abbia rapporti con lui, sono quelle strettamente inscindibili dal giudizio sfavorevole altrui. Gli atti che danneggiano altre persone vanno trattati in modo completamente diverso. Violare i diritti altrui, causare agli altri danni o perdite non giustificati dai propri diritti, ingannarli con falsità e doppiezze, approfittare ingiustamente o ingenerosamente di loro, anche evitando egoisticamente di difenderli: sono tutte azioni che meritano la riprovazione morale e, nei casi più gravi, il castigo⁶.

Qualunque sia il danno che le azioni di un individuo arrecano ai suoi stessi interessi, ciò non è una ragione per limitare la sua possibilità di compierle. La legge riguarda soltanto i rapporti tra un individuo e un altro – direttamente o tramite il medium della società, considerata come l'istituzione che protegge gli interessi individuali – quindi è legittima soltanto la coercizione volta a impedire o a punire le azioni che dispiegano la propria efficacia sulla dimensione intersoggettiva. Questa è una prima precisazione del tipo di danno rilevante ai fini della coazione: è escluso che questa possa servire per impedire condotte dell'agente che procurano un danno a sé, non importa quanto grave. Le condotte autolesive possono certo dar luogo alla disapprovazione altrui, e di solito è così. Si tratta però di una disapprovazione individuale, soggettiva, che dipende per intero dai sentimenti e dalle convinzioni della persona che la esprime e che, pertanto, non presenta nessun tratto di universalità. Per esempio, la condotta di una persona dai costumi sessuali molto libertini potrà incontrare la disapprovazione di alcuni, l'approvazione di altri e l'indifferenza dei più, dimostrando, così, che non vi è universalità nemmeno rispetto a che cosa sia una condotta autolesiva (se ritengo che non vi sia nulla di male nel farsi la reputazione di libertino, non posso considerare che il libertino arrechi un danno a sé con la sua condotta). Si obietterà che esistono condotte che sono da tutti considerate autolesive – per esempio la decisione di bere fino a diventare alcolizzati o, ancora più evidentemente, le automutilazioni o il suicidio – perché le sono in maniera intrinseca. Ma se il solo criterio di limitazione della libertà di un individuo è impedire che esse limitino la libertà di altri, allora nemmeno queste condotte possono essere proibite, per quanto possano essere disapprovate o sconsigliate dalla moralità privata di ciascuno: «i cosiddetti doveri verso di sé non sono socialmente obbligatori, a meno che le circostanze non li rendano contemporaneamente doveri verso gli altri. Il termine “dovere verso se stessi”, quando non significa semplicemente “prudenza”, significa o rispetto di sé o sviluppo di sé, entrambe cose di cui nessuno deve rendere conto ai suoi simili, perché non coinvolgono gli interessi dell'umanità»⁷.

3.2. Danno / disappunto

Chiarito che il danno richiesto dall'*harm principle* deve essere causato da una condotta dell'agente a una persona diversa dall'agente stesso, resta da chiarire ancora una cosa della massima

⁶ *Ivi*, p. 90.

⁷ *Ivi*, 90-1.

importanza. Come abbiamo visto, l'*harm principle* non adotta il significato corrente del termine “danno”, un significato che comprende tutte le situazioni spiacevoli nelle quali una persona può venirsi a trovare per effetto delle azioni di altri e tutte le diminuzioni dei propri interessi causati da condotte altrui. Il concetto volgare di “danno” è, prima di tutto, troppo ampio. Se esso fosse preso come base per limitare le azioni delle persone, non resterebbe fuori molto per l'autonomia privata. Le condotte che danneggiano in questo senso così esteso gli interessi dei terzi sono potenzialmente infinite, tanto più che la loro determinazione può dipendere in maniera esclusiva dal giudizio della parte che si considera lesa dato che è questa, più che ogni altro, a poter dire con precisione quando un suo specifico interesse viene violato. Questa via, è ovvio, risulta impraticabile. Per esempio, la concorrente a un concorso di bellezza che vince il secondo premio è danneggiata nei suoi interessi (vincere la corona di reginetta o la fascia di Miss Italia) dal fatto che la giuria le abbia preferito un'altra. I giudici, assegnandole il secondo premio, fanno qualcosa che contrasta con i suoi interessi premiando una ragazza che – per insindacabile giudizio suo, della mamma e della nonna – merita il premio meno di lei. Si può anche immaginare, ma forse l'esempio è azzardato, che la vincitrice della medaglia d'argento ritenga che *davvero* la reginetta sia più bella di lei. In questo caso, sebbene i giudici non riceveranno il suo biasimo perché hanno agito in un modo che lei stessa ritiene corretto, la lesione dei suoi interessi è stata causata dal fatto che la vincitrice si è presentata al concorso: “Se quella lì non si fosse presentata, io avrei vinto il premio. Quindi, la condotta di quella ragazza ha danneggiato i miei interessi. Anzi, ha danneggiato *il mio interesse principale*, perché la cosa alla quale tengo di più al mondo è vincere questo importante concorso di bellezza”.

Casi di questo genere sono esclusi dalla portata dell'*harm principle*, e il motivo è che non ogni condotta altrui che mi arreca un danno può per questo essere sanzionata. Presentarsi al concorso di bellezza (o comprare quel vestito in quel negozio) sono azioni che ricadono nella libertà individuale di ciascuno, azioni legittime che rientrano nello spazio lasciato all'autonomia del singolo. Il principio del danno, invece, viene invocato in maniera corretta soltanto nei casi in cui il danno causato a terzi sia il risultato di una condotta illegittima, perché direttamente lesiva di quegli interessi che sono considerati “dalla legge o dal tacito accordo” come diritti.

Per riassumere:

- il principio del danno è la sola considerazione in base alla quale è possibile limitare la libertà individuale;
- il danno deve essere arrecato a una persona diversa da quella che compie l'azione dannosa;
- il danno è una lesione di quegli interessi che la legge o il tacito accordo considerano diritti;

- deve trattarsi di un danno preciso (o precisabile), identificato (o identificabile), quantificato (o quantificabile);
- non è necessario che il danno sia consumato; anche un'azione che produce il pericolo del danno può essere proibita.

Già da questa prima approssimazione si vede che il danno è inteso in un senso più ristretto rispetto all'accezione volgare. Il terzo punto (il danno è una lesione di quegli interessi che la legge o il tacito accordo considerano diritti) chiarisce che l'aspetto soggettivo, dalla prospettiva della vittima, non è rilevante per la giustificazione della coazione: solo il diritto vigente ha la titolarità di stabilire quali siano i diritti da proteggere con la coazione. Il quarto punto riguarda la politica legislativa da una prospettiva morale: sebbene io possa sentirmi danneggiato in qualche modo dalla condotta di altri, perché io possa rivendicare il diritto di impedire quella condotta, prima di ogni altra considerazione, è necessario che sia in grado di precisare, identificare e quantificare il danno che pretendo mi sia arrecato da questa. Non è sufficiente, in altre parole, una vaga e imprecisata motivazione perché la mia pretesa possa essere considerata in sede di produzione di norme.

Questo ultimo punto è della massima importanza, e coinvolge direttamente questioni morali. Se il principio del danno è la sola ragione per la quale è possibile obbligare le persone a tenere certe condotte, allora occorre che esso venga considerato con la massima attenzione. La coazione è l'arma più poderosa dell'arsenale dello stato, e il suo utilizzo non può mai essere una questione da prendere sottogamba. Se io ho il diritto di impedire ad altri di compiere certe azioni (e se ho il diritto di pretendere che la collettività si faccia carico dell'onere di sostenere la sanzione) ciò è soltanto perché, se quelle azioni fossero compiute, io non sarei libero, la mia libertà sarebbe diminuita. Ma dato che l'esercizio di questo mio diritto comporta una complementare riduzione dei diritti di libertà degli altri, occorre che esso sia fondato su criteri di assoluta oggettività. Il che significa, che sia quantificabile, identificabile, precisabile.

Ciò non vuol dire che si possano prendere in considerazione soltanto diritti di immediata quantificabilità materiale. Per esempio, io ho di certo il diritto a non venir offeso dalle condotte di altri, e certo posso pretendere che la società si faccia carico dell'onere della sanzione per impedire che altri mi offendano. Ma il requisito vale anche per la specifica offesa. Per esempio, ho di certo il diritto di non venir ingiuriato per la strada, ma non ho il diritto di pretendere che la collettività si faccia carico dell'onere di punire e reprimere *tutte* le condotte che ritengo insultanti e offensive sulla base della mia personale sensibilità.

Mill ci fornisce un esempio, tratto dalla cronaca della sua epoca, che può aiutare a chiarire meglio. Si tratta di un caso tratto dal dibattito sulla vendita delle bevande alcoliche negli Stati Uniti, e in particolare delle opinioni del segretario dell'*Alleanza* che sosteneva le ragioni della proibizione:

il segretario sostiene «Affermo, come cittadino, il mio diritto di legistare in ogni caso in cui i miei diritti sociali siano violati dall'atto sociale di un'altro». Ed ecco la definizione di questi «diritti sociali»: «Se c'è qualcosa che viola i miei diritti sociali, è certamente il commercio di bevande alcoliche. Distrugge il mio diritto fondamentale alla sicurezza, creando e stimolando costantemente il disordine sociale. Viola il mio diritto all'uguaglianza, derivando profitto dalla creazione di un'indigenza sostenuta dalle tasse che pago. Ostacola il mio diritto a un libero sviluppo morale e intellettuale, circondando di pericoli il mio cammino e indebolendo e demoralizzando la società da cui ho diritto di pretendere mutuo soccorso e appoggio»⁸.

Alcune delle obiezioni immediate a questa tesi sono già state presentate nei paragrafi precedenti e non è necessario ripeterle qui. Oltretutto, è evidente che con le stesse motivazioni si potrebbe sostenere la legittimità di proibire qualsiasi comportamento. La vendita di bevande alcoliche mette a repentaglio la mia sicurezza. Assumendo che io non ne faccia uso, ciò non dipende dal fatto che bevendo mi potrei ammalare o potrei avere un incidente dovuto al mio stato di ubriachezza, ma dipende dal fatto che altri bevono e che la gente che beve si comporta in maniera imprevedibile, può diventare irascibile, può perdere il senso del rispetto per la persona e per la proprietà degli altri, può finire per rubare al fine di procurarsi il denaro necessario per comprare alcolici, può ammazzare per riuscire a rubare e così via. Ma se questo è vero, e di fatto può succedere e succede qualcosa del genere, allora la stessa considerazione va fatta a tante altre attività, per le quali è però raro sentire invocare l'urgenza della proibizione. Per esempio, le religioni insegnano che determinati comportamenti sono da considerarsi assolutamente ingiusti, dei crimini abominevoli. In aggiunta a ciò, ci dicono anche che è un dovere impedire che vengano compiuti abomini. Così, il fervente cattolico può finire per pensare che sia giusto (e forse anche doveroso) ammazzare il medico che pratica interruzioni di gravidanza, o mettere una bomba nelle cliniche nelle quali si praticano aborti. Sono cose che possono succedere e che, infatti, succedono. Un bel documentario di Richard Dawkins, *The Root of All Evil*, veniva pubblicizzato con un manifesto che raffigura lo skyline di Manhattan fotografato dal mare, con le torri gemelle ancora in piedi e con sotto una scritta che dice: "Immagina un mondo senza religione". Difficile dargli torto: in un mondo senza religione le torri gemelle sarebbero ancora lì, perché nessuno si sarebbe potuto sentire giustificato da un dio come da un altro per compiere quell'atto omicida (la strage dell'11 settembre), rivolto in maniera indiscriminata verso persone delle quali nemmeno conosceva il nome.

Le parole del segretario dell'*Alleanza* enunciano un principio che Mill riassume così:

⁸ Ivi, p. 103

è diritto sociale assoluto di ciascun individuo che ciascun altro individuo si comporti sotto ogni aspetto esattamente come dovrebbe comportarsi; inoltre, chiunque non ottemperi nei minimi dettagli a quanto sopra viola il mio diritto sociale e mi autorizza a esigere che il motivo della mia lagnanza venga eliminato per legge⁹.

Questo principio, è evidente, non può giustificare alcuna proibizione perché presuppone che già le proibizioni vi siano. Le linee di condotta permesse sono presupposte e non vengono argomentate: è così e basta. Da esse discende, come è ovvio, il diritto a pretendere che la collettività si faccia carico dell'onere di sanzionarle. Tuttavia, il punto che andrebbe argomentato non è se dall'esistenza di condotte obbligatorie derivi un diritto di ciascuno di pretendere che esse siano rese obbligatorie per legge; questo è ovvio, o almeno Mill non lo contesta. Il punto, invece, è mostrare quali condotte dovrebbero essere rese obbligatorie sulla base del principio del danno, che è proprio quanto questo argomento e quelli consimili non fanno, partendo dal presupposto che certe condotte siano sbagliate e che, di conseguenza, ciascuno abbia un preciso diritto alla loro proibizione.

La tesi del Segretario può essere criticata anche da un altro punto di vista, questa volta più strettamente giuridico. Si sostiene che la vendita di alcolici sia una condotta da proibire in quanto da essa deriva il pericolo di stati del mondo sgradevoli. Nell'elenco che segue a titolo di esempio, vengono elencate un po' di cose sgradevoli o generalmente riprovate: disordine sociale, indigenza, perdita di morale sociale. Un motivo ricorrente in ogni tesi proibizionista è, infatti, elencare le conseguenze attese che sarebbero causate dal comportamento del quale si sostiene la criminalizzazione. Il punto è che questi esempi sono riferiti a categorie di esiti sgradevoli che non sono tutte sullo stesso piano. Il "disordine sociale" può essere una formula riassuntiva di generiche condizioni riferibili alla sicurezza (probabilità che aumentino i reati violenti, probabilità che aumentino gli incidenti stradali, probabilità che aumentino gli scippi e così via), cioè di comportamenti che, se fossero davvero compiuti, realizzerebbero concrete ipotesi di altrettanti danni consumati, previsti dalla legge come altrettanti reati. La possibilità che venga punito un comportamento perché realizza il pericolo che si verifichi un danno prevista da ogni ordinamento giuridico, e Mill non contesta affatto che ciò sia legittimo. Tuttavia, perché possa essere punito un reato di pericolo, è necessario che l'evento che l'azione rende probabile che si verifichi sia un reato. Quindi, la considerazione del proibizionista vale soltanto per alcune delle conseguenze immediate che egli vede (e forse a ragione) nella condotta che intende vietare. Infatti, diventare poveri non è un reato e l'indigente non è un criminale. Dire che io devo pagare più tasse perché ci sono più poveri è vero. Ma dato che chiunque può diventare povero in qualunque momento senza che ciò possa essere considerato un crimine – abbandonando il lavoro di punto in bianco, regalando tutti i suoi averi ai passanti, dissipando il proprio patrimonio al *night* – imbarcandosi in imprese

⁹ Ibidem.

commerciali dissennate – non esistono ragioni per poter sostenere la legittimità della proibizione di una condotta che aumenta (se lo fa) le probabilità che le persone che decidono di tenerla diventino poveri. Il problema, casomai, sarebbe di vedere se è giusto (legittimo) che io paghi tasse per sostenere gli indigenti, non se gli indigenti abbiano o meno il diritto di (siano legittimati a) diventare indigenti.

Altrettanto, vivere in maniera immorale rispetto agli standard condivisi (per esempio andando ogni sera a vedere un film hard in un cinema a luci rosse) non è un crimine. Sostenere che le azioni di questi ultimi due tipi mi arrechino un danno dello stesso tipo di quello di chi mi ruba in casa o di chi mi aggredisce per la strada è evidentemente una follia. Posso sostenere che esse mi causano un danno di altro tipo, perché producono uno stato di cose che mi è sgradito, e che magari lo è per la maggior parte delle persone, ma ciò non è rilevante ai fini della punizione. Una legge che proibisce una condotta perché aumenta il pericolo che alcune delle sue conseguenze siano reati è una legge, sotto ogni profilo, esagerata¹⁰. Non accetteremmo una legge che proibisce la religione perché alcune persone religiose commettono crimini a causa della loro religiosità (attentati suicidi, rifiuto di somministrare determinate cure ai minori posti sotto la loro tutela). Neppure, la maggioranza delle persone riterrebbe giusta una legge che impedisca ai cattolici di predicare contro l'uso del preservativo (anche suggerendo, falsamente, che esso offra una protezione soltanto illusoria dalla trasmissione delle malattie veneree), anche se è evidente che ciò sia una delle principali cause della diffusione dell'AIDS (malattia mortale) nei paesi in via di sviluppo nei quali i missionari imperversano. L'obiezione che dovremmo aspettarci se sollevassimo la questione di proibire le religioni su queste basi è che stiamo attribuendo loro in maniera impropria la patente di causa di questi mali, perché non tutte le conseguenze di un'educazione religiosa sono mali e, soprattutto, non tutte le azioni ispirate da un insegnamento religioso sono reati, e sarebbe un'obiezione senza dubbio corretta. Nessuno è giustificato a invocare la proibizione di una condotta perché essa produce conseguenze che non sono reato. Diversamente, per esempio, dato che la maggior parte dei reati comuni sono commessi da persone di bassa istruzione, dovremmo sostenere che una legge che imponga a tutti di conseguire la laurea sia una legge giusta, perché è indiscutibile che gli scippi siano di rado commessi dai laureati. Per Mill, un principio del genere, che conduce a proibire una condotta generale perché alcune delle sue conseguenze sono reati, è un principio mostruoso, «molto più pericoloso di qualsiasi singola interferenza nella libertà»¹¹.

Percepire un danno ai propri interessi è un'esperienza spiacevole, almeno per la normalità delle persone. Tuttavia, non ogni volta che proviamo un'esperienza spiacevole di questo tipo, per effetto del comportamento di altri, questo è un danno nel senso richiesto dall'*harm principle*, idoneo

¹⁰ HUSAK

¹¹ Mill, Sulla libertà, p. 103.

a innescare il meccanismo della punizione e della coazione. Spiacersi perché A si comporta in modo che noi non approviamo è inevitabile, ma altrettanto inevitabile è che non possiamo farci niente, né possiamo pretendere che la società sia autorizzata di impedire ad A di fare ciò che fa per il fatto che quel che fa ci causa un dispiacere. Dipende dal dispiacere, si potrebbe dire. Dipende, in primo luogo, dalle azioni compiute da A (se rientrano o meno nella sua autonomia) e dalle ragioni per le quali proviamo dispiacere (quale sia il nostro interesse leso dalle azioni di A e quale sia la quantificazione di questa diminuzione). Al di là di queste ipotesi, non si parla di danno in senso stretto ma di meri disappunti, stati d'animo che, per quanto possano essere anche profondi e dolorosi, si basano sulla nostra personale disapprovazione del comportamento di altri, e ci causano danno soltanto in quanto noi li disapproviamo. Se sparisce la disapprovazione, sparisce anche il danno. Nessuno ci può chiedere di non disapprovare ciò che disapproviamo, ma allo stesso modo non possiamo pretendere che ciò che ci danneggia (ci causa una sofferenza) *in quanto* lo disapproviamo riceva la censura della legge limitando la libertà di altri di farlo.

4. Harm to Others / Offense to Others. *I limiti morali del diritto penale*

In definitiva, la tesi di Mill sulla punizione e sulla coazione legislativa può essere riassunta nei seguenti punti:

1. «l'individuo non deve rendere conto alla società delle proprie azioni nella misura in cui esse non riguardano gli interessi di altri che di lui stesso»¹²;
2. «l'individuo deve rendere conto delle azioni che possano pregiudicare gli interessi altrui, e può essere sottoposto a punizioni sociali o legali se la società ritiene le une o le altre necessarie per proteggersi»¹³;
3. «la terza e più valida ragione per limitare l'interferenza dello stato è la grande sciagura costituita da un'inutile estensione del suo potere. Ciascuna funzione che viene ad aggiungersi a quelle che il governo già svolge, amplia il suo campo di influenza sulla speranza e sul timore umani, e trasforma sempre più gli individui più attivi e ambiziosi in parassiti del governo, o di qualche partito che aspiri a diventarlo».¹⁴

La teoria della libertà di Mill è soprattutto una teoria della coercizione. Infatti, essa consiste in una ricerca dei limiti entro i quali specifiche azioni possono essere sottratte al dominio dell'autonomia e consegnate, per così dire, alla società. L'aspetto al quale Mill dedica maggiore attenzione è fissare

¹² Ivi, p. 108

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ivi, p. 127

criteri per al determinazione del limite massimo della quota di autonomia che deve essere ceduta, e la determina sulla base della sola considerazione di permettere che tutti possano godere del massimo spettro di autonomia possibile. Le azione delle persone, così, devono essere limitate soltanto per permettere che esse siano il più libere possibili. Il solo limite è il principio del danno: non possono essere punite o proibite che quelle azioni che arrecano un danno identificabile e quantificabile a una persona diversa dal soggetto che le compie.

Il filosofo americano Joel Feinberg dedica gran parte del suo poderoso trattato *The Moral Limits of the Criminal Law* allo studio del principio del danno, e del modo in cui esso può servire da guida per una legislazione penale liberale, che tenga nel massimo conto la “presunzione in favore della libertà”. Sebbene l’oggetto diretto dello studio di Feinberg sia il diritto penale, la maggior parte delle argomentazioni che troviamo nel suo lavoro valgono anche per il diritto civile, o per il diritto in generale. Rispetto alla tesi di Mill, quella di Feinberg rappresenta uno sviluppo, che mette in luce molti dei sottintesi dell’argomentazione originaria e ne approfondisce aspetti solo tratteggiati nel saggio dell’Ottocento.

Se l’intera teoria del diritto penale può essere sviluppata a partire dal principio del danno (assieme all’*Offense principle*, che nella teoria di Feinberg ne rappresenta una variante più lieve), occorre chiarire che cosa deve intendersi come “danno” per questi fini. Feinberg non prende in considerazione l’accezione volgare del termine perché, come è ovvio, è troppo vaga e, soprattutto, potenzialmente estensibile a ricomprendere qualunque cosa. Bisogna, allora, identificare alcuni possibili sensi o significati del termine:

- **“danno” in un senso derivato o esteso.** Ci si riferisce a questo senso del termine quando si dice che una cosa è stata “danneggiata”. «i vandali che spaccano le finestre danneggiano la proprietà di qualcuno; l’incuria danneggia i giardini; la brina danneggia i germogli. È abbastanza chiaro che questo sia un danno in senso traslato (*transferred*). Non ci sentiamo danneggiati per le sorti delle finestre o dei pomodori, né questi sono oggetti della nostra simpatia. Piuttosto, il nostro riferimento al loro “danno” è ellittico per il danno fatto a coloro che hanno interessi nei palazzi e nei germogli, coloro che hanno in un certo modo “investito” parte del loro benessere nel mantenimento o nello sviluppo di qualche condizione di questi oggetti. Rompendo le finestre, i vandali hanno fatto un danno diretto agli interessi del padrone della casa; hanno danneggiato *le finestre* soltanto in un senso derivato ed esteso»¹⁵.

¹⁵ Feinberg, *Harm to Others*, p. 32.

- **Danno come lesione agli interessi.** Questo secondo senso di danno è quello dal quale deriva il primo (danno derivato). Precisamente, si tratta di «danno concepito come ostacolo, accantonamento o sconfitta di un interesse. Usato in questo senso, è ovvio che il termine “interesse” non si riferisca a “denaro dovuto per un prestito” o “l’eccitazione dell’attenzione o della curiosità”, forse i suoi significati più comuni. C’è, in ogni caso, un senso familiare commerciale-legale della parola che può servire come utile modello per capire l’accezione con cui essa è collegata al danno. Mi riferisco al senso in cui una persona ha un interesse in una compagnia della quale possiede qualche azione. Se io ho un interesse, in questo senso, nella Apex Chemical Company, ho una sorta di interesse (*stake*) nel suo benessere»¹⁶.
- **Danno in senso normativo.** Per quanto sia collegato al secondo significato, esso è in effetti una cosa diversa, che serve meglio agli scopi dell’*harm principle*. «Dire che A ha danneggiato B in questo senso, equivale a dire che A ha trattato ingiustamente B. Una persona *tratta ingiustamente* un’altra quando la sua condotta indifendibile (ingiustificabile, non scusabile) viola il diritto dell’altra»¹⁷. Il senso normativo di questa accezione di danno è evidente ripensando a quanto si è detto riguardo alla tesi di Mill: tutti i diritti sono interessi, ma non tutti gli interessi sono diritti. Violare gli interessi di qualcuno è possibile anche senza che un apparato normativo stabilisca quali siano (ciascuno è, in ultimo, il giudice di che cosa rappresenti un proprio interesse), ma sono le norme giuridiche che stabiliscono quali sono quegli interessi che sono anche diritti. “Trattare ingiustamente”, in questo senso, non significa altro che comportarsi in modo illecito, vietato dalle norme.

Occorre precisare qualcosa su quest’ultima accezione di “danno”. Si deve notare che è richiesto sia che esso leda un diritto di qualcuno sia che la lesione sia derivata da un comportamento ingiusto. Se una delle due situazioni non ricorre, non si ha danno nel senso normativo. Come scrive ancora Feinberg,

sebbene quasi tutti i danni in questo senso specialmente ristretto (azioni ingiuste) siano anche danni nel senso delle invasioni degli interessi, non tutte le invasioni degli interessi sono ingiuste, dato che alcune azioni invadono gli interessi di un altro in maniera scusabile o giustificabile, o invadono interessi che gli altri non hanno il diritto che siano rispettati. Gli interessi di persone diverse sono costantemente e inevitabilmente in conflitto, così ogni sistema giuridico determinato a “minimizzare il danno” deve incorporare giudizi sull’importanza comparativa degli interessi di diverso tipo in maniera che si possa dire “ingiustificata” l’invasione dell’interesse di alta priorità di una persona compiuta per proteggere l’interesse di bassa priorità di un’altra. Le ingiustizie giuridiche, allora, sono invasioni di interessi che violano le scale di priorità stabilite. Le invasioni che sono giustificate dalle regole di priorità non sono giuridicamente ingiuste, sebbene esse possano infliggere un danno in senso non-normativo¹⁸.

¹⁶ Ivi, p. 33.

¹⁷ Ivi, p. 34.

¹⁸ Ivi, p. 35.

Questa argomentazione è la giustificazione teorica del principio penale delle esimenti e delle scriminanti, fattispecie nelle quali un atto che *astrattamente* configura un'ipotesi di reato *in concreto* non è punito. Un esempio particolarmente chiaro è dato dallo stato di necessità o dalla legittima difesa. Chiunque agisca in stato di necessità (per evitare un male grave e diversamente non evitabile) non agisce in maniera ingiusta anche se compie azioni che danneggiano in maniera diretta gli interessi di altri. Forzare la porta di un'abitazione non mia è di certo un'azione che lede gli interessi di altri (del padrone della casa), e ciò è vero *sempre e in ogni caso*. Tuttavia, se mi trovo bloccato da una tormenta in una landa montana sperduta, scorgo una baita al momento disabitata e forzo la serratura per entrare ed evitare il rischio di morire assiderato, sebbene io abbia di certo leso gli interessi del padrone di casa (che ha l'interesse a che la sua proprietà non venga danneggiata) non ho agito in maniera ingiusta, perché non ho fatto valere un mio interesse a spese di quello di un altro violando la scala delle priorità stabilita per legge (l'interesse alla vita è più in alto dell'interesse all'integrità delle porte). Quindi, sebbene io abbia di certo causato un danno al proprietario della casa, non ho però causato un danno nel senso normativo.

Il caso della mancanza dell'altra condizione è diverso e un poco più complesso. Si tratta dei c.d. "reati senza danno" (*harmless wrongdoing*), comportamenti proibiti dalla legge che non causano un danno a nessuno. Qui si esce dal campo del diritto positivo e si entra nel campo dei limiti morali al diritto positivo. In altri termini, si entra nel campo della critica normativa. Secondo Feinberg, non ci sono ragioni che possano giustificare la criminalizzazione delle condotte che non ledono i diritti di nessuno, anche se in quasi tutti gli ordinamenti giuridici si trovano molti esempi di norme penali di questo tipo. Un caso tipico, è la proibizione di condotte sessuali private compiute tra adulti consenzienti, per esempio la previsione del reato di sodomia ancora presente nei sistemi penali di molti stati degli Stati Uniti, e scomparsi dai sistemi giuridici continentali soltanto a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Un caso intermedio è rappresentato dalle condotte che concretizzano un danno o un pericolo di danno soltanto per il soggetto che le compie, come i reati di autolesionismo, di consumo di stupefacenti, di tentato suicidio o, per quanto riguarda l'ipotesi di pericolo, come l'obbligo di indossare il casco in motocicletta o di allacciare le cinture di sicurezza in automobile.

L'applicazione del principio del danno esclude che le condotte del primo tipo possano essere legittimamente proibite dall'ordinamento giuridico, in quanto la sola ragione in presenza della quale lo stato può utilizzare la coazione è quella di impedire che le condotte di alcuni possano diminuire la libertà di altri. Persone che si impegnano in privato in attività sessuali che disapprovo non violano in alcun modo i miei diritti, né si può dire che esse mi arrechino in alcun modo offesa (una

violazione dei miei interessi tangibile ma minore di quella arrecata da un danno). Si potrebbe sostenere, ed è stato sostenuto, che la “mera conoscenza” di stati di cose disapprovati può causare uno stato d’animo sgradito e che, dato che io ho interesse a non essere in uno stato d’animo sgradevole, se ciò dipende dalla condotta di altri significa che esistono ragioni per proibire quella condotta. Ma se il diritto ha lo scopo di garantire al massimo grado l’esercizio dell’autonomia individuale (presunzione in favore della libertà), le sanzioni possono intervenire soltanto per impedire le condotte che limitano la libertà di qualcun’altro. Io non ho la libertà di entrare in casa d’altri non invitato, perciò quello che le persone fanno là dentro non incide in nessun modo sui miei diritti, perché non diminuisce in alcuna maniera le mie libertà. Allo stesso modo, è stato sostenuto che la proiezione di filmati pornografici dovrebbe essere proibita anche quando essi si svolgono (come si svolgono) in luoghi chiusi, dal momento che la mera conoscenza del fatto che là dentro si stia proiettando *Deep Throat* viola un interesse specifico al mantenimento di un certo livello di moralità nella società¹⁹. Questa tesi, per esempio, è stata utilizzata da Patrick Devlin nella sua polemica contro il *Rapporto Wolfenden* (1957), che proponeva la depenalizzazione del reato di sodomia nel Regno Unito, sulla base del fatto che l’indebolimento della morale che sarebbe derivato, a suo dire, dalla liceità dei rapporti omosessuali avrebbe indebolito la nazione creando un “popolo di debosciati” che non sarebbe stato in grado di difendere la nazione da un attacco armato straniero²⁰.

Mill affronta questo tipo di pretese offese e le definisce “offese meramente costruttive”, identificandole nelle offese percepite da una persona che immagina di trovarsi a dover assistere a uno spettacolo che disapprova e che offende i suoi sentimenti morali²¹. Ma il punto è che queste offese sono, appunto, *immaginate* perché nella realtà nessuno sta obbligando nessun altro a guardare ciò che non desidera vedere e, anzi, nella normalità cose del genere si fanno a porte (ben) chiuse. E, in tutta onestà, pare perlomeno sbilanciato che si limiti la libertà (*reale*) delle persone a causa dell’offesa o del danno che altre persone *immaginano* di poter provare, semplicemente perché quel danno o quell’offesa, essendo soltanto immaginati, non sono reali ma meri costrutti.

Un’ultima obiezione alla tesi di Feinberg potrebbe essere questa. Per esempio, sebbene gli spettacoli pornografici si tengano a porte chiuse e nessuno che non voglia assistervi non è obbligato a farlo, essi sono pubblicizzati all’esterno con insegne e manifesti che informano il pubblico del tipo di spettacolo che andrà in scena. In questo caso, lo spettatore involontario non può fare a meno di vedere i manifesti, e questi offendono il suo senso morale e gli causano un danno (per quanto ciò

¹⁹ Dworkin,

²⁰ Devlin, *The Enforcement of Morals*,..... La cosa che mi ha sempre stupito è che Herbert Hart si sia preso la briga di controbattere seriamente a queste stupidaggini.

²¹ Mill, Nussbaum.

possa sembrare un'esagerazione, basta domandare a qualche giornalista di quotidiani locali per sentire quante telefonate e lettere di lamentela vengano ricevute dalle redazioni per la pubblicazione dei titoli dei film hard nella pagina degli spettacoli). Oltre alla mera vista del manifesto, il preteso danno sarebbe anche causato dalla pubblica mostra dell'immoralità che, a dire di alcuni, i manifesti di questo genere farebbero. In questo caso, non si tratterebbe di un'offesa meramente costruttiva, perché a offendere non sarebbe l'immaginaria visione del film (che non si vede davvero) ma la vista del manifesto (che si vede davvero).

A questa obiezione si può rispondere che quello che viene percepito come un atto offensivo è in realtà un atto posto in essere *per evitare l'offesa*. Come potresti sapere di tenerti lontano da quel cinema o da quel locale notturno se non sai che lì dentro, a certi orari, si svolgeranno spettacoli che tu non vuoi vedere? Se l'immoralità non fosse pubblicizzata, il primo a correre il rischio di esserne offeso saresti proprio tu, che percepisci gli spettacoli pornografici come offese e come causa di stati d'animo spiacevoli. Non sto parlando del caso di manifesti che ostentano descrizioni esplicite di quanto verrà proiettato ("Questa sera alle ore 21 proietteremo un film con i seguenti attori che faranno questo, questo e quest'altro. Dopo una breve pausa, ci sarà la scena in cui la protagonista farà questa cosa, quest'altra e quell'altra ancora") ma di manifesti che, in maniera molto più pudica, dicono semplicemente "Film hard", "Film per adulti", "Spettacolo a luci rosse". Nell'ipotesi dei manifesti espliciti è probabile che la coazione potrebbe essere esercitata in maniera illegittima, perché è indubbio che un'accurata descrizione di una scena pornografica potrebbe causare uno stato d'animo sgradevole nelle persone che non amano questo genere di spettacolo, e certo sarebbe inadeguata nella pubblica via anche sotto molti altri aspetti (per esempio, non tiene conto dell'interesse di impedire che i minori non vengano posti di fronte a materiale osceno). Ma l'ipotesi del cartello "pudico" è di certo al di fuori dei casi in cui può essere legittimamente invocata la sanzione o la coercizione. Da un lato, perché il cartello ha sì la funzione di avvertire il pubblico interessato ma ha anche quella di proteggere il potenziale spettatore involontario; dall'altro, perché se l'offesa deve essere considerata un tipo di danno (che causa un attacco tangibile agli interessi di alcune persone, ma meno grave di quello causato dal danno in senso stretto) occorre che essa sia sottratta all'arbitrio della soggettività. Proprio come la lesione degli interessi che viene definita "danno normativo" riguarda quegli interessi che l'ordinamento giuridico definisce "diritti", indipendentemente dalla gravità con cui la parte lesa percepisce soggettivamente la violazione, la lesione dei propri interessi che viene definita un'offesa in senso normativo (idonea a invocare la coazione) deve essere stabilita da norme giuridiche. Non importa quanto una persona si senta offesa o quali condotte essa ritenga intrinsecamente "offensive". La definizione di condotta atta ad offendere – condotta che intrinsecamente produce un'offesa – è determinata, direbbe Mill, dalla

legge o dal tacito accordo. È comprensibile e auspicabile che la legge, sostiene Feinberg, non tenga conto soltanto dei danni ma consideri anche le offese come buone ragioni per proibire una condotta. Ma, prosegue, “la legge non tiene conto delle sensibilità o delle suscettibilità anormali”, e considera offensive le azioni che sono intrinsecamente idonee a causare offesa a persone di normale suscettibilità e normale impressionabilità. Ciò non deve essere inteso soltanto come un rifiuto di prendere in considerazione le ragioni delle persone particolarmente suscettibili o che si offendono con facilità. Escludere le sensibilità anormali vale anche a dire che non è ragionevole che la legge si preoccupi di tenere in conto neppure le ipotesi opposte: le persone che si offendono subito e quelle che non si offendono mai non possono servire come parametro per valutare nella giusta maniera quali condotte potenzialmente offensive devono essere proibite e quali devono invece essere permesse. In fondo, qualcosa del genere è il c.d. “comune senso del pudore”.

5. Principio del danno e principio dell’offesa: esclusive ragioni per la coazione

Feinberg ritiene che le leggi penali non possano essere giustificate se non quando sono basate sul principio del danno o sul principio dell’offesa. In tutti gli altri casi, non possono essere accettate da una prospettiva liberale, cioè da un atteggiamento che consideri prioritaria la presunzione in favore della libertà.

Il principio del danno, in fondo, non è nulla di concettualmente diverso rispetto a quanto sostenuto da Mill. Tuttavia, come ho detto, Feinberg non si limita ad accettare la tesi milliana, ma la migliora approfondendo e chiarendo molti suoi punti oscuri o sottintesi. Nella formulazione di Feinberg la portata del principio del danno è dapprima identificata così:

possiamo asserire in via di approssimazione che è legittimo per lo stato proibire condotte che causano seri danni privati, o il ragionevole rischio di questi danni, o danni a importanti istituzioni o pratiche pubbliche. In breve, l’interferenza statale con il comportamento di un cittadino tende a essere moralmente giustificata quando è ragionevolmente necessaria (cioè quando vi sono ragionevoli basi per ritenerla sia necessaria che efficace) per prevenire danni o il rischio ragionevole di danni a soggetti diversi dalla persona con la cui condotta si interferisce. Più brevemente, la necessità di prevenire un danno (privato o pubblico) a parti diverse dall’attore è sempre un’appropriata ragione per la coercizione legale. Questo principio [...] può essere chiamato “il principio del danno agli altri” o, per brevità, “il principio del danno”, e raccomandato al legislatore come parte della guida morale ai limiti della propria attività²².

In seguito, Feinberg aggiunge una postilla al principio del danno, in modo che possa contemplare in maniera esplicita anche le condotte dannose omissive (il caso del “cattivo samaritano”):

²² Feinberg, *Harm to Others*, p. 11.

è una buona ragione per una legge penale che essa sia necessaria per evitare che le persone si causino danni l'una con l'altra o (quando è differente) per evitare che esse permettano che si verifichino danni agli altri che potrebbero prevenire²³.

Sebbene ritenga che da un punto di vista morale l'aggiunta sia giustificata, Feinberg ammette che la sua applicazione pratica può dare adito a non poche difficoltà. In questo caso, il ruolo della scala delle priorità diventa della massima importanza, perché l'omissione dalla quale deriva un danno ad altri non è sempre dovuta a malevolenza o a disinteressato egoismo del soggetto che non agisce.

Se sto per mangiare un fungo velenoso e una persona presente, che è a conoscenza della tossicità di quello che sto per ingerire, non mi avverte, è chiaro che ci troviamo in un caso in cui l'omissione è di certo ingiusta nel senso richiesto dal principio del danno. Ma se mi trovo in bilico su un precipizio e l'unica persona presente potrebbe togliermi da quella situazione pericolosa soltanto a prezzo di mettere a repentaglio in maniera seria la sua vita, non è altrettanto chiaro che la condotta omissiva di costui sia del tipo che il principio del danno modificato considera ingiusto. Se questi casi sono facili, così non è per tutta la gamma di fattispecie intermedie. Per esempio, siamo tutti a conoscenza del fatto che vi sono molte persone ammalate che potrebbero essere curate se fossero sottoposte a specifici trattamenti costosi che, da sole, non possono pagare. Se ciascuno di noi contribuisse con una piccola cifra, tutte queste persone (o molte di esse) potrebbero essere curate. Tuttavia, la maggior parte di noi non lo fa, antepoendo il proprio interesse (pecuniario, quindi di livello inferiore rispetto a quello alla vita) a quello delle persone malate. Non importa quali siano le ragioni che conducono a questa omissione, la sostanza non cambia. Questi casi sono esempi di quel tipo di omissione che il principio del danno considera ingiusta? A prima vista sarei portato a rispondere di no, ma certo la situazione è complessa e non può essere risolta soltanto sulla base del fatto che siamo familiari con la risposta negativa.

L'altra ragione per la punizione o per la coercizione considerata da Feinberg è quella che deriva dal principio dell'offesa in base al quale, in linea di principio, non è mai giustificato un comportamento che causi ad altri un'offesa ingiusta. Esso viene definito così:

è sempre una buona ragione in sostegno di una proibizione penale proposta che essa sia probabilmente un modo efficace di prevenire serie offese a persone diverse dall'attore, e che essa sia probabilmente un mezzo necessario per raggiungere questo fine²⁴.

Secondo Feinberg, come ho anticipato, il diritto penale è tutto qui: solo le proibizioni giustificate dal principio del danno o dal principio dell'offesa sono legittime. Le altre non lo sono.

²³ Harm to Others, 128.

²⁴ Offense to Others, p. 1.

Indipendentemente da come viene argomentata una proibizione fondata su altri principi, essa non è compatibile con le esigenze di tutela della libertà che una legislazione (penale e civile) liberale ha il fine di affermare e di proteggere.

6. *Long and Winding Road*

Scorrendo la maggior parte degli ordinamenti giuridici, anche soltanto in maniera superficiale, vediamo però che questo limite viene di rado rispettato, e che mai viene rispettato fino in fondo, senza eccezioni. La legislazione sulla droga, per esempio, è quasi ovunque repressiva, una repressione giustificata da pretese “ragioni morali” o da esplicite motivazioni paternalistiche (“ti proibisco di fare una cosa che potrebbe esserti nociva”). Le “ragioni morali” sono quasi sempre basate su una *specificata* dottrina morale (parziale e comprensiva, nel senso di Rawls) di un modello di perfezione che pretende di possedere il monopolio della moralità. Le ragioni paternalistiche, da qualunque teoria morale siano sostenute, sono sempre espressione dell’idea che le persone, lasciate a se stesse, non sono in grado di prendere decisioni “autentiche” o non sono in grado di capire quali siano i loro “veri” interessi. Lo stato, così, si deve far carico dell’onere di proteggere le persone da loro stesse; il che, in questo contesto, non significa altro che lo stato ha il potere di stabilire quali siano gli interessi che le persone devono considerare rilevanti e utili per loro stesse.

La moralità, è chiaro, è un’altra cosa. Rispetto alla punizione, essa certamente è qualcosa che pretende che nessuno sia punito se non quando ciò è davvero necessario, o che a nessuno sia impedito di fare qualcosa se non quando, facendola, ciò si rivelerebbe dannoso per altri, limitando la loro libertà in maniera seria, identificabile e quantificabile. Questo è senz’altro un problema per il diritto penale, ma lo è anche per il diritto civile. Si pensi, per esempio, alle norme che vietano la poligamia, o alla resistenza ad applicare correttamente le norme sul matrimonio in generale, che (almeno in Italia) non pongono limiti di diritto alla possibilità che due persone dello stesso sesso possano unirsi in matrimonio civile. Tanto il divieto della poligamia (esplicito) quanto quello del matrimonio omosessuale (imposto di fatto, perchè non previsto dall’ordinamento) non hanno alcuna giustificazione in un sistema giuridico ispirato ai principi di libertà, perché tanto la poligamia quanto il matrimonio omosessuale non influiscono in alcun modo sui diritti dei terzi, ma il loro divieto influisce in maniera pesante sulla libertà dei singoli ai quali le rispettive condotte vengono impedito dalle norme giuridiche (poligamia) o dal rifiuto di applicarle (matrimonio omosessuale).

La strada, certo, non è semplice né sarà breve. I pretesi custodi della moralità, dalle chiese agli ignoranti arruffapopolo di ogni parte politica, costellano la via della libertà di ostacoli montati ad arte per rendere il cammino sempre più difficile. Ma se non altro, essa è tracciata. Sarà forse lunga, e di certo sarà tortuosa, ma la nostra costanza sarà premiata, prima o poi, con la

soddisfazione di poter contemplare il panorama di un mondo libero quando avremo raggiunto la meta.