

GIORGIO MANIACI

HARM PRINCIPLE E OFFENCE PRINCIPLE  
SECONDO UN'ETICA LIBERALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sette tipi di danno. – 3. Molestie e *coming out*. – 4. *Offence principle*. – 5. Alcune critiche al principio del danno. – 6. L'indeterminatezza del principio del danno.

1. *Introduzione*

In questo articolo, individuerò sette tipi di danni, che possono essere considerati rilevanti o non rilevanti per giustificare l'uso della sanzione penale. Sette tipi di danni utili per spiegare il Principio del danno, che secondo gran parte della dottrina liberale è l'unica ragione o la ragione fondamentale per giustificare l'uso della coercizione da parte dello Stato. Questa operazione concettuale è propeudeutica per chiarire il cagionare quali tipi di danni possa essere legittimamente punito in base ad un'etica liberale, e per risolvere un problema fondamentale. Il problema è se, come vorrebbe la strategia di Feinberg, non solo l'*Harm principle*, ma anche l'*Offence principle* sia da considerarsi un principio liberale in grado di giustificare l'uso della coazione statale. In tal senso, sosterrò che difficilmente l'*Offence principle* può considerarsi un principio rigorosamente liberale, e che, in base al Principio del danno, è possibile risolvere molti casi, probabilmente tutti i casi di *offences* o *nuisances* rilevanti, svuotando, in tal senso, di utilità l'*Offence Principle*. In seguito, analizzerò alcune obiezioni classiche addotte contro il Principio del danno.

2. *Sette tipi di danno*

Il concetto di danno è centrale all'interno di una concezione liberale o antipaternalista, come nella medesima concezione di Mill<sup>1</sup>. Una delle due tesi fondamentali dell'antipaternalismo moderato, infatti, è l'idea secondo la quale lo Stato può legittimamente usare la coercizione esclusivamente, o principalmente, per evitare che un danno sia cagionato a terzi. L'altra tesi è che lo Stato, o un sogget-

<sup>1</sup> Sul concetto di danno in *On Liberty* di Mill cfr. Tincani 2009.

to agente autorizzato dallo Stato, *non* ha il diritto di usare la coercizione contro la volontà di un individuo adulto al fine, esclusivo o principale, di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico (ledendo in questo modo il suo bene), se è certo o verosimile che la volontà di tale individuo adulto di compiere attività pericolose e/o dannose si sia formata in modo razionale, sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo, e sia sufficientemente libera da pressioni coercitive. A maggior ragione, ovviamente, lo Stato non può legittimamente limitare la libertà dell'individuo, se l'azione che vuole compiere non cagiona alcun danno all'individuo medesimo<sup>2</sup>.

Ma che significa "danno"? Qual è l'interpretazione corretta di tale principio?

Le azioni che concernono solo noi stessi (*self-regarding*), che cagionano (ciò che molti o alcuni considerano un) danno solo a noi stessi, devono essere distinte dalle azioni che cagionano danno a terzi (*other-regarding*). Diversamente, una concezione antipaternalista è inapplicabile. Il concetto di danno è chiaramente descrittivo-prescrittivo, ovvero secondariamente valutativo. Come sottolinea Fiandaca «quella di "danno" (...) non è né nozione puramente concettuale, né nozione puramente empirica; si tratta al contrario di nozione profondamente intrisa di giudizi di valore»<sup>3</sup>. Una nozione, dunque, che ha una inevitabile dimensione normativo-valutativa, ma anche una dimensione fattuale. Nella misura in

<sup>2</sup> D'ora in poi, per semplicità, parlerò di antipaternalismo per riferirmi sempre all'antipaternalismo giuridico *moderato*. L'antipaternalismo è moderato perché l'individuo che ha piena sovranità sul suo corpo e sulla sua mente è un individuo che ha le caratteristiche sopraindividuate, cioè razionalità, conoscenza dei fatti rilevanti ecc. Cfr. Alemany 2006, 381 ss.; Diciotti 2005, 100 ss., 112; Feinberg 1986, 10 ss.; Feinberg 1984, 31 ss.; Mill 1997, 12 ss. Sul tema cfr. Maniaci 2012, cap. I, § 1. Feinberg denomina una concezione analoga a quella qui difesa paternalismo moderato. Cfr. Feinberg 1986, 12 ss. Secondo Feinberg «Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (...) *when but only when* that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not». Sul tema che, in questa sede, non posso approfondire cfr. Maniaci 2012.

Possiamo denominare, invece, *paternalismo giuridico* la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) *il suo bene*; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico. Cfr. Dworkin 1983, 20; Feinberg 1983, 3; Garzón Valdés 1988, 156; Atienza 1988; Garzón Valdés 2005. Per una definizione più ampia di interferenze o interventi paternalisti cfr. Gert, Culver 1976; VanDeVeer 1986, 22. Per un'approfondita analisi del concetto di paternalismo politico e giuridico cfr. Alemany 2006, cap. I, in particolare 343 ss.; Diciotti 1986, 557 ss. In questo saggio, per semplicità, parlerò di paternalismo per riferirmi sempre al paternalismo giuridico.

<sup>3</sup> Fiandaca 2010, 225.

cui non è un concetto semanticamente “vuoto”. Vi sono chiaramente enti, fatti, eventi che non possono essere, di per sé, qualificati come un “danno” (una casa, una sedia, un fulmine, un pesce).

Altrettanto facile è immaginare dei casi paradigmatici di azioni che concernono verosimilmente solo l'agente, che non ledono verosimilmente interessi di terzi. Ad esempio, il sesso sadomaso praticato da Tizio, persona benestante, a casa sua, all'insaputa di parenti, amici, vicini di casa. Si tratta, infatti, di una pratica che soddisfa un interesse di Tizio, che cagiona a Tizio lesioni al corpo al massimo guaribili in due settimane, che è del tutto improbabile (sebbene non impossibile) cagioni alcun danno economico, fisico, psicofisico, o un qualche stress emotivo ad altri soggetti agenti non consenzienti. Le spese mediche per la guarigione di tali lesioni sono, infatti, sempre sostenute da Tizio medesimo. Un caso paradigmatico di azione che lede interessi altrui potrebbe, ovviamente, essere quella di uccidere, rapinare, sequestrare un altro individuo. Vi sono, tuttavia, molti casi in relazione ai quali la risposta non è così semplice.

Qual è, dunque, la nozione preferibile di “danno”? La strategia di Joel Feinberg e di altri autori è quella, da un lato, di offrire una definizione molto vaga, indeterminata di “danno”. Dall'altro lato, consentire, in base ad una concezione etico-politica liberale, allo Stato di usare legittimamente la coercizione, non solo per evitare che vengano cagionati danni a terzi, ma anche per impedire che vengano arrecate determinate *offences* alle persone. In particolare, Feinberg distingue tra “hurts”, ad esempio iperattività, affaticamento, insonnia, debolezza, tensione, sensazione eccessiva di caldo o freddo; “offences”, stati mentali spiacevoli, ad esempio irritazione, frustrazione, disgusto, imbarazzo, ansia, senso di colpa, rabbia, vergogna, rimorso, rimpianto, noia, cagionati da una condotta sbagliata (*wrongful*) di qualcuno; e “harms” veri e propri, ad esempio danni fisici, psicofisici, economici. Sia *hurts* che *offences* sono stati mentali o fisici spiacevoli, ma che non rappresentano veri e propri danni, salvo siano esperienze prolungate o che avvengano in modo intenso e continuativo. Le “offences” a terzi non consenzienti che, secondo Feinberg, potrebbero essere proibite dal diritto penale sono quelle gravi, serie, profonde, quelle relative al disgusto, alla vergogna, all'imbarazzo che proviamo (o che alcuni provano) a causa di determinati comportamenti ingiusti adottati dagli altri (urinare o vomitare in pubblico, fare l'amore per strada)<sup>4</sup>.

Qual è, dunque, la definizione di danno di Feinberg e di altri autori?

Danno viene definito come “ciò che lede ingiustamente (*wrongly*) interessi o diritti altrui ritenuti meritevoli di tutela”<sup>5</sup>. Ora, questa ultima definizione di “danno” non è sbagliata, ma è troppo vaga, dunque si potrebbe ricadere nel pa-

<sup>4</sup> Cfr. Feinberg 1985, 2 ss.; cfr. Feinberg 1984, 45 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Feinberg 1984, 36 ss.; Spina 2010; cfr. Duff 2001, 17 ss.

ternalismo, ad esempio di matrice utilitarista, in quanto un “danno” potrebbe essere la lesione di ciò che la maggioranza considera un interesse socialmente rilevante. Oppure si potrebbe ricadere in un paternalismo di matrice perfezionista, cioè considerare rilevante l’interesse ad una «corretta fioritura» dell’essere umano, nella direzione di una vita integra, virtuosa, coraggiosa.

In tal senso, è necessario restringere il campo dei danni il cagionare i quali giustifica l’uso della coazione penale secondo un’etica genuinamente liberale. Per far ciò inizierò con l’elencare alcuni tipi di danno, abbastanza determinati, che sono considerati, in gran parte della letteratura, rilevanti al fine di giustificare l’uso della coazione penale (salvo la definizione di “danno esistenziale” che è in gran parte stipulativa):

- 1) *Danno fisico* (lesione della vita, dell’integrità fisica);
- 2) *Danno psicofisico* (lesione, sufficientemente continuativa nel tempo, della salute psicofisica, ad esempio gravi disturbi d’ansia, depressione maggiore, disturbo bipolare);
- 3) *Danno economico* (lesione di un bene materiale di valore, di un bene d’impresa);
- 4) *Danno esistenziale* (interferenza significativa nella sfera corporea/percettiva di una persona, nel suo domicilio, ovvero lesione della sua identità personale, cioè del nome, dell’immagine, della reputazione, della rappresentazione veritiera della propria identità, della riservatezza);
- 5) *Danno psicologico o psichico* (dolore psichico intenso, sufficientemente prolungato nel tempo, ad esempio per molti giorni, o per settimane, spesso accompagnato da sintomi più o meno gravi, come angoscia, insonnia, inappetenza, malinconia, debolezza. Si tratta, normalmente, di un dolore intenso che segue ad un lutto, ad una grave perdita affettiva, ad un incidente che produce invalidità, ad una malattia);
- 6) *Danno relazionale* (essere poco considerato, stimato, apprezzato in un certo gruppo sociale, in termini di qualità/quantità di relazioni sociali, amicali, partecipazioni a eventi/associazioni/riunioni di vario genere, come feste, cene, viaggi, escursioni);
- 7) *Danni*, in termini di opportunità o risorse temporali perdute, che dipendono dalla *violazione delle regole di imparzialità* della pubblica amministrazione o dalla violazione di altri diritti fondamentali residuali costituzionalmente protetti, purché compatibili con una concezione liberal-egualitaria (come il diritto all’istruzione): ad esempio Tizio riceve una prestazione burocratica molto dopo il dovuto, a causa di un abuso di ufficio o di corruzione, o è costretto a spendere ingiustamente numerose risorse temporali per ottenere la medesima prestazione. Nel caso di mancata ricezione della prestazione o nel caso in cui un soggetto agente ricevesse una prestazione burocratica non dovuta si potrebbe configurare

un danno economico, un lucro cessante o un danno emergente nel primo caso, un danno erariale nel secondo caso. Ugualmente, se Tizio viene ingiustamente discriminato nell'accesso ad una università privata<sup>6</sup>.

Oltre ai danni sopra identificati, possiamo per completezza individuare il *mero stress psicologico*, cioè l'insieme degli stati mentali spiacevoli, normalmente di breve durata (ore, pochi giorni), che un soggetto agente prova quando si trova in una situazione, ad esempio, di iperattività, affaticamento, insonnia, debolezza, tensione, sensazione eccessiva di caldo o freddo, irritazione, frustrazione, disgusto, imbarazzo, ansia, senso di colpa, rabbia, vergogna, rimorso, rimpianto, noia, dispiacere, invidia (lo stress, a sua volta, può, dal punto di vista psicologico, coincidere con alcune di queste emozioni negative, come ansia, tensione, rabbia). Tali stati spiacevoli possono derivare da eventi di qualunque tipo, come la fine di un amore o di un'amicizia, oppure un amore non corrisposto, scarsa considerazione sociale, un comportamento altrui poco rispettoso, poco gentile o educato. Non è facile, lo ammetto, distinguere il "danno psicologico" dal danno psicofisico e dal mero "stress psicologico". La differenza potrebbe essere questa.

Si ha un danno psicologico, quando un evento produce una sofferenza intensa, sufficientemente prolungata nel tempo (ma non troppo, ad esempio molti giorni o settimane), ma non produce un vero e proprio disturbo di personalità clinicamente diagnosticabile, come un disturbo d'ansia, depressivo maggiore o bipolare (i cui sintomi sono più gravi e si protraggono per mesi, anni, a seconda della gravità e producono un danno psicofisico). Mentre il "mero stress psicologico" produce stati mentali spiacevoli, spesso qualitativamente differenti, normalmente meno intensi e di breve durata (cioè di durata normalmente inferiore agli altri due). In ordine di gravità e lesività, avremmo, dunque, il danno psicofisico, il danno psicologico e il mero stress psicologico. Non è realmente importante stabilire se il mero "stress psicologico" sia concettualmente un *danno*, è una questione stipulativa, come vedremo, del tutto irrilevante. Ciò che conta è che non ha il carattere della sufficiente continuità nel tempo, che è tipico dei casi paradigmatici di danno.

Non ho volutamente inserito il "danno morale" tra i possibili danni a terzi. Non discuterò, in modo approfondito, se abbia senso parlare di danno morale (*moral harm*), intendendo con "danno morale" il fatto che compiendo certe azioni un individuo non "fiorisce" nel modo giusto, diventa una persona peggiore, corrotta, perversa, perché non coltiva le virtù, le qualità che potrebbero renderlo migliore.

<sup>6</sup> Su tali beni giuridicamente rilevanti cfr. Mantovani 1992, 203 ss. Ad essi, ovviamente, si possono aggiungere altri interessi diffusi, come la tutela del paesaggio, del patrimonio artistico, culturale, ma non è interesse di questo articolo effettuare un elenco di tutti i beni la cui tutela giustifica l'uso della coazione penale.

Credo non abbia senso, ma rinvio alle esaustive argomentazioni di Feinberg<sup>7</sup>.

Premesso, dunque, che ho distinto sette possibili danni, cioè danno fisico, danno psicofisico, danno economico, danno esistenziale, danno relazionale, danno psicologico, danni dipendenti dalla violazione delle regole di imparzialità delle P.A. (o dalla violazione di altri diritti costituzionali residuali), cui si potrebbero aggiungere il “mero stress psicologico” e il cosiddetto “danno morale”, e che le definizioni qui proposte non coincidono (interamente) con ciò che la dottrina e la giurisprudenza civile italiana denominano “danno morale” o “danno esistenziale”, sosterrò *una tesi* fondamentale.

La tesi è che una concezione etico-politica liberale, che voglia giustificare l'uso della coazione penale da parte dello Stato, non deve considerare, per motivi differenti, né il danno psicologico, né il danno relazionale, né il mero stress psicologico, né il cosiddetto “danno morale”, non importa quanto considerati ingiusti, ragioni sufficienti, da sole, per esercitare la coazione penale, salvo siano i bambini a subire un danno psicologico. I bambini possono subire, infatti, un danno psicologico anche nel caso di abbandono materiale e/o affettivo, abbandono che va assolutamente evitato, a differenza di quanto accada con gli adulti, che normalmente non hanno un diritto a non essere affettivamente abbandonati. In particolare, il mero stress psicologico, ammesso e non concesso che possa considerarsi un “danno” di qualche tipo, non dovrebbe essere considerato un danno a terzi *rilevante*<sup>8</sup>. Si tratterebbe di un interesse, la cui lesione non solo non rappresenta una *ragione sufficiente* per limitare la libertà dell'individuo mediante l'uso della forza, ma che non entra neppure nel gioco del bilanciamento degli interessi al fine di determinare la gravità degli altri danni. Il danno psichico è direttamente rilevante, e deve essere considerato come un sintomo della gravità di ciò che ho denominato danno esistenziale, mentre il danno relazionale è solo indirettamente rilevante, ma la sua rilevanza è subordinata alla presenza di un danno psicologico; entrambi, in ogni caso, non devono essere considerati, da soli, ragioni sufficienti per irrogare una sanzione penale<sup>9</sup>. Infine, non ritengo opportuno considerare, in nessun senso, quindi anche concettualmente, il “danno morale” come un *danno* (a terzi), né, “a fortiori”, come una ragione *prima facie* o conclusiva per esercitare la coazione penale, direttamente o indirettamente rilevante.

<sup>7</sup> Cfr. Feinberg 1984, 66 ss. Sul punto cfr. anche Maniaci 2017, 345 ss.

<sup>8</sup> Non mi occuperò del problema delle ragioni che possano giustificare forme di responsabilità extracontrattuale.

<sup>9</sup> Se e fino a che punto considerare il “mental distress” un *harm to others* è, ovviamente, uno dei problemi più importanti di una concezione liberale del diritto penale. Cfr. Wertheimer 1977, 306. È possibile, e giusto, considerare, invece, il danno psicologico come uno degli indici (o sintomi) fondamentali della *gravità* dell'interferenza nella sfera corporea o percettiva (cioè del danno esistenziale). In quanto maggiore è la gravità dell'interferenza, maggiore ovviamente dovrebbe essere la sanzione prevista, maggiori le aggravanti, le sanzioni accessorie.

Per quali ragioni, in ultima analisi, il danno psicologico, per quanto da alcuni considerato ingiusto, non dovrebbe essere considerato, da solo, una ragione sufficiente per giustificare l'uso della coercizione. Per chi crede in un'etica profondamente liberale non ci sarebbe bisogno di alcuna giustificazione, ma non tutti sono convinti in tal senso. Alcune ragioni le spiegherò nel prosieguo, sottolineando che la vita delle persone potrebbe facilmente essere distrutta se si tenesse conto dell'eventuale danno psicologico che la maggior parte dei familiari, amici, condomini, abitanti del quartiere o nella stessa città di Tizio subirebbe a causa della mera conoscenza che Tizio compie azioni ritenute disgustose nel suo appartamento. Tuttavia, una ragione fondamentale l'anticipo subito. A nessun giudice sano di mente nei Paesi occidentali verrebbe in mente di condannare Tizio al risarcimento del danno nei confronti di Caio, e degli altri vicini di casa di Tizio, in quanto Caio, e tutti gli altri vicini di casa di Tizio, sono a conoscenza del fatto che Tizio nel suo appartamento compie atti ritenuti profondamente osceni e disgustosi secondo Caio e gli altri vicini di casa di Tizio. Tizio, ad esempio, sniffa cocaina, seduce giovani diciottenni, fa orge, si masturba davanti a film pornografici, fa sesso sadomaso con prostitute orientali, e a causa di ciò Caio e gli altri vicini di casa di Tizio provano rabbia, disgusto, sentimento di offesa e altre emozioni negative per giorni o settimane. E Tizio è a conoscenza di ciò che provoca il suo comportamento. Se Tizio non dovrebbe ragionevolmente essere condannato al risarcimento del danno, perché Caio e gli altri vicini di casa di Tizio sanno che compie atti ritenuti moralmente disgustosi a casa sua e ne subiscono a causa di ciò un danno psicologico, allora *a fortiori* non credo che la coazione penale dovrebbe essere utilizzata per impedire che adulti razionali, consenzienti e sufficientemente liberi da pressioni coercitive compiano determinati atti in privato, o in luoghi aperti al pubblico, ma durante cerimonie o procedure private (estese solo alle persone invitate), come una cappella mortuaria (imbalsamazione o cremazione), una stanza d'ospedale (aborto entro il terzo mese, eutanasia o suicidio assistito), un bordello, una camera d'albergo, un municipio (matrimonio tra omosessuali o fra tre persone tutte consenzienti), una casa dell'oppio. Anche se molte persone provano rabbia, disgusto e altre emozioni negative nel venire a conoscenza che tali eventi accadono nella loro città<sup>10</sup>. Ovviamente, la celebrazione del matrimonio è un evento tendenzialmen-

<sup>10</sup> Per una conclusione analoga, basata su premesse parzialmente differenti, cfr. Tincani 2009, 67 ss. Si potrebbe ritenere che se la celebrazione del matrimonio è un evento tendenzialmente privato, altri eventi non lo sarebbero, ad esempio il fatto che i genitori omosessuali di un bambino vadano al ricevimento a scuola del figlio (avuto con la fecondazione eterologa o l'utero in affitto) o alla riunione di condominio. Tali eventi, tuttavia, come tanti altri, non dipendono dal matrimonio, ma dall'aver un bambino e dalla convivenza insieme dei due omosessuali. Altri diritti, connessi al matrimonio, sarebbero, in ogni caso, esercitati in maniera privata o tendenzialmente privata, come recarsi in visita in ospedale, ricevere un'eredità in caso di morte del coniuge, subentrare nel contratto di affitto, ecc.

te privato, nonostante il pubblico ufficiale e i testimoni, dal punto di vista della partecipazione o della conoscenza di terzi, nel senso che è riservato agli invitati (salvo diversa volontà dei coniugi), e che coloro che non vogliono partecipare possono non farlo. La prova è che alcune celebrità si sposano in forma privata, alcuni addirittura in segreto, o che, invece, altre celebrità vendono i diritti di immagine del matrimonio. Anche il testamento pubblico, da questo punto di vista, redatto da un notaio di fronte a testimoni ha valore di atto pubblico, ed è redatto da un pubblico ufficiale, ma non di meno, dal punto di vista di soggetti terzi rispetto al testatore e ai testimoni, è un evento del tutto privato.

Si potrebbe obiettare che è assurdo condannare Tizio al risarcimento del danno, in quanto Tizio cagiona un danno psicologico a Caio, e agli altri suoi vicini di casa, perché il danno, risultato dell'azione compiuta, non è provocato con dolo o colpa, nel senso di imperizia, negligenza o imprudenza. Appunto. Sarebbe assurdo condannare civilmente Tizio, in questo caso, perché il cagionare un danno psicologico a terzi non è compiuto con dolo o colpa. Allo stesso modo, è assurdo condannare penalmente un medico che compie un atto di eutanasia su un adulto razionale e consenziente, proprio perché il medico e il paziente non cagionano, ammesso che sia così, un danno psicologico (rabbia, sentimento di offesa) a terzi con dolo o colpa. Si potrebbe controbiettare che se Tizio compie un atto privato o tendenzialmente privato, che è ritenuto osceno o immorale, come orge con altri adulti di ambo i sessi, allora egli potrebbe immaginarsi che tale atto potrebbe essere conosciuto da terzi, e che tale atto potrebbe provocare un danno psicologico a terzi, allora il cagionare un danno psicologico è una conseguenza meramente possibile delle sue azioni (fare orge in privato). Dunque, il danno psicologico potrebbe essere cagionato con dolo eventuale, in quanto Tizio si rappresenta la possibilità che un tale danno psicologico venga prodotto a terzi, come conseguenza delle sue azioni, e ne accetta il rischio. Anche se ciò fosse vero, resterebbero tre obiezioni. La prima è che la probabilità che un danno psicologico si produca è molto scarsa, perché essendo l'atto in questione essenzialmente privato è improbabile che qualcuno ne venga a conoscenza, dunque si può dubitare che si possa parlare di danno cagionato con dolo eventuale. In secondo luogo, vi sono, abbiamo visto sopra, attività sessuali di vario genere che vengono compiute in privato, anche se sono considerate da alcuni oscene, senza essere sanzionate dall'ordinamento, per ragioni di coerenza anche altre attività, tendenzialmente private, come la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso, dovrebbero essere lecite, perché la probabilità che esse vengano a conoscenza di terzi è ugualmente molto bassa (salvo il caso di celebrità). In terzo luogo, obiezione tranchant, anche ci fosse dolo eventuale, proprio il fatto che comunemente

non si ritiene il comportamento di Tizio civilmente sanzionabile, anche se la conoscenza che nel suo appartamento avvengono atti ritenuti osceni e disgustosi provoca danni psicologici a terzi, fa comprendere perché il danno psicologico non dovrebbe essere considerato, da solo, ragione sufficiente per giustificare l'uso della sanzione penale.

*[Mio figlio] era tutto per me, tutto, come un braccio mio,  
come le gambe mie, ero io, solo più giovane  
...e gli dovevano piacere le femmine, come piacciono a me, hai capito?  
...se lo immagino con un altro uomo io non ce la faccio,  
mi va il sangue alla testa, mi va...  
(...) mi vergogno, non posso uscire più di casa...*

*(Mine vaganti, di Ferzan Ozpetek, 2010)*

### 3. Molestie e coming out

Per mostrare, più precisamente, perché l'interpretazione qui offerta del Principio del danno, come principio in grado di giustificare l'uso della coercizione da parte dello Stato, sia preferibile ad altre, e soprattutto l'importanza e il contenuto di ciò che ho denominato danno esistenziale, comincerò analizzando alcuni casi tipicamente problematici nella distinzione tra azioni che (secondo molti o alcuni) ledono soltanto gli interessi dell'agente che le compie, e azioni che ledono interessi altrui. Attraverso l'analisi di questi casi comprenderemo meglio la concezione che ho in mente.

Immaginiamo – è il caso numero uno – che Caia sia omosessuale, e che conviva con una donna, e che Caia comunichi, per la prima volta, ad amici e parenti la notizia. Tale comunicazione è necessaria, perché non c'è altro modo per far conoscere alla sua famiglia la sua identità sessuale. Immaginiamo che, nella società molto conservatrice in cui vive Caia, l'azione da lei compiuta, il convivere con un'altra donna, abbia le seguenti caratteristiche: a) soddisfa un interesse o una preferenza di Caia medesima; b) è ragionevole prevedere cagionerà, o aumenta in modo significativo il rischio di cagionare, un danno economico o relazionale all'agente medesimo; c) è molto probabile che tale azione cagioni, nel contesto molto conservatore in cui vive Caia, un danno psicologico o uno stress psicologico ad altri, affettivamente coinvolti, come amici, genitori, parenti; d) è certo o molto probabile che tale azione non cagionerà un danno fisico, psicofisico o economico a terzi non consenzienti.

Immaginiamo, invece – è il caso numero due – che Tizio molesti sessualmente le sue colleghe, ad esempio toccando spesso loro il seno in pubblico, o facendo telefonate anonime e oscene nel cuore della notte. Ipotizziamo che, an-

che in questo caso, Tizio compia un'azione che: a) soddisfa una sua preferenza fondamentale; (b) è ragionevole prevedere cagionerà, o aumenta il rischio di cagionare, una volta scoperta, un danno relazionale all'agente medesimo; c) è certo o molto probabile che tale azione cagioni uno stress, o un danno psicologico a terzi, innanzitutto la vittima, ma anche amici, genitori, parenti dell'aggressore o della vittima; d) è certo o probabile che tale azione non cagionerà un danno fisico, psicofisico, o economico a terzi.

Sembra ovvio che il compimento della prima azione debba essere permesso, mentre il compimento della seconda no. Ma perché? Se il principio fosse che lo Stato non può legittimamente impedire, mediante l'uso della coercizione, il compimento di azioni che non cagionano danni a terzi, e se il concetto di danno a terzi rilevante fosse soltanto il danno economico, fisico, psicofisico, allora alcune molestie dovrebbero essere permesse.

Da un lato, l'idea che il concetto di danno rilevante ai fini del Principio del danno sia soltanto il danno fisico, economico o psicofisico sembra confliggere con alcune intuizioni giuridiche e morali che molti, me compreso, condividono, cioè che le molestie o le offese, sessuali o di altro genere, dovrebbero essere proibite. Dall'altro lato, sembra a sua volta indispensabile che l'evento ritenuto rilevante *non* sia soltanto il danno o lo stress *psicologico*, altrimenti non riusciremmo più a distinguere il caso della molestia da quello dei genitori che potrebbero essere molto dispiaciuti (in un contesto molto conservatore) del fatto che la propria figlia sia lesbica. Il principio base, dunque, che dovrebbe governare l'uso della coazione da parte dello Stato non è una metrica dell'utilità individuale o collettiva. Non è importante calcolare se sia maggiore il piacere del molestatore, rispetto allo stress emotivo della vittima, né tenere conto di una metrica dell'utilità collettiva, cioè il ribrezzo, il disgusto, la vergogna, la rabbia che la maggioranza prova nel venire a conoscenza che una determinata azione è stata compiuta da un individuo. È possibile, infatti, che la maggioranza dei parenti o degli amici di Tizio, oppure la maggioranza degli abitanti della città in cui Tizio vive e lavora, sarebbe molto più felice, o proverebbe molta più soddisfazione, se Tizio non praticasse il sesso sadomaso a casa sua, o non divorziasse dalla moglie (o qualunque altra cosa), molto più felice, in ipotesi, di quanto felice sarebbe Tizio se gli fosse consentito di praticare il sesso sadomaso a casa sua o di divorziare. È possibile, infatti, che il *saldo* dell'utilità collettiva (qualunque cosa intendiamo con "utilità", se piacere, felicità, soddisfazione delle preferenze) sia sfavorevole a Tizio. Perché, per quanto Tizio possa essere estremamente felice, qualora gli fosse permesso di divorziare, la somma della felicità di ciascun membro della maggioranza della collettività, nel caso in cui Tizio non divorzi, potrebbe essere sempre maggiore. Ciò che conta, dunque, non è il calcolo dell'utilità individuale o collettiva. Ciò che conta è che abbiamo una

sovranità totale sul nostro corpo, sulla nostra persona, sul nostro domicilio e sulla nostra identità personale, e che, al contrario, non abbiamo alcuna sovranità sul corpo e sull'identità degli altri.

Cosa è indispensabile alle persone per programmare e portare a termine qualunque piano di vita, oltre al fatto che nessuno cagioni loro (ingiustamente) un danno fisico, psicofisico o economico? Come minimo *tre cose*.

Innanzitutto, se le persone potessero legittimamente e liberamente interferire con la nostra sfera corporea, o con il nostro domicilio, anche senza cagionare danni fisici o psicofisici, ciò altererebbe la nostra vita di relazione o i nostri piani di vita. Immaginiamo che qualcuno potesse toccarci, parlare con noi, urlare contro di noi, invadere il nostro spazio, per un tempo sufficientemente lungo, senza il nostro consenso. Tale limitazione della libertà di movimento, equivalente ad un temporaneo sequestro, non sarebbe meno grave di subire determinati danni fisici o economici.

*Se siamo padroni di qualcosa, siamo padroni del nostro corpo.* Nessuna azione altrui che disponga, o che voglia "usare/disporre", del nostro corpo dovrebbe essere ammessa, senza il nostro consenso. Indipendentemente dal fatto che tale interferenza cagioni o meno un danno (fisico, ecc.) al nostro corpo, o uno stress emotivo significativo<sup>11</sup>. «Che sia (...) una casa, una stanza, una cella o una tenda, lo spazio abitato rappresenta per la persona il campo in cui ha potere di agire, i confini entro i quali è padrone di sé e delle sue azioni. Abitare un posto che non appartiene – nel senso che non è modificabile e adattabile a sé, che non rispecchia il proprio gusto o che non si ha la libertà di percorrere – significa non avere un vero e proprio campo di azione». Questa mancanza di autonomia in relazione allo spazio, questa assenza di indipendenza rispetto allo spazio caratterizza forme gravi di subalternità, di oppressione (fisica e psicologica), come quella di «una popolazione il cui territorio è stato occupato: le loro abitazioni possono essere demolite e le terre espropriate senza previa informazione, gli accessi alle strade negati, l'urbanistica ripensata nello stile e nell'interesse degli occupanti»<sup>12</sup>. Dunque, non soltanto sul proprio corpo, ma anche sullo spazio da lui abitato l'individuo è, o dovrebbe essere, sovrano.

Sarebbe, in secondo luogo, ugualmente impossibile realizzare i nostri desideri e piani di vita, se le persone che ci sono affettivamente legate (genitori, amici, parenti, colleghi, figli ormai adulti) potessero condizionarci nelle nostre scelte, nel decidere se e con chi dobbiamo sposarci o convivere, se, quando e con chi avere figli, quale lavoro svolgere e dove svolgerlo, in quale città vivere, in ragione del danno o dello stress psicologico che certe scelte cagionerebbero loro<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Per considerazioni simili cfr. Tadros 2011, 48.

<sup>12</sup> Bartoli 2008, 55-56.

<sup>13</sup> Differente è il caso dei figli piccoli o dei minori, perché non dare loro un'educazione adeguata, un equilibrio affettivo, non adempiere ai doveri di istruzione, educazione, mantenimento,

Infine, nel mondo contemporaneo la possibilità per qualcuno di realizzare i propri piani di vita, qualunque essi siano, ad esempio diventare chimico, aviatore, calciatore, collezionista di francobolli, dandy, nullafacente, imprenditore, operaio, coltivatore di bachi da seta, “donnaiolo”, uomo politico o cacciatore di dote, non dipende soltanto dall’assenza di interferenze significative non volute nella sua sfera corporea/percettiva da parte di altri, o di condizionamenti significativi da parte delle persone che gli sono affettivamente legate. Dipende in modo essenziale, purtroppo, anche da ciò che gli altri pensano di noi, da ciò che sanno, da come siamo rappresentati, da come siamo qualificati o considerati. L’essere rappresentati in modo corretto, veritiero, rispettoso, nonché nei limiti di ciò che vogliamo che gli altri sappiano della nostra vita privata, è un elemento essenziale al fine di realizzare i nostri piani di vita. Perché è naturale che le persone agiscano in base a ciò che sanno, o credono di sapere, e si comportino in base a ciò che sanno o pensano di sapere delle altre persone. È essenziale, dunque, che siamo sovrani in relazione all’immagine che gli altri hanno di noi, sovrani di modificare l’immagine che non corrisponde alla realtà, ma anche sovrani di filtrare, entro certi limiti determinati dalla tutela di altri interessi pubblici in gioco, le notizie che riteniamo debbano essere “pubbliche”, e quelle che, invece, devono rimanere private.

Ecco perché il danno esistenziale, le lesioni della nostra identità personale<sup>14</sup>, della nostra immagine e reputazione, sono gravi, a volte più gravi di determinati danni economici. Perché in un mondo in cui beni e servizi fondamentali, materiali e immateriali, sono prodotti da esseri umani, nell’interazione con altri esseri umani, per realizzare i nostri desideri non abbiamo bisogno soltanto di credenze vere o corrette sul mondo esterno, ad esempio sapere se il bicchiere che ho davanti è pieno di gin o acqua, ma anche credenze corrette sulle altre persone, almeno in relazione a notizie pubbliche o a personaggi pubblici. Ad esempio, abbiamo bisogno di sapere se un certo politico è stato condannato per concorso in associazione mafiosa, se una persona è diventata ministro perché ha avuto rapporti sessuali con il capo del governo, se un nostro collega tradisce apertamente la moglie, come una persona si comporta in pubblico, credenze la cui attendibilità dipende molto spesso, a causa della scarsità di risorse, o dell’impossibilità di acquisire con certezza determinate informazioni, dalle opinioni altrui.

Dunque, la concezione antipaternalista o liberale qui sostenuta può essere ri-

porta loro dei danni economici e psicofisici consistenti. In altri termini, la nascita di un figlio non può non condizionare la vita di una persona, il suo lavoro, il luogo in cui vivere. Il che è coerente con una concezione che tutela l’autonomia dell’individuo. Nel XXI secolo, in Occidente, considerando che esistono varie tecniche anticoncezionali e abortive, è bizzarro pensare che la nascita di un figlio non sia normalmente *voluta*, in qualche senso, dai genitori (salvo inganno da parte di uno dei due, caso fortuito o forza maggiore).

<sup>14</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 7.2.1996, n. 978; Pino 2003.

formulata in questo modo. Lo Stato può legittimamente esercitare la forza, contro la volontà di un individuo, qualora questi:

a) cagioni, o rischi o tenti seriamente di cagionare, (ingiustamente) un danno fisico, psicofisico, economico, esistenziale o un danno, in termini di opportunità e risorse temporali perdute, che dipende dalla *violazione delle regole di imparzialità* della pubblica amministrazione a terzi o di altro diritto fondamentale residuale, purché il danno sia ingiusto.

b) dove azioni che cagionano un danno esistenziale sono quelle che interferiscono in modo significativo (innanzitutto, cioè, in modo non eventuale) nella sfera corporea/percettiva o nel domicilio di un soggetto agente non consenziente, alterandone il piano di vita, la vita di relazione o cagionando un disturbo considerato significativo, ovvero sono azioni che ledono l'identità personale dell'agente medesimo.

c) che, tuttavia, potrebbero cagionare, o è ragionevolmente prevedibile che cagioneranno, un danno (o uno stress) psicologico a terzi.

d) che, tuttavia, cagionano o potrebbero ragionevolmente cagionare un danno fisico, psicofisico o di altro genere all'agente medesimo o ad altri soggetti agenti consenzienti.

In tal senso, in seno alla concezione antipaternalista o liberale qui difesa abbiamo *tre cerchi concentrici*, che rappresentano la sfera di sovranità dell'individuo: (1) il corpo e la mente, (2) il domicilio (eventualmente esteso alla propria automobile o alla propria tomba), (3) l'identità personale, di cui fanno parte il nome, l'immagine, la riservatezza, la reputazione (cioè la propria identità pubblica), la rappresentazione corretta della propria identità (privata). La sfera di sovranità, con i suoi cerchi concentrici, si giustifica, come abbiamo visto, in base al valore dell'autonomia, il diritto delle persone di plasmare il proprio destino (nei limiti umanamente possibili) in base alle proprie preferenze, desideri, valori. Valore dell'autonomia che va declinato in base ad una concezione liberal-egualitaria, simile, ma non necessariamente uguale, a quella di Rawls e Dworkin, che tutela non solo i diritti di libertà e politici, ma anche i diritti sociali, e non in base ad una concezione libertaria. Tale sovranità assoluta, sebbene di matrice non utilitarista, non è frutto di una cattiva metafisica, non ha carattere sovraempirico, non ci allontana dalla "Terra" e dalle sue catene. C'è un legame concettuale tra volontà libera da pressioni coercitive e razionale e benessere psicofisico. Nella misura in cui una persona razionale, normalmente, vuole certe cose perché queste hanno per lei un valore, realizzano (in qualche senso) il suo benessere, la sua felicità. Bentham e i suoi insegnamenti sono, dunque, meno lontani di quanto sembri. Non tuteliamo la volontà libera da pressioni coercitive e razionale dell'individuo *per puro caso*. Presumiamo, senza, tuttavia, che sia necessario misurarne il grado e l'intensità, che le persone razionali fuggano il dolore (o ciò

che considerano tale) e cerchino (in senso lato) il piacere, l'utilità, la felicità o la salvezza (o ciò che considerano tale). Il punto è che la concezione liberale, a differenza di quella utilitarista, creando questa sfera protetta dell'individuo, tutela, entro certi limiti, il benessere, la felicità, la salvezza (anche) della minoranza contro la maggioranza<sup>15</sup>.

Per valutare se il Principio del danno così interpretato funzioni, esso va testato sui casi di molestie ordinarie, come molestie sessuali, violazioni della privacy, ingiuria e diffamazione, cioè in base alle nostre intuizioni morali ordinarie. Questo principio ci consente, come dovremmo, di punire l'azione del molestatore, ma non l'*outing* della fanciulla lesbica? La risposta è sì. La linea che separa le due azioni che abbiamo ipoteticamente considerato, cioè l'*outing* della ragazza omosessuale e l'azione del molestatore, non dipende, dunque, dal misurare quanto danno o stress psicologico soffrano le persone, perché il padre della ragazza omosessuale che effettua un *coming out* in famiglia potrebbe soffrire uno stress emotivo molto maggiore della donna cui viene toccato una singola volta il seno. Piuttosto dipende da una considerazione.

C'è una differenza importante tra l'interferenza del molestatore nella sfera della vittima e quella della ragazza omosessuale nella sfera del padre. La ragazza omosessuale non interferisce in modo significativo nella sfera corporea del padre, non *usa il corpo del padre*, non interferisce normalmente in modo intenzionale, cioè con dolo intenzionale, con la sfera percettiva del padre, né altera normalmente il piano di vita di quest'ultimo, salvo che l'unica missione nella vita di suo padre sia rendere i suoi figli persone virtuose (in base ad una certa idea di virtù). Interferisce, soprattutto, con la sua sfera affettiva. L'interferenza del molestatore nella sfera corporea della vittima, è, invece, *significativa*, perché è intenzionale, non è eventuale, cioè una conseguenza meramente possibile delle sue azioni. Anche la ragazza omosessuale potrebbe interferire con la sfera percettiva del padre, ad esempio quando gli comunica che è lesbica, oppure quando il padre la incontra con la fidanzata per strada, ma tale comunicazione diretta, oltre ad essere in qualche modo concentrata in uno spazio-tempo molto ridotto, è solo eventuale, cioè non è parte integrante del suo essere omosessuale, o del compiere atti sessuali che implicano un certo uso del proprio corpo. L'essere omosessuale non ha nulla a che vedere con il piano di vita del padre della fanciulla lesbica, se non con il piano di vita che suo padre, egoisticamente, aveva pensato per lei, né implica necessariamente un'interferenza intenzionale con la sfera corporea/percettiva del padre, e il danno psicologico che ne potrebbe derivare è una conseguenza meramente possibile di quella interferenza, cioè della prima volta in cui avviene la comunicazione di essere lesbica, cioè non viene cagionato con dolo intenzionale o

<sup>15</sup> In senso adesivo, Fiandaca 2010, 231-232; Hart 1968, 97.

diretto. La ragazza potrebbe vivere in un altro quartiere, in un'altra città, e non incontrarlo mai, incontrare la madre da sola.

Si potrebbe obiettare che la figlia poteva sapere quale sarebbe stata la reazione del padre, che in passato aveva avuto atteggiamenti omofobi, dunque ci sarebbe dolo diretto: due controbiezioni. Innanzitutto, nessuno può sapere con certezza quale sarebbe la reazione di un genitore di fronte all'omosessualità della *propria* figlia, non di qualcun altro. In ogni caso, anche se vi fosse danno esistenziale, cosa che non c'è, non sarebbe un danno ingiusto; il fatto che X cagioni un danno è una ragione solo *prima facie* per punire, per sanzionare, altrimenti si dovrebbero punire tutte le imprese che facendo concorrenza ad altre imprese cagionano loro un danno economico, che è considerato giusto. Non sarebbe un danno ingiusto, perché è indispensabile nei rapporti genitori-figli che i figli abbiano la possibilità di dichiarare la propria sessualità almeno la prima volta. Se, invece, la figlia costringesse il padre omofobo ad ascoltare i dettagli erotici dei suoi rapporti con la partner potrebbe esserci danno esistenziale e molestia.

In ogni caso, come già detto, tale rivelazione al padre sulla propria identità sessuale è importante per sapere con certezza come il padre si comporterà in proposito, mentre il molestatore sa come si comporteranno, probabilmente, le donne che molesta (o in ogni caso ha altri modi, differenti dalle molestie, per sapere se vogliono essere toccate).

Al contrario, il molestatore interferisce sistematicamente in modo intenzionale con la sfera corporea/percettiva, fisica, della vittima, così come chi insulta gli altri cagiona un danno psicologico, risultato di un'interferenza nella sfera corporea, con dolo intenzionale o diretto. Questo è parte integrante del suo essere molestatore, è parte integrante del suo agire. Il *corpo dell'altro* è parte integrante, indispensabile della descrizione che egli farebbe ragionevolmente della sua azione intenzionale. Se una persona vuole insistentemente toccarmi, parlare *con me*, telefonarmi o mostrarsi nudo davanti a me, allora io, il mio corpo, la mia sfera corporea/percettiva, tutto questo è parte essenziale dell'azione, perché quella determinata azione molesta non può essere compiuta, se non ci sono di mezzo io, col mio corpo.

Certo, è ovvio che l'interferenza del molestatore sia più grave anche da altri punti di vista. Perché interferisce in modo significativo con la sfera psichica, fisica e affettiva della vittima, modificandone il piano di vita, nella misura in cui molestie continue, lo stesso vale per gli insulti, alterano o possono alterare la vita di relazione, la percezione che gli altri hanno, della vittima, la sua identità personale, la possibilità di compiere certe azioni, quali passeggiare tranquilla nel parco, dormire serena. Chiaramente una singola molestia, in uno spazio-tempo determinato e ristretto, potrebbe non essere idonea ad alterare la vita di relazione, probabilmente, a seconda della personalità della vittima, neppure ad arrecare una "sofferenza psicologica grave", ma molestie continuate nel tempo sì, quindi non è

opportuno che sia permessa neppure una singola molestia. Altrimenti sarebbero ammissibili “singole”, brevi, molestie compiute, o “singoli” insulti effettuati, da tante persone differenti. Tuttavia, la questione fondamentale, in base ad una concezione liberale, è se l’interferenza nella sfera corporea/percettiva dell’altro è, o non è, parte integrante della descrizione che ragionevolmente si farebbe di quell’azione (l’azione di effettuare telefonate notturne e oscene o di convivere con un’altra donna).

Sulla base di quanto detto si può facilmente risolvere anche il caso nel quale il padre della fanciulla che ha fatto *coming out* fosse fortemente discriminato dalla comunità conservatrice in cui vive (perché ha una figlia omosessuale), cioè se la sua reputazione subisse una lesione. In questo caso, la lesione della reputazione non sarebbe normalmente compiuta intenzionalmente dalla figlia, quindi sarebbe difficile individuare un danno esistenziale.

Il Principio del danno, così interpretato, consente di risolvere un gran numero di casi. Consente di proibire non solo telefonate oscene, ma anche qualunque altra molestia, seccatura, comprese ingiurie, telefonate moleste di ex-amici, ex-amanti, ex-mariti, seccatori occasionali. Ad esempio, il datore di lavoro che tutte le mattine tocca i lobi delle orecchie e sussurra all’orecchio parole dolci al proprio dipendente metterebbe in atto un comportamento che sarebbe molestia sessuale, punibile in quanto produce danno esistenziale. Ancora, l’art. 660 c.p. punisce la molestia o il disturbo per petulanza, considerabili, ai nostri fini, sempre danno esistenziale. Secondo la giurisprudenza per “petulanza” deve intendersi un modo di agire pressante, indiscreto e impertinente che sgradevolmente interferisca nella sfera della libertà e della quiete di altre persone (Cass. pen., sez. I, 26.11.1998, n. 13555). Ovvero, a parere della Suprema Corte “ai fini della configurabilità del reato di molestie, previsto dall’art. 660 cod. pen., per petulanza si intende un atteggiamento di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nella altrui sfera di libertà, con la conseguenza che la pluralità di azioni di disturbo integra l’elemento materiale costitutivo del reato e non è, quindi, riconducibile all’ipotesi del reato continuato” (Cass. pen., sez. I, 24.11.2011, n. 6908).

Nella stessa direzione della punibilità della condotta che produce danno esistenziale, troviamo il reato di atti persecutori, ovvero *stalking*, introdotto recentemente con l’art. 612-*bis* c.p. Secondo la giurisprudenza è configurabile la condotta di atti persecutori tramite molestie, ad esempio, nel comportamento di chi reiteratamente telefona alla persona offesa presso il luogo di lavoro trasmettendo messaggi dal contenuto ingiurioso e con riferimenti espliciti alla vita sessuale, così cagionando un grave e perdurante stato d’ansia (T. Milano, 5.9.2009); o nel comportamento di chi reiteratamente invia alla persona offesa “sms” e messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti “social network”, nonché divulghi attraverso questi ultimi filmati ritraenti rapporti sessuali intrattenuti dall’autore del reato con la medesima

(Cass. pen., sez VI, 16.7.2010, n. 32404); o, ancora, nel comportamento di chi, con pedinamenti sistematici, appostamenti e con una serie continua di telefonate, offendendone il decoro e l'onore della persona offesa, inviando delle missive all'indirizzo della stessa, abbia ingenerato nella vittima un continuativo stato di preoccupazione ed una sensibile modificazione delle normali abitudini di vita (A. Milano, 27.9.2011). Integra il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p. anche la reiterata redazione e ripetuta diffusione di messaggi funzionali a umiliare due coniugi, a violare la loro riservatezza, a rappresentare la vita sessuale della moglie come aperta a soggetti estranei (Cass. pen., sez. V, 5.3.2015, n. 29826).

Coerentemente con la nozione di danno esistenziale, il reato di *stalking* prevede che il danno psicologico subito dalla vittima (attraverso o un perdurante e grave stato di ansia o di paura; o un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, o di persona al medesimo legata da relazione affettiva; o costrizione della vittima ad alterare le proprie abitudini di vita) sia solo una condizione necessaria, ma non sufficiente a costituire lo *stalking*. È, altresì, necessario che vi siano condotte reiterate di minaccia o molestia, che rappresentano un'interferenza significativa nella sfera corporea/percettiva di qualcuno. Com'è evidente, gli esempi di condotte che cagionano danno esistenziale e che sono punite dal codice penale potrebbero continuare con il reato di ingiuria (art. 594), diffamazione (art. 595), violenza privata (art. 610), violazione di domicilio (art. 614), interferenze illecite nella vita privata (615-*bis*)<sup>16</sup>.

È evidente che, per la maggior parte delle persone, sarebbe maggiore lo stress subito nel caso di molestie sessuali, ingiurie, telefonate oscene, rispetto allo stress subito nel caso di telefonate di seccatori, di persone che vogliono insistentemente parlare con loro, di pubblicità telefonica non voluta. Ma, come abbiamo visto, non è tanto la quantità di stress subito a causa dell'interferenza nella sfera corporea/percettiva che conta, piuttosto il nostro diritto di creare una barriera tra noi, il nostro corpo, il nostro domicilio e gli altri. Ciò che conta è il fatto che tale interferenza nella nostra sfera corporea/percettiva sia "intenzionale", cioè parte essenziale dell'azione voluta e compiuta dal seccatore/molestatore. "Intenzionale" nel senso inteso sopra.

Si potrebbe ulteriormente distinguere l'interferenza nella sfera corporea altrui e l'interferenza nella sfera percettiva. Nel caso dell'interferenza corporea, che avviene quando qualcuno, ad esempio, mi tocca oppure urina, mi defeca, addosso, si può considerare con certezza "non eventuale" anche l'interferenza effettuata con dolo diretto, cioè quando l'individuo usa il proprio corpo per compiere un'azione attraverso la quale *non* vuole intenzionalmente usare il corpo altrui, perché il corpo altrui non è il suo bersaglio, ma il cui risultato certo o ampiamen-

<sup>16</sup> Crespi, Stella, Zuccalà 2001, 1924 ss.

te prevedibile è un'interferenza nella sfera corporea della vittima. Ad esempio, pensiamo ad un individuo che urina in balcone, perché gli piace, con la conseguenza, facilmente prevedibile, di sporcare quelli che passano sotto. Mentre, nel caso della invasione della sfera percettiva, si potrebbe considerare sicuramente "significativa", cioè non eventuale, solo l'interferenza compiuta con dolo intenzionale, cioè l'interferenza di qualcuno che vuole insistentemente (o mi perseguita per) parlare con me, cantare con me, ingiuriarmi. Differente è il caso di un individuo che canta per strada, di un nudista, di un travestito che va a fare la spesa, di una donna con minigonna e lunghi e "osceni" tacchi rossi, di una persona al bar che racconta una barzelletta "sessista" o "razzista". In questi ultimi casi, non è chiaro, o è più difficile stabilire, se l'interferenza nella sfera percettiva delle persone, o di alcune persone in particolare, presenti sia una conseguenza del tutto eventuale, cioè se compiuta con dolo diretto o eventuale, dell'azione, sebbene possa arrecare uguale o maggiore disturbo ad alcune persone presenti rispetto ad azioni di seccatori, esibizionisti.

Quanto detto mi consente di precisare che il diritto a rescindere legami affettivi, relazioni amicali o sociali (in assenza di danni a terzi, ad esempio nei confronti dei figli piccoli), ovvero ciò che può essere definito *il diritto ad essere lasciati in pace*, che è un corollario di una concezione antipaternalista, si tutela anche attraverso un bilanciamento ragionevole dei possibili danni in campo, in altri termini dando prevalenza, nel caso delle relazioni affettive, al danno esistenziale sul danno psichico e psicofisico. Anche se i genitori, i nipoti, gli zii, gli amici, soffrissero *le pene dell'Inferno* (danno psichico o addirittura psicofisico), perché Tizio è omosessuale, assume cocaina, vuole espatriare in India o vuole suicidarsi in quanto gravemente malato, il danno psicologico o psicofisico subito dai parenti o dagli amici non dovrebbe essere ritenuto più importante della limitazione della libertà di Tizio. Del resto, attribuire il diritto alla propria identità sessuale, il diritto alla privacy, il diritto di divorziare, di espatriare (assolti eventuali obblighi contrattuali o legali dipendenti da norme poste a tutela di interessi di terzi), di rifiutare le cure in caso di grave malattia, di sospendere o interrompere un trattamento sanitario che mantiene un paziente in vita (ventilazione, alimentazione artificiale), come accade in molti Stati occidentali, significa essenzialmente lasciare che l'individuo possa rescindere i legami affettivi con la comunità di appartenenza. E non potrebbe essere diversamente. Altrimenti, l'individuo ne sarebbe schiavo.

Immaginiamo il caso più eclatante, quello di una relazione amorosa. Se lo Stato imponesse a Tizio l'obbligo di non rescindere, in determinati casi, una relazione amorosa, se e in quanto Sempronia, la sua compagna, ne soffrirebbe terribilmente o si suiciderebbe in caso di separazione da Tizio, ovvero se, per ipotesi, il danno psichico o psicofisico che Sempronia, partner "abbandonato", subisse fosse maggiore di quello che subirebbe Tizio, qualora fosse costretto a "non lascia-

re” Sempronia, quali conseguenze avrebbe tale imposizione da parte dello Stato? Una relazione amorosa stabile è fatta di tante cose, dialogo, comprensione, sessualità, solidarietà materiale e morale, condivisione di interessi, progetti. Se tutte queste cose fossero imposte, contro la volontà di uno dei partner, la condotta del partner dominante integrerebbe molte fattispecie di reato, fattispecie piuttosto comuni. Violenza privata, violazione della privacy, di domicilio, *stalking*, furto, molestie, stupro, fino a forme di sequestro di persona vero e proprio.

Tale ricostruzione del danno esistenziale, come lesione o messa in pericolo di un bene cagionata da certe condotte che ingiuriano, diffamano, molestano, è del tutto compatibile con la ricostruzione della dottrina penalistica italiana e dei suoi principi, in particolare quello di materialità, offensività e colpevolezza<sup>17</sup>. In primo luogo, principio di materialità: può essere reato solo il fatto umano che si estrinseca nel mondo esteriore, come condotta attiva o omissiva. In questi casi, la condotta molesta si manifesta nel mondo esteriore, tramite parole offensive o azioni materiali (palpeggiamenti). Ovviamente, il danno esistenziale indica la lesione o la messa in pericolo del *bene* giuridicamente tutelato, cioè l'oggetto giuridico di alcuni reati, ovvero, come lo definisce Mantovani, «il bene o interesse individuale, sociale, pubblico che è tutelato dalla norma e offeso dal reato»<sup>18</sup>. In secondo luogo, nesso di causalità (scientifico) tra evento e condotta, nei reati di evento. In terzo luogo, principio di offensività: il reato deve sostanziarsi nell'offesa di un *bene* giuridico (bene costituzionalmente protetto, o comunque non incompatibile con la Costituzione). Tale ricostruzione del danno esistenziale è un modo, rispondente ad un'etica liberale, di specificare il principio di offensività, che com'è noto ha un ampio margine di indeterminazione. In quarto luogo, principio di colpevolezza o di soggettività<sup>19</sup>: perché vi sia responsabilità personale rispetto ad un certo fatto non basta che il soggetto abbia messo in atto una condotta offensiva di un certo bene, ma questo fatto (umano) deve appartenergli psicologicamente, cioè deve essere compiuto con dolo o colpa. In particolare, vi è grande controversia in dottrina relativamente a quale debba essere l'oggetto del dolo, se l'evento naturalisticamente inteso, la morte, ad esempio, nel caso di omicidio, o l'evento giuridico. Seguendo Fiandaca, possiamo dire che l'oggetto del dolo è il *fatto tipico*<sup>20</sup>, cioè l'insieme degli elementi costitutivi della fattispecie di reato, fatto tipico cui, nella teoria tripartita del reato, si aggiungono anti-giuridicità e colpevolezza per dar luogo ad un fatto di reato completo. Altri autori, ad esempio Mantovani, sottolineano, tuttavia, che «una responsabilità dolosa, autenticamente personale, può difficilmente prescindere dalla co-

<sup>17</sup> Cfr. ad es. Mantovani 1992; Fiandaca, Musco 2001.

<sup>18</sup> Mantovani 1992, 190.

<sup>19</sup> Cfr. Mantovani 1992, 253 ss.

<sup>20</sup> Cfr. Fiandaca, Musco 2001, 322.

scienza almeno della offensività del reato»<sup>21</sup>. Non prenderò posizione su tale controversia. Nel caso dei reati di evento, il fatto tipico è la condotta più l'evento, ad esempio, l'azione di uccidere e la morte risultante. Nel caso dei reati di azione, come le molestie, il fatto tipico, oggetto del dolo, è la condotta stessa, ad esempio l'azione che produce interferenza nella sfera corporea.

#### 4. Offence principle

Quanto detto finora ci consente di risolvere il problema che concerne l'*Offence Principle*. Il nocciolo della concezione liberale, come qui interpretata, l'idea dei tre cerchi concentrici (corpo/mente, domicilio, identità personale), spiega perché sia parzialmente insoddisfacente la strategia di Feinberg, cioè considerare non solo l'*Harm Principle*, ma anche l'*Offence Principle* un principio liberale in grado di giustificare l'uso della coazione statale. Secondo Feinberg, lo Stato ha il diritto di limitare la libertà dell'individuo, non soltanto quando l'individuo cagiona un danno a terzi, ma anche quando l'individuo cagiona una seria molestia a terzi (*a serious offence*), una molestia che sia anche ingiusta (*wrongful*), ingiustamente cagionata da un soggetto ad un altro, cioè quando qualcuno compie un'azione (vomitare, defecare, fare sesso in pubblico), che provoca ingiustamente in molte persone sentimenti alquanto spiacevoli quali grave imbarazzo, vergogna, disgusto, rabbia<sup>22</sup>.

Ora, l'*Offence Principle*, secondo me, non coglie il nocciolo di una concezione genuinamente liberale e milliana del diritto penale, oltre ad essere potenzialmente autoritario. In determinati contesti particolarmente conservatori, se non fondamentalisti religiosi, l'*Offence Principle* potrebbe essere utilizzato per reprimere, infatti, condotte che possono cagionare i medesimi stati psicologici spiacevoli, come vergogna, imbarazzo, rabbia, disgusto, ad esempio due omosessuali che si baciano in pubblico, o in privato, una fanciulla che indossa in pubblico una gonna troppo corta, che fa la prostituta in privato<sup>23</sup>. In particolare, la concezione di Feinberg dell'*Offence Principle*, e non sembra ci sia un'altra concezione delle offese o delle molestie più ragionevole, è da un lato troppo farraginoso, dall'altro lato contiene (almeno) due fallacie. Feinberg, come molti autori liberali, si rende conto della potenzialità repressiva dell'*Offence Principle*, così cerca di restringer-

<sup>21</sup> Mantovani 1992, 284.

<sup>22</sup> «According to that principle as we have interpreted it (Chap. 7, §i) criminal law may be used to protect persons from *wrongful offense*, that is, from their own unpleasant mental states when wrongfully imposed on them by other parties in a manner that violates their rights». Feinberg 1985, 68.

<sup>23</sup> «Si può ritenere che reazioni emotive come la vergogna, la repulsione o il disgusto siano tutt'altro che sentimenti legittimi per giustificare, in un'ottica liberale, l'incriminazione dei comportamenti che li provocano». Fiandaca 2010, 230.

ne l'ambito di applicazione lungo binari molto precisi. L'obiettivo di Feinberg è, contemporaneamente, consentire al diritto penale di sanzionare comportamenti considerati dai più molesti (come urinare, vomitare, defecare, masturbarsi su un autobus pubblico) ed evitare che vengano repressi azioni considerate dall'autore (e da molti liberali) "innocenti", come una coppia omosessuale o interrazziale che cammina mano nella mano per strada<sup>24</sup>. Dal fallimento della sua strategia possiamo imparare molto. Secondo Feinberg, vi sono alcune massime ben precise che dovrebbero orientare l'applicazione e l'interpretazione dell'*Offence Principle*, divise in varie sottoclassi: serietà dell'offesa, ragionevolezza della condotta offensiva, standard di universalità<sup>25</sup>.

La serietà dell'offesa dipende, a sua volta, dall'intensità, dalla durata dello stato spiacevole prodotto (con esclusione delle persone con una suscettibilità abnorme o patologica); dalla facilità con la quale la vittima potrebbe evitare la condotta offensiva; e dal fatto che la vittima abbia volontariamente assunto il rischio di assistere alla condotta offensiva. La ragionevolezza della condotta offensiva, invece, concerne l'importanza che essa ha per l'offensore, l'importanza per la comunità tutta, la disponibilità di alternative in termini di luogo e tempo, e in che misura la condotta offensiva sia cagionata da motivazioni odiose, dall'intento di molestare intenzionalmente. In base allo standard di universalità, «in order for the offense (repugnance, embarrassment, shame, etc.) to be sufficient to warrant coercion, it should be the reaction that could reasonably be expected from almost any person chosen at random, taking the nation as a whole, and not because the individual selected belongs to some faction, clique or party»<sup>26</sup>. Qui sorge un problema di interpretazione dello standard di universalità o di coerenza del discorso di Feinberg. Più sopra, (27 ss.) Feinberg dice: «What we cannot say is that conduct is properly prohibitible under the offense principle *if and only if* offense is the anticipated reaction of more than 50% of all potential observers, or 75%, or 99%, or 100%. Again, all we are warranted in saying is that the higher the projected percentage, the stronger the case for prohibition». In base a quanto dice Feinberg, lo standard di universalità non si può interpretare nel senso che esso sia soddisfatto quando un certo comportamento (ascoltare musica a tutto volume sull'autobus) sia considerato offensivo (unanimente) da *tutti* i membri di una comunità. Anche perché se si cerca l'unanimità sui comportamenti offensivi non la si troverà che molto raramente. Facilmente potrebbero esserci minoranze, come i nudisti o altri, interessate a adottare comportamenti considerati dai più offensivi. In tal senso, l'unica interpretazione coerente dei due passaggi del discorso feinbergiano è che bisogna tenere conto

<sup>24</sup> Cfr. Feinberg 1985, 25-26.

<sup>25</sup> Cfr. Feinberg 1985, 26 ss.

<sup>26</sup> Feinberg 1985, 28.

delle preferenze e dei desideri della stragrande maggioranza delle persone in un certo contesto (ad esempio, gli Stati Uniti di America), tenendo presente che tale maggioranza deve essere calcolata scegliendo a caso (*random*) i membri della collettività che si sentono offesi da una certa condotta, evitando che essi appartengano tutti ad uno stesso partito, etnia, ecc.

Perché Feinberg introduce il requisito dello standard di universalità? Perché sa bene che se tenessimo in conto anche le preferenze o i desideri di alcune minoranze sessiste, fobiche, naziste, fondamentaliste religiose, tantissimi comportamenti adottati in pubblico potrebbero essere considerati offensivi, e dunque vi sarebbe una ragione per vietarli. E, tuttavia, da qui nasce la contraddizione, Feinberg è costretto a introdurre un emendamento, un'eccezione allo standard di universalità. Che accade quando, ad esempio, una minoranza sessuale, etnica, religiosa, viene profondamente insultata? In questo caso, non vengono offesi i sentimenti della maggioranza, anzi la maggioranza potrebbe essere indifferente alle (o addirittura solidale con le) offese prodotte contro una certa minoranza. In questo caso, Feinberg ammette la necessità di un'eccezione per tutelare alcune minoranze da interferenze intenzionali, come offese, minacce, insulti. Ovvero, dice Feinberg, si tratta di interpretare lo standard di universalità in senso rawlsiano. Molte persone non sono direttamente offese dagli insulti rivolti alla comunità dei Testimoni di Geova, ma sarebbero ragionevolmente offese, cioè proverebbero quella spiacevole esperienza se fossero Testimoni di Geova. Se, cioè, imparzialmente, si mettessero nei panni dei Testimoni di Geova, non vorrebbero essere offese o insultate<sup>27</sup>. Questa eccezione rappresenta un *vulnus* nella concezione di Feinberg. Feinberg sta pensando alle minoranze religiose, sessuali, etniche che potrebbero essere oggetto di insulti o altre aggressioni verbali. Ma non comprendo perché questa eccezione non debba essere, per coerenza, estesa anche ad altre situazioni o ad altre minoranze. Molte persone non sono direttamente offese da una fanciulla che veste una minigonna su un autobus pubblico, ma, qualora si mettessero nei panni di un fondamentalista religioso X, certamente riconoscerebbero che sarebbero profondamente offese da tale comportamento. Allo stesso modo, molti nudisti potrebbero essere oltremodo offesi dalle continue manifestazioni di disgusto e disprezzo rivolte contro di loro. E se fossimo imparziali dovremmo metterci nei loro panni e sentirci, anche noi, offesi da tanta ostilità. Come è possibile, coerentemente, in base ai principi di Feinberg, tutelare la minoranza di ebrei offesi verbalmente in pubblico da nazisti, e non tutelare la minoranza di fondamentalisti religiosi offesi da una condotta muliebre, a loro dire, troppo licenziosa? E, infatti, sembra che non si possa.

Il secondo *vulnus* nella concezione di Feinberg concerne l'ipotesi nella quale

<sup>27</sup> Cfr. Feinberg 1985, 28 ss.

un gruppo di persone sia profondamente offeso, *non* dalla percezione di una condotta altrui, non dall'interferenza prodotta dalla condotta altrui nel suo campo visivo, uditivo o percettivo, ma semplicemente dalla mera conoscenza che una certa condotta sia compiuta in privato da qualcuno. Ad esempio, è possibile che i vicini di casa di Tizio, o meglio gli abitanti dell'intero quartiere in cui Tizio abita, siano profondamente offesi, disgustati, imbarazzati dal fatto che nel suo appartamento si svolgano attività da loro considerate gravemente immorali (sesso con ragazze diciottenni, sesso sadomaso violento, orge, consumo di cocaina, coprofagia, cannibalismo su corpi di persone decedute e consenzienti). I vicini non sono mai testimoni diretti di alcuna delle scene "raccapriccianti", perché la camera da letto è insonorizzata, e vi sono tende spesse, infissi robusti e doppi vetri, ma *sanno* (perché la cognata di un'amica di una vicina di una cugina di una delle ragazze che hanno partecipato alle orge abita nel palazzo di Tizio) che queste cose avvengono nell'appartamento di Tizio. Nel risolvere questo problema Feinberg commette una "petitio principii" (*begging the question*). Feinberg sostiene che, anche qualora l'offesa cagionata dalla semplice conoscenza che una certa condotta avvenga in privato sia profonda, intensa, seria, diffusa nella maggioranza della popolazione, né sia evitabile, cioè anche qualora tutti i criteri stabiliti dalle massime di mediazione siano soddisfatti, questo non basta a legittimare l'uso della coazione da parte dello Stato.

È vero, continua Feinberg, che Tizio pone in essere una condotta in privato che, di fatto, offende molte persone, anzi che le offende profondamente (*a profound offence*) e che tali persone ritengono cagioni loro un'offesa ingiusta, ma non sta facendo *un torto* direttamente ai suoi vicini di casa<sup>28</sup>. È come se Feinberg introducesse un altro criterio, *ad hoc*, che serve a distinguere tra *wrongful serious offence* (vomitare, defecare in pubblico) e *serious offence* (fare orge in privato), che non esplicita e non argomenta, e che non fa parte delle massime di mediazione di cui sopra. Quali sarebbero gli ulteriori criteri, oltre le massime di mediazione sopra individuate, che determinano quando un'offesa, oltre ad essere "serious", è anche "wrongful"? Perché la condotta posta in essere in privato, e che cagiona profonda offesa alla sensibilità morale di molte persone, tale da essere definita profonda, *non* dovrebbe contare come "offesa ingiusta"? Perché non lede i diritti delle vittime? Perché Feinberg dà per scontato, presuppone, da qui la fallacia, che le persone non hanno diritto a che venga proibita una condotta immorale posta in essere in privato

<sup>28</sup> «On the plausible assumption that desecration of sacred symbols even in private is wrong (even without a victim), there is a sense then in which it produces "wrongful offense" in the mind of any disapproving person who learns about it: The conduct is wrongful *and* it is a cause of a severely offended mental state. But that is not yet sufficient for it to be a "wrongful offense" in the sense intended in a truly liberal offense principle. The offense-causing action must be more than wrong; it must be *a wrong* to the offended party, in short a violation of *his* rights». Feinberg 1985, 68.

che cagiona loro profonda offesa, sebbene non ne siano testimoni diretti. Ma questo è esattamente ciò che Feinberg doveva argomentare.

Al contrario, l'*Offence Principle* non è in grado di risolvere questo problema, salvo condurre alla dissoluzione della concezione liberale (consentendo l'uso della forza in casi del genere). È possibile che Feinberg, ma l'autore non lo spiega, volesse intendere che chi effettua orge o cannibalismo su corpi di persone decedute e consenzienti in privato non sta offendendo *intenzionalmente*, cioè con dolo intenzionale, le persone che si ritengono gravemente offese da tale comportamento; dunque, in questo senso, non sta facendo un torto direttamente a loro, perché l'offesa profonda è una conseguenza certa, probabile o meramente possibile dell'azione compiuta, cioè l'offesa è cagionata con dolo eventuale o diretto. Ma in questo caso non si comprende perché dovremmo punire la maggior parte delle più comuni, secondo Feinberg, *wrongful offences*, ad esempio il nudismo o l'urinare a tarda notte per strada, perché anche il nudista, a differenza dell'esibizionista, non cagiona imbarazzo agli altri, cioè non cagiona una interferenza nella sfera percettiva e una molestia, con dolo intenzionale, bensì a seconda delle situazioni, con dolo diretto o eventuale. Il punto fondamentale è che non è importante solo calcolare quanto sia probabile che un'azione (fare orge in privato o camminare nudi per strada alle tre di notte) produca un certo risultato (offesa), ma anche che il danno psicologico che l'offesa provoca, da solo, non è sufficiente a giustificare l'uso della coazione penale.

Le due fallacie di cui sopra mostrano come l'*Offence Principle* non sia interpretabile, in modo coerente, come un principio liberale. L'*Offence Principle* fa inevitabilmente riferimento a ciò che viene considerato offensivo o molesto dalla maggioranza, o dalla stragrande maggioranza della popolazione, e il fatto che Feinberg escluda le "sensibilità abnormi o patologiche", che è un modo poco gentile per dire minoritarie (salvo casi di irrazionalità), dimostra che il criterio utilizzato non è liberale. Si tratta di un principio di carattere utilitarista<sup>29</sup>. Al contrario, come abbiamo visto, una volta che creiamo una sfera protetta, nella quale l'individuo è sovrano, non ha alcuna rilevanza se l'attività svolta sia *benedetta* dalla maggioranza (marito e moglie che fanno l'amore nella posizione del missionario), o osteggiata dalla maggioranza (coprofagia, cannibalismo su corpi di persone decedute e consenzienti). Del resto, per quale ragione dovremmo creare una sfera di sovranità assoluta, se questa non servisse a proteggere la minoranza, se poi, cioè, contassero le preferenze della maggioranza? E non è possibile creare coe-

<sup>29</sup> Si tratta, semmai, entro limiti molto ristretti, di un criterio compatibile con l'*Harm Principle*, compatibile ove sia un criterio residuale, che può entrare in gioco quando il Principio del danno non sembra offrire, *prima facie*, una soluzione determinata (nel caso ad esempio di interferenze nella sfera percettiva che arrecano un certo disturbo, interferenze compiute con dolo diretto o eventuale, cioè che sono la mera conseguenza possibile o probabile di un'azione).

rentemente, in base ad una concezione liberale, un altro cerchio concentrico, un'altra sfera protetta di sovranità, oltre quelle individuate.

Ciò che si può fare con certezza, in base al Principio del danno, è proteggere le attività svolte in privato da adulti razionali, consenzienti e liberi da costrizioni (sfera assoluta di sovranità), proteggere le persone da interferenze che cagionano lesioni alla vita, all'integrità, alla proprietà, proteggerle dalle interferenze intenzionali nella sfera corporea (molestie sessuali) o percettiva (insulti, telefonate anonime, *stalking*), proteggere la loro identità personale (da diffamazioni).

Ma come fare a proteggere, in base al Principio del danno interpretato in modo strettamente liberale, le persone adulte dal flusso continuo e inarrestabile di interferenze nella sfera percettiva che, senza dolo intenzionale, senza intenzione di molestare, loro stesse possono compiere in pubblico, e che dagli altri possono essere compiute in pubblico, come nel caso del nudismo, della prostituzione per strada, del film pornografico visto da un viaggiatore sul suo iPad sull'autobus (cioè interferenze nella sfera percettiva compiute con dolo diretto o eventuale)? In altri termini, l'*Harm Principle*, come principio liberale, non sembrerebbe, *prima facie*, in grado di risolvere in modo certo tali questioni. Per tutelare le persone dalle interferenze nella sfera percettiva disturbanti, senza dolo intenzionale, compiute da altri (nudismo o attività sessuali compiute in pubblico ad esempio) si può ricorrere all'*escamotage* della protezione dei minori di età, del tutto coerente con il Principio del danno, o, in subordine, a criteri utilitaristi. L'equilibrio psicofisico dei minori sarebbe messo in pericolo, non leso verosimilmente, da immagini e azioni disturbanti (nudismo, rapporti sessuali visibili apertamente per strada).

In realtà, quali siano gli effetti – dannosi o meno – dell'esposizione di un bambino o di un pre-adolescente a immagini (contenute in video, riviste, tv, internet) che abbiano contenuti sessuali molto espliciti o pornografici è abbastanza controverso. Non ci sono prove scientifiche sufficientemente certe, né in un senso (assenza del danno), né nell'altro senso (presenza del danno). Per ragioni etiche, infatti, non è spesso possibile effettuare studi diretti sui bambini medesimi. Alcuni studi su adolescenti e pre-adolescenti sembrano mostrare alcuni possibili rischi derivanti anche dalla visione di materiale pornografico. Rischi che, tuttavia, variano al mutare di altre variabili, soprattutto, il contesto educativo, familiare e socio-economico, le credenze e gli atteggiamenti iniziali del ragazzo, la quantità di esposizione al materiale pornografico, il tipo di materiale consumato (violento, non violento, *softcore*, *hardcore*). Essenzialmente, come accade anche con la visione di materiali o di atti di tipo differente, anche il materiale pornografico induce in alcuni o molti bambini/ragazzi atteggiamenti e comportamenti emulativi. Il rischio concreto, e non mancano casi documentati, è che in assenza di un contesto educativo o di schemi interpretativi adeguati, il ragazzo o la ragazza non abbia le risorse cognitive ed emotive per interpretare correttamente ciò che ha visto, in modo da adottare i seguenti

comportamenti pericolosi o dannosi per sé e gli altri: molestie sessuali, comportamenti sessuali aggressivi o violenti, rapporti completi o incompleti, spesso molto precoci, in assenza di precauzioni contraccettive, o in assenza di precauzioni contro eventuali malattie sessualmente trasmissibili. O semplicemente potrebbero manifestarsi o rafforzarsi idee pericolose, ad esempio l'idea della sessualità come dominio o sottomissione dell'altro, o il *mito dello stupro*, cioè l'idea ridicola secondo la quale il desiderio inconscio o profondo della maggioranza delle donne sia quello di essere violentata. Si tratterebbe di un fattore di rischio (di molestie, violenze, trasmissione di malattie, gravidanze indesiderate) che, statisticamente, si aggiungerebbe ad altri fattori, come povertà, scarsa istruzione, contesti educativi sfavorevoli, già piuttosto significativi. Infine, alcuni studi specifici mostrano come l'esposizione (per un tempo molto limitato) di bambini molto piccoli (6-9 anni) a materiale sessualmente molto esplicito, sebbene non pornografico, provochi essenzialmente due reazioni. Da un lato, molti bambini non comprendono esattamente il significato delle scene, dall'altro lato molti di essi provano disagio, emozioni negative di fronte ad esse. Emozioni negative che, è facile immaginare, possono sedimentarsi, e la cui intensità può aumentare nel caso in cui l'esposizione fosse prolungata o ripetuta nel tempo<sup>30</sup>.

Dunque, il nudismo o il compiere atti sessuali in pubblico sarebbero reati non gravi, da punire con sanzioni minori. E, tuttavia, in base al Principio del danno, è possibile risolvere molti casi, probabilmente tutti i casi di *offences* o *nuisances* rilevanti, svuotando, in tal senso, di utilità l'*Offence Principle*, ad esempio quelli di persone che urinano, defecano, gettano spazzatura, vomitano, smembrano cadaveri, ascoltano radio a tutto volume, per strada o in luoghi pubblici. Si tratta di condotte che, se compiute da pochissime persone, non creano, *stricto sensu*, danni alla salute, ma solo appunto nausea, imbarazzo, disgusto. Ma se compiute da alcune o molte persone, in un breve lasso di tempo, o peggio per un lungo periodo, basta una minoranza significativa della popolazione, aumentano considerevolmente il rischio di diffusione di batteri e infezioni patogene, o di disturbi uditivi, oltre a provocare un'interferenza nella sfera corporea di altri, che sono costretti a toccare materiale infetto (feci, urina, vomito, cadaveri). Si tratta, in altri termini, di danni cumulativi o incrementali. In secondo luogo, vi sono attività che, per loro natura, causano sensazioni fisiche, quindi sono interferenze nella sfera percettiva che si trasformano in interferenze nella sfera corporea (compiute con dolo diretto), come vedere qualcuno che vomita o sentire un forte odore

<sup>30</sup> Cfr. Etzioni 2004, 38-39; Oddone-Paolucci, Genuis, Violato 2000, 48 ss.; Jackson Harris, Barlett 2009. Un altro rischio molto serio, connesso soprattutto con la pornografia su internet (chat, siti porno), è la cosiddetta *online sexual solicitation*, che si verifica quando «one person attempts to persuade another person to talk about sex or engage in a sexual activity». Whitaker, Bushman 2009, 1055. Dunque il rischio è che pre-adolescenti siano preda di persone pericolose, come pedofili o ricattatori.

puzzolente che provoca nausea (nel caso di una persona che non si lava da tanto tempo, o che compie atti di coprofagia accanto a noi, ecc.), dunque questi ultimi sarebbero casi di danno esistenziale come definito all'inizio.

A conclusioni analoghe, cioè l'inadeguatezza dell'*Offence Principle*, si può giungere analizzando i due modi in cui è possibile interpretare/tradurre il concetto di *offence*. Se *offence* fa riferimento ad una semplice offesa, ad un comportamento che offende, allora sorge il problema dei comportamenti adottati in privato che possono suscitare rabbia, disgusto o disprezzo negli altri. In altri termini, se il principio implica vietare l'adozione di comportamenti che cagionano offesa, allora esso è troppo ampio. Se *offence* si traduce con molestia, l'ambito di applicazione del principio si restringe notevolmente, perché difficilmente una signora potrebbe affermare che il vicino che sniffa cocaina a casa sua *la sta molestando*. Ma in questo caso, il criterio sarebbe troppo restrittivo, oltre che illiberale, perché, allo stesso modo, sarebbe bizzarro se affermassi che il mio vicino di casa mi sta *molestando*, sol perché fa affermazioni false sul mio conto (che sniffo cocaina), o se entra senza permesso nel mio campo di grano senza alterare o danneggiare nulla.

In conclusione, il fallimento della strategia di Feinberg elaborata a proposito dell'*Offence Principle* ci offre una ragione ulteriore per escludere il danno relazionale, ma soprattutto il danno e lo stress psicologico, dai danni a terzi che possono rappresentare ragioni, da sole, sufficienti a giustificare l'uso della coazione penale. Il fatto che una condotta provochi disgusto, imbarazzo, rabbia, risentimento, odio, o altre emozioni negative non è una ragione sufficiente per usare la coazione penale. E questa, come sottolinea Ten<sup>31</sup>, è l'unica interpretazione plausibile del pensiero di Mill. Viceversa, la vita privata di chiunque potrebbe essere distrutta. Senza tenere conto di due ulteriori considerazioni. Mentre è possibile, entro certi limiti, controllare gli effetti che la nostra condotta ha su coloro che ne sono diretti testimoni, è molto difficile, a volte impossibile, controllare quali reazioni emotive, e in quali e quante persone, provochi la nostra condotta privata. Far dipendere l'uso della coazione penale da fenomeni a volte difficilmente controllabili o prevedibili (il fatto che la vicina di casa sia profondamente offesa o disgustata dal nostro comportamento) pone problemi ancora più gravi. In secondo luogo, è molto difficile per chiunque non abbia effettuato un *training* psicologico specifico individuare quale tipo di sentimento ha provato (se rabbia, disgusto, vergogna, che tipo di rabbia), e, dunque, è molto problematico far dipendere l'uso della coazione penale dal verificarsi di determinati eventi (Tizio ha provato rabbia o imbarazzo), e non di altri (Tizio ha provato disgusto morale). In altri termini, non solo il diritto penale

<sup>31</sup> Ten 1980, 14 ss.

non dovrebbe tutelare gli individui dalla loro *corruzione morale*<sup>32</sup>, ma non dovrebbe neppure tutelare «meri sentimenti, anche se talora lo stesso codice penale si esprime in questi termini»<sup>33</sup>. Quanto detto significa che l'*Offence Principle* semplicemente non è un criterio liberale, ma utilitaristico.

### 5. Alcune critiche al principio del danno

Alcuni autori, com'è noto, si oppongono all'applicazione del Principio del danno, così come qui interpretato. In base all'antipaternalismo e ad una concezione liberale, i danni fondamentali sufficienti a giustificare l'uso della coazione penale sono essenzialmente il danno fisico, psicofisico, economico, esistenziale, i danni dipendenti dalla violazione delle regole di imparzialità delle P.A., ove siano ingiusti (ma non esclusivi, vi sono anche i danni al paesaggio, ai beni artistici, archeologici, ambientali). Ad esempio, Donini, partendo dalla presunta indeterminatezza del concetto di danno, muove un'accusa forte. Donini afferma che il concetto di *harm* (come anche quello di *offence* di Feinberg) non può coerentemente spiegare né la sua funzione negativa, cioè di escludere la punibilità di tutti i comportamenti che vorremmo non fossero duramente puniti, né quella positiva, cioè quella di giustificare tutte le incriminazioni che vorremmo introdurre. Dal punto di vista della funzione positiva, infatti, «né l'*harm* né l'*offence*, quali categorie generali, bastano per legittimare» tutte o alcune delle incriminazioni meritevoli di tutela (reati in materia di buon costume, pornografia, prostituzione, molestie alle persone). Quanto alla funzione negativa, il criterio del danno è, secondo Donini, da un lato troppo poco selettivo, perché «se veramente dovessimo intendere alla lettera il requisito del danno agli altri (...) dovremmo ritenere reati c.d. senza vittima e, dunque, fatti da liceizzare, quelli che dipendono da scelte immorali, ma consapevoli e volontarie della stessa vittima (droga, prostituzione, condotte sadomaso "lesive gravi" tra adulti, omicidio del consenziente, duello, rissa, lotte tra gladiatori o sport violenti pericolosi con accettata violazione reciproca di regole di tutela dell'incolumità e della vita, ecc.)». Dall'altro lato, tale criterio, secondo Donini, è poco selettivo, perché se il concetto di *harm* «(...) contiene i reati di pericolo a beni collettivi rispetto a condotte che minacciano

<sup>32</sup> «Riteniamo che non sia compito di uno Stato laico e pluralistico, così come concepito in conformità alla lettura oggi dominante della Costituzione, imporre coercitivamente ai cittadini (...) determinate visioni morali». Fiandaca 2010, 219; cfr. Fiandaca 2008, 154.

<sup>33</sup> «Anche l'*incolumità pubblica* è stata a lungo interpretata come tutela della tranquillità o del sentimento di sicurezza, ma l'evoluzione moderna del concetto attorno alla categoria del pericolo comune o a quello individuale plurimo è tutta nel segno della de-psicologizzazione, imposta da esigenze di chiarezza e certezza». Donini 2010, 80.

danni cumulativi, non si vede come non possa contemplare anche la pornografia violenta o quella infantile, la cessione di stupefacenti, le offese non consentite e gravi al buon costume e le molestie che non integrano ancora una “violenza privata”, ma dipendono da condotte indecenti o disgustose in pubblico»<sup>34</sup>.

Il discorso di Donini dimostra, contrariamente alle intenzioni dell'autore, tutte le potenzialità e i vantaggi del requisito dell'*harm to others*. Il punto è che il concetto di *harm* non è soddisfacente dal punto di vista della concezione morale di Donini, che non mi è del tutto chiaro quale sia, ma quello di *harm* non è affatto un concetto incoerente o inadeguato, almeno come qui inteso. Soprattutto, non si comprende con quale argomento Donini intenda superare il valore fondamentale dell'autonomia individuale, tutelato dalla nostra Costituzione come principio di autodeterminazione. Innanzitutto, proprio il discorso di Donini mostra la grande utilità del Principio del danno nell'escludere la punibilità di numerosi atti considerati “autolesivi” compiuti in privato da un individuo (o più individui) le cui scelte siano (in estrema sintesi) libere da costrizioni e razionali, ad esempio eutanasia, suicidio assistito, consumo, e quindi cessione, di stupefacenti (di buona qualità), prostituzione (in casa), pornografia, sesso sadomaso anche violento, sport estremi.

Ho già argomentato sopra come il concetto di danno esistenziale ci consenta di punire le molestie, sessuali e non, lo *stalking*, la diffamazione, la violenza privata, la violazione di domicilio, e che la tutela dei bambini e dei minori di età ci consente di sanzionare (in modo lieve) le offese rilevanti al buon costume (nudismo, sesso, prostituzione) nei luoghi pubblici. Ho già argomentato altrove come, in base ad una concezione liberale, è perfettamente possibile, e auspicabile, vietare i combattimenti tra gladiatori molto violenti o all'ultimo sangue, i contratti di schiavitù volontaria o l'alienazione dei propri diritti fondamentali<sup>35</sup>. In sintesi, una concezione liberale tutela una pratica contrattuale, perché tutela gli interessi di coloro che traggono profitto da quella pratica, e tutela, tramite il risarcimento del danno, la parte adempiente (ad esempio, una banca) contro quella inadempiente (ad esempio, il mutuatario che non vuole più pagare gli interessi sul mutuo) per proteggere gli interessi della prima. Si rendono vincolanti certi accordi tra le parti (contratto di mutuo) per rendere possibile una certa pratica contrat-

<sup>34</sup> Donini 2010, 74, 76-77.

<sup>35</sup> Cfr. Maniaci 2012, cap. III. Non approfondirò il problema della liceità del duello e della rissa. Non sono casi particolarmente interessanti. La rissa in locali pubblici o aperti al pubblico può essere vietata per numerose ragioni antipaternaliste (proteggere l'incolumità o la vita di clienti abituali, non consenzienti). Per chi lo desidera è sufficiente partecipare a dei *fight club*, che sarebbero (entro certi limiti procedurali) del tutto legittimi. Il duello è considerato, notoriamente, un caso “statisticamente inesistente”. Nessuno (o quasi) in Occidente desidera oggi difendere il proprio onore mediante duelli (all'ultimo sangue). La prova è che in Italia il reato è stato depenalizzato. E non certo per ragioni antipaternaliste. Cfr. *Fight Club*, di Chuck Palahniuk, 1996.

tuale ritenuta meritevole di tutela, tutelando la parte che potrebbe ragionevolmente non fidarsi della controparte che, in assenza di un contratto vincolante, potrebbe non adempiere la sua prestazione. Ma non tutti i contratti, non tutti gli interessi, sono da considerarsi meritevoli di tutela in base ad una concezione liberale. Così come, in base ad una concezione liberale, si tutela la volontà razionale del paziente che può decidere fino all'ultimo minuto di non praticare più l'eutanasia, sebbene precedentemente aveva manifestato il suo consenso alla stessa, allo stesso modo si può tutelare l'autonomia di uno schiavo che ha firmato un accordo di schiavitù, ma vuole ad un certo punto recedere dal contratto. Potere di recesso che renderebbe tali contratti di schiavitù non vincolanti, come se fossero giuridicamente invalidi. In questo caso, diventa prioritario tutelare l'*autonomia* dello schiavo, contro gli interessi degli eventuali padroni, cioè la sua volontà *attuale*, razionale e libera da pressioni coercitive, di recedere dal contratto. Accordi che potrebbero non essere tutelati perché si potrebbero considerare non meritevoli di tutela gli interessi di un miliardario sadico che in cambio di una grossa somma di denaro vuole uno schiavo a sua disposizione notte e giorno. Senza contare che pochissime persone razionali e libere da pressioni coercitive nel mondo occidentale vorrebbero stipulare un contratto di schiavitù, e che, se tali contratti fossero legalizzati, mercanti di esseri umani potrebbero schiavizzare *legalmente*, mediante uso di coercizione, molti migranti che già oggi sono schiavizzati contro la loro volontà.

Se Tizio volesse stipulare un contratto di schiavitù perché si tratta dell'unico modo, in un sistema di libero mercato, di assicurare, tramite una discreta somma di denaro, una vita dignitosa alla sua famiglia, ciò dovrebbe essergli temporaneamente impedito al fine di tutelare i diritti fondamentali di cui è o dovrebbe essere titolare, come un sussidio in caso di disoccupazione involontaria o il diritto a prestazioni sanitarie poco costose. Qualcuno potrebbe affermare che ho semplicemente spostato il problema. È vero che se lo Stato tutelasse i diritti fondamentali di Tizio, diritto alla casa e ad un sussidio di disoccupazione, probabilmente Tizio non vorrebbe stipulare un contratto di schiavitù. Ma se lo Stato è troppo povero per tutelare i diritti fondamentali delle persone? Se lo Stato, in un contesto economicamente e tecnologicamente poco sviluppato, non ha risorse sufficienti per tutelare tali diritti fondamentali? Non so se questa sia un'ipotesi realistica, perché in contesti molto poveri anche l'individuazione dei bisogni e diritti fondamentali può essere contestualizzata, tenendo conto soltanto dei bisogni minimi di sopravvivenza (un'alimentazione adeguata, un tetto, ecc.). Immaginiamo, tuttavia, che lo Stato non possa tutelare i diritti fondamentali di Tizio. Dovremmo consentirgli di stipulare un contratto di schiavitù? Sarebbe realistico che un imprenditore proponesse a Tizio un contratto di schiavitù? Non credo, perché tali contratti sarebbero o *fuori mercato* o contrari agli interessi di molti lavoratori. Come dice Fein-

berg, sono un caso più teorico, che realistico.

Se un imprenditore ha bisogno di manodopera, e vuole risparmiare il più possibile sui costi, potrebbe voler stipulare un contratto che preveda che Tizio lavori come uno schiavo per 14 ore al giorno senza pause, invece delle sette ore previste dai contratti nazionali di lavoro. In questo caso, tuttavia, l'imprenditore non vorrebbe pagare a Tizio una somma discreta di denaro; non avrebbe senso per l'imprenditore pagare Tizio più di quanto gli costerebbero due lavoratori che fanno ciascuno un turno di 7 ore. E un contratto di schiavitù ha dei costi aggiuntivi, come il vitto o l'alloggio. L'imprenditore vorrebbe pagare Tizio meno di quanto gli costerebbero due lavoratori in due turni di sette ore, altrimenti il contratto di schiavitù non sarebbe conveniente. E, tuttavia, poiché Tizio è *costretto*, dalla povertà, ad accettare un lavoro di 14 ore al giorno, e poiché tale turno massacrante rappresenta un danno per Tizio, lo Stato può intervenire, senza alcuna spesa aggiuntiva, imponendo all'imprenditore di assumere Tizio per un turno di lavoro non superiore a sette ore, obbligando l'imprenditore a ridurre i profitti. A questo punto, l'imprenditore, se ha realmente bisogno di quella manodopera, sarà costretto ad assumere Tizio per un turno di lavoro di sette ore.

Si potrebbe controbiettare. Se due lavoratori in due turni di lavoro da sette ore costano, poniamo in base ai contratti nazionali di lavoro, all'imprenditore, comprese imposte e contributi previdenziali, 50000 euro l'anno, Tizio e l'imprenditore non potrebbero stipulare un contratto che preveda un turno da schiavi, di 14 ore, in cui Tizio guadagna 30000 euro l'anno, cioè di più di quello che prenderebbe se fosse assunto per un turno di sette ore? Entrambi ci guadagnerebbero, Tizio guadagnerebbe 30000 euro l'anno, invece di 25000, l'imprenditore avrebbe un costo di 30000, invece di 50000. In generale, si può replicare che alcuni o molti diritti dei lavoratori, alle ferie retribuite, al riposo giornaliero, ad una retribuzione oraria minima, sono diritti indisponibili che tutelano interessi dei lavoratori, cioè la cui indisponibilità tutela l'interesse alla chiusura della negoziazione con i datori di lavoro. Se la negoziazione su questi diritti fosse possibile, se non ci fosse un orario massimo stabilito per i turni di lavoro e gli straordinari, si potrebbe facilmente creare, dal punto di vista della offerta di lavoro, un mercato al ribasso, in cui alcuni spinti dalla povertà potrebbero accettare condizioni di lavoro sempre peggiori in cambio di qualche risorsa economica in più, ad esempio turni di 14 ore, contro gli interessi e la volontà di coloro che non vogliono lavorare così tanto. In breve tempo, il mercato potrebbe proporre soltanto contratti di lavoro con turni massacranti, ledendo l'autonomia di coloro che desiderano turni di lavoro non massacranti. Dal punto di vista della domanda di lavoro, gli imprenditori potrebbero esercitare pressioni coercitive (minacce di licenziamenti, delocalizzazioni, riduzione della produzione) per indurre i lavoratori ad accettare contratti con

meno tutele e meno diritti, a parità di retribuzione.

Allo stesso modo, non mancano argomenti liberali contro la legalizzazione di combattimenti tra gladiatori molto violenti o all'ultimo sangue. Innanzitutto, una concezione liberale può tutelare l'autonomia e la volontà *attuale* e razionale di un gladiatore sconfitto, che preferisce uscire dal combattimento piuttosto che essere ucciso o mutilato, nonostante il contratto ipotetico di combattimento prevedesse l'uccisione in caso di sconfitta. Anche in questo caso, si possono rendere tali contratti giuridicamente non vincolanti, tutelando la volontà ultima del gladiatore, rendendo di fatto economicamente non vantaggiosi tali contratti. Chi pagherebbe per assistere ad uno spettacolo che non si conclude nel modo previsto, e che giustifica il prezzo del biglietto, rispetto ad uno spettacolo normale? I produttori dello spettacolo non sarebbero costretti a rimborsare il biglietto nel caso non si concluda come gli spettatori vogliono? In secondo luogo, pochissime persone vorrebbero, razionalmente e libere da costrizione, essere uccise, o mutilate, dopo aver perso un combattimento all'ultimo sangue tra gladiatori, prova ne sia che i gladiatori degli antichi romani o quelli immaginati dal cinema (*The Running Man*) erano *costretti* ad essere uccisi (in particolare era la folla urlante o l'imperatore a scegliere se graziare il gladiatore sconfitto oppure farlo uccidere), e la scarsa probabilità che tale manifestazione di volontà sia razionale e libera da pressioni coercitive rende necessario che la P.A. controlli, *ex ante*, mediante procedure adeguate, la razionalità e la libertà da pressioni coercitive del gladiatore.

Si tratterebbe di un costo importante per la collettività, per evitare che persone affette da disturbi di personalità o in vari modi costrette si facessero massacrare in uno spettacolo pubblico, costo che non vedo ragioni convincenti per sostenere. Come nel caso dei contratti di schiavitù, infatti, si tratta verosimilmente di "casi statisticamente inesistenti", di attività che pochissime persone desiderano svolgere e, dunque, la procedura burocratica volta ad accertare che il consenso dei gladiatori sia razionale, informato dei fatti rilevanti, libero da coazione sarebbe molto costosa per la P.A. Anche perché, come abbiamo visto, i funzionari della P.A. incaricati di svolgere tali procedure di accertamento del consenso dovrebbero avere stipendi molto elevati, le procedure medesime dovrebbero essere svolte in modo corretto e imparziale, dunque prevedere vari meccanismi di controllo, onde evitare che multinazionali ricche e potenti possano profittare della situazione. In terzo luogo, si può verosimilmente prevedere un rischio di un danno a terzi, perché la visione da parte degli spettatori di uno spettacolo in cui un essere umano viene *realmente*, non nella finzione di un film, fatto a pezzi e poi ucciso potrebbe ragionevolmente gratificare e intensificare gli impulsi sadici degli spettatori, con possibili rischi di danni a terzi.

Infine, una volta legalizzata l'eutanasia e il suicidio assistito, come pratiche comuni da svolgersi in cliniche e ospedali specializzati mediante apposite proce-

dure che controllino la volontà razionale e libera da pressioni coercitive del paziente, vi sono buone ragioni per vietare l'omicidio del consenziente, ragioni di carattere probatorio. Qualunque killer, infatti, potrebbe costringere una vittima a firmare una lettera in cui (o a dichiarare in un video che) manifesta la volontà di volere essere ucciso e poi ucciderlo.

Non si comprende, invece, perché qualora il concetto di danno comprenda anche quello di pericolo (*danger, risk*), compresi i reati di *pericolo astratto*, dovremmo punire anche la pornografia violenta o la cessione di stupefacenti. Né, soprattutto, comprendo perché tali "incriminazioni" dovrebbero preoccuparci. Perché preoccuparsi di accettare le conseguenze logiche dell'applicazione del Principio del danno. Qualora si dimostrasse che il consumo di pornografia violenta o di determinati stupefacenti ha una certa probabilità di produrre in molti consumatori comportamenti violenti nei confronti di terzi (cosa che è tutta da dimostrare), ci sarebbero ragioni per punire il consumo di tali beni. Ad esempio, è noto che manchino prove empiriche sufficientemente garantite che mostrino una relazione causale tra pornografia, anche violenta, e crimini sessuali<sup>36</sup>. Ma anche in questi casi se il consumatore è pienamente consapevole del rischio, ad esempio che un abuso di cocaina può comportare, come di fatto può accadere, una crisi paranoica, il venditore del bene (cocaina) sarebbe scusabile e la responsabilità dell'evento criminoso ricadrebbe sul consumatore.

Il punto, a mio avviso, è un altro. Ed è efficacemente sottolineato da Husak. Il Principio del danno sicuramente comprende anche quello di pericolo (che un danno si realizzi). Ma una delle sue funzioni fondamentali è quella di restringere l'ambito di applicabilità dei reati cosiddetti di pericolo astratto. Da un lato, infatti, ha senso punire una certa condotta, se e soltanto se ha una certa probabilità (medio-alta) di produrre un certo evento lesivo (dannoso). Se la visione di un singolo film pornografico violento è in grado di alterare violentemente uno su un milione di consumatori (adulti e razionali) di codesti film, non credo che tale fatto potrebbe essere una ragione sufficiente per incriminarne il consumo. Dall'altro lato, cosa ancora più importante, l'adozione del Principio del danno dovrebbe costringere alcuni interpreti dottrinali e istituzionali del diritto penale ad abbandonare la pigrizia o il potenziale paternalismo che, a volte, li spinge a cercare facili giustificazioni della punibilità di certe condotte. Individuare astratti e quanto mai indeterminati beni giuridici immateriali e/o collettivi da tutelare, come sicurezza delle strade, qualità della vita, pace sociale, fiducia dei consumatori, identità sociale, sicurezza pubblica, sentimenti religiosi o patriottici, valori religiosi o patriottici, struttura tradizionale della famiglia, fede pubblica, beni giuridici chiamati a giustificare l'uso della sanzione penale, è poco compatibile con il Prin-

<sup>36</sup> Cfr. Maniaci 2016.

cipio del danno come qui interpretato, salvo che si specifichi cosa c'è realmente dietro questi valori. Bisognerebbe precisare, infatti, quale danno una certa condotta realizzi, o quale danno rischi di cagionare e/o ancora quale *grado* di rischio, cioè quale sia la probabilità, in base a premesse epistemologicamente e scientificamente corrette, che una certa condotta realizzi un certo danno X. L'indeterminatezza di tali beni giuridici (come sicurezza pubblica, pace sociale, qualità della vita) apre la strada alla china infernale del paternalismo, dell'autoritarismo di Stato o del dispotismo dei sentimenti collettivi. Non soltanto, infatti, si applicherebbero principi perfezionisti o utilitaristi (sebbene non necessariamente paternalisti), ma lo si farebbe in modo dissimulato.

#### 6. *L'indeterminatezza del principio del danno*

Infine, alcuni autori considerano tutti questi *distinguo*, ad esempio la necessità di distinguere differenti tipi di danno (fisico, psicofisico, economico), la necessità di separare, da una prospettiva liberale, i danni a terzi rilevanti da quelli non rilevanti, nonché, in generale, l'indeterminatezza semantica del concetto di danno, come il sintomo evidente del fallimento dell'intera strategia argomentativa inaugurata da John Stuart Mill, la *morte* stessa del Principio del danno. La forza del Principio del danno, come definito da Mill, starebbe, infatti, nell'offrire un criterio semplice, chiaro, preciso, inequivocabile, che giustifichi l'uso della coazione statale. L'esistenza di un danno a terzi. Essere costretti a distinguere differenti tipi di danno, alcuni dei quali non rilevanti, alcuni dei quali, anche se da taluni considerati ingiusti, non sono ragioni sufficienti a giustificare la coazione penale, indebolirebbe, in modo fatale, tale argomentazione<sup>37</sup>.

L'obiezione non coglie, in realtà, nel segno. Per diverse ragioni. Non esistono, innanzitutto, concetti che non abbiano un certo grado di indeterminatezza (anche *potenziale*), cioè casi dubbi di applicazione. Anche i concetti più semplici, come quelli utilizzati, in fisica, per misurare lo spazio, ne sono affetti. A maggior ragione, concetti complessi, punti di intersezione di concezioni ontologiche e culturali confliggenti. E, tuttavia, la maggior parte dei casi di applicazione del concetto di "danno" ha carattere paradigmatico. Chi dubiterebbe, nella comunità occidentale attuale, che un danno fisico, alla vita, un danno psicofisico o economico non sia un *danno*? Stessa cosa per alcuni casi certi di danno esistenziale. Se un sequestro di persona, o un'interferenza sistematica sul suo corpo o nel suo domicilio, non rappresenta una violenza nei confronti di un individuo, non so cosa dovrebbe rappresentarlo. Altrettanto evidente, come abbiamo visto, è il modo nel quale

<sup>37</sup> Cfr. Wertheimer 1977; Del Bò 2007; Donini 2010; Sartorius 1983.

sarebbe sconvolta la vita delle persone, nel mondo occidentale, se solo si pensasse di considerare danni a terzi che possano giustificare da soli l'uso della coazione penale il disgusto morale o lo stress o il danno psicologico (la rabbia poniamo) che i vicini o i genitori di Tizio provano per il suo comportamento (avere divorziato da sua moglie). Per non parlare dell'assurdità di considerare un danno a terzi il presunto "danno morale".

C'è, tuttavia, un'altra ragione per non abbandonare il Principio del danno. Quale sarebbe l'alternativa? L'alternativa è il ritorno, in chiave liberale, o peggio illiberale, all'*enforcement of morals*. Vediamo cosa dice Dworkin al riguardo. «Ogni comunità ha un ambiente etico e questo ambiente etico incide sulla vita dei suoi membri. Una comunità che tolleri l'omosessualità, e in cui l'omosessualità abbia una forte presenza, fornisce un ambiente etico diverso da quello di una comunità in cui l'omosessualità è proibita, e alcuni ritengono di essere danneggiati da questa differenza. Per esempio, trovano molto più difficile trasmettere ai figli le proprie inclinazioni e i propri valori». E, tuttavia, la maggioranza *non* ha il diritto di eliminare qualunque cosa rechi un danno nell'ambiente etico. «Ciascun membro della maggioranza ha diritto soltanto ad un equo impatto sul proprio ambiente: lo stesso impatto esercitato da ogni altro individuo. Non ha diritto all'ambiente che gli renderebbe più facile trasmettere ai figli le sue più salde convinzioni»<sup>38</sup>. Il "Principio dell'Equo impatto sul proprio ambiente etico" è ciò che dovrebbe sostituire il Principio del danno. Cos'è un equo impatto? Il molestatore non ha diritto ad un equo impatto sull'ambiente circostante? Si potrebbe dire che se il molestatore ha il diritto di *palpeggiare* le commesse dei Grandi Magazzini, queste ultime hanno diritto a schiaffeggiarlo pubblicamente. È un impatto equo? E il nudista non ha diritto ad un equo impatto? Si potrebbe affermare che ho il diritto di guardare gli album di fotografie del mio vicino, violando il suo domicilio, tanto quanto lui ha il diritto di guardare le mie foto. O che ho il diritto ad un equo impatto sull'identità personale di ciascun membro della collettività, ad esempio il mio vicino di casa, e viceversa, o che ho il diritto (dal punto di vista attivo e passivo) ad una dose, moderata, equa, di diffamazione, tanto quanto il mio vicino ha tale diritto. Così, alle riunioni di condominio, ciascuno ha diritto ad una equa *chance* di diffamare l'altro, ciascuno ha diritto a raccontare storie sul proprio vicino di casa che siano una equa e affascinante miscela di falsità e verità, di plausibilità e implausibilità, di superficialità e accuratezza. Ai posteri l'ardua sentenza. Non so cosa sia un "equo impatto", ma soprattutto, non vedo come sostituire il Principio del danno con un principio che ha un grado di indeterminazione maggiore, molto maggiore, sia di qualche utilità.

<sup>38</sup> Dworkin 2002, 231.

*Bibliografia*

- Alemaný, M. (2005). *El concepto y la justificaci3n del paternalismo*, «Doxa», 28
- Alemaný, M. (2006). *El paternalismo jur3dico*, Madrid, Iustel
- Atienza, M. (1988). *Discutamos sobre paternalismo*, «Doxa», 5
- Bartoli, C. (2008). *La teoria della subalternit3 e il caso dei dalit in India*, Rubbettino editore
- Del B3, C. (2007). *Laicismo, neutralismo e «legal enforcement of morals»*, “Ragion Pratica”, 28
- Diciotti, E. (1986). *Paternalismo*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVI, 2
- Diciotti, E. (2005). *Preferenze, autonomia e paternalismo*, «Ragion pratica», 24
- Donini, M. (2010). “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 A. Cadoppi (a cura di) *Laicit3, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffr3
- Duff, R. A. (2001). *Harms and Wrongs*, “Buffalo Criminal Law Review”, 5
- Dworkin, G. (1983). *Paternalism*, in Sartorius, R. (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Dworkin, R. (2002). *Virt3 sovrana*, Feltrinelli
- Etzioni, A., *On Protecting Children From Speech*, “Chicago-Kent Law Review”, 79, 3, 2004
- Feinberg, J. (1983). *Legal Paternalism*, in Sartorius, R. (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Feinberg, J. (1984). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, N.Y., O.U.P.
- Feinberg, J. (1985). *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*, N.Y., O.U.P.
- Feinberg, J. (1986). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, N.Y., O.U.P.
- Feinberg, J. (1994). *Harmless Wrongdoing*, in Dworkin, G. (ed.), *Morality, Harm and the Law*, Westview Press
- Fiandaca, G. (2008). “Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia”, in AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli
- Fiandaca, G. (2010). “Punire la semplice immoralit3? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi”, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicit3, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffr3
- Gardner, J. (1996). *Justifications and Reasons*, in A.P. Simester, A.T.H. Smith (eds.) *Harm and Culpability*, Oxford University Press

- Gardner, J. (2007). *Offences and Defences*, Oxford, Oxford University Press
- Garzón Valdés, E. (1988). *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, «Doxa», 5
- Garzón Valdés, E. (1988). *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*, «Doxa», 5
- Gert, B., Culver, C. (1976). *Paternalistic Behavior*, «Philosophy and Public Affairs», 6
- Hart, H. (1968). *Diritto, morale e libertà*, Acireale, Bonanno
- Jackson Harris R., Barlett C. P. (2009), *Effects of Sex in the Media*, in J. Bryant, M.B. Oliver (eds.), *Media Effects: Advances in Theory and Research*, Erlbaum, Psychology Press.
- Lamond, G. (1996). *Coercion, Threats and the Puzzle of Blackmail*, in A.P. Simester, A.T.H. Smith (eds.) *Harm and Culpability*, Oxford University Press
- Maniaci, G. (2012). *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli
- Maniaci, G. (2016). *Aporie e distorsioni del femminismo radicale*, «Diritto e Questioni Pubbliche», 16
- Maniaci, G. (2017). *Il concetto di danno nell'etica liberale e i suoi critici*, «Rivista di filosofia del diritto», 345 ss.
- Mill, J.S. (1997). *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, il Saggiatore
- Oddone-Paolucci E., Genuis M., Violato C. (2000), *A Meta-Analysis on the Published Research on the Effects of Pornography*, in C. Violato, E. Oddone-Paolucci, M. Genuis (eds.), *The Changing Family and Child Development*, Aldersgate UK, Ashgate Publishing
- Pino, G. (2003). *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino
- Ripstein, A. (2006). *Beyond the Harm Principle*, «Philosophy & Public Affairs», 34, 3
- Sartorius, R. (1983). *Introduction*, in R. Sartorius (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Spena, A. (2010). *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, «Diritto e Questioni pubbliche», 10
- Tadros, V. (2011). *Harm, Sovereignty and Prohibition*, «Legal Theory», 17
- Ten, C.L. (1980). *Mill On Liberty*, Oxford, Clarendon Press
- Tesauro, A. (2004). *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, «Rivista di Diritto e Procedurale Penale»
- Tincani, P. (2009), *Harm Principle - Il Principio del danno*, in F. Sciacca, *L'individuo nella crisi dei diritti*, Il Melangolo
- Tobagi, B. (2009). *Come mi batte forte il tuo cuore. Storia di mio padre*, Torino, Einaudi
- VanDeVeer, D. (1986). *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press

ty Press

Waldron, J. (1993). *Mill and the Value of Moral Distress*, in J. Waldron, *Liberal Rights*, N.Y., C.U.P

Wertheimer, A. (1977). *Victimless Crimes*, "Ethics", vol. 87, n. 4

Whitaker, J.L., Bushman B.J. (2009), *Online Dangers: Keeping Children and Adolescents Safe*, "Washington & Lee Law Review", 66