

Diritto e libertà

Persio Tincani

ABSTRACT

In questo articolo presento la teoria liberale del diritto fondata sul principio del danno di John Stuart Mill, come lo strumento per garantire il massimo della libertà in condizioni di uguaglianza. Concepito in origine come una regola morale indirizzata al legislatore con la funzione di limitare le proibizioni a quelle moralmente ammissibili nel rispetto dell'autonomia individuale, non esistono ragioni per non applicare il principio del danno anche alla legislazione in materia civile, con il risultato di creare la possibilità giuridica dell'uguaglianza di opportunità.

In this paper I present the liberal theory of law based on John Stuart Mill's harm principle, as the tool of guaranteeing maximum freedom under conditions of equality. Originally conceived as a moral rule addressed to the legislator with the

function of limiting prohibitions to those that are morally permissible while respecting individual autonomy, there is no reason to not apply the harm principle to civil lawmaker as well, with the result of creating the legal possibility of equality of opportunity.

PAROLE CHIAVE

TEORIA LIBERALE DEL DIRITTO;
PRINCIPIO DEL DANNO;
LIBERTÀ; UGUAGLIANZA.

KEYWORDS

LIBERAL THEORY OF LAW; HARM PRINCIPLE;
FREEDOM; EQUALITY.

INDICE: 1. QUALCHE PAROLA COME INTRODUZIONE – 2. IL PRINCIPIO DEL DANNO – 3. IL TEST DEL BIASIMO – 4. CRITICHE (E CRITIQUE OBLIQUE) – 5. DAL DIRITTO PENALE AL DIRITTO CIVILE – 6. CONCLUSIONI

1. QUALCHE PAROLA COME INTRODUZIONE

Quando si domanda a qualcuno di fare un esempio di una norma giuridica, quasi sempre la risposta è una norma di diritto penale, esistente o inventata. La cosa è abbastanza curiosa, perché in ogni ordinamento giuridico

evoluto, compreso il nostro, le norme di diritto penale o quasi-penale (i divieti amministrativi) sono decisamente la minoranza, le norme di diritto civile sono molte di più. Inoltre, e questo vale per tutti, nella vita di ogni giorno abbiamo a che fare molto di più con le norme di diritto civile che con le norme di diritto penale. Entriamo in un negozio e compriamo qualcosa, paghiamo il biglietto dell'autobus, andiamo a lavorare e percepiamo lo stipendio, compriamo un biglietto del cinema e così via: tutto questo è disciplinato dal diritto (ciascuna di queste attività realizza un istituto giuridico) e il diritto penale non c'entra niente.

Perché, allora, quando pensano al diritto, le persone tendono a pensare a una norma di diritto penale? La risposta è abbastanza semplice. Se guardiamo agli ordinamenti primitivi e cosiddetti primitivi (gli ordinamenti contemporanei elementari), che consistono di poche norme, con alcune eccezioni statisticamente non significative queste norme sono di diritto penale. Anche se guardiamo alla mitologia le cose non sono diverse. Si pensi ad Adamo ed Eva nell'Eden, per esempio: "non potete mangiare di quell'albero" (sottinteso: "altrimenti vi punirò"); i Dieci comandamenti sono dieci comandi e divieti, obblighi di tenere una certa condotta a meno di andare incontro a una punizione (che anche qui è sottintesa). Si potrebbe sostenere, come in molti hanno fatto, che questo dimostri che l'intima essenza del diritto è disciplinare i comportamenti delle persone, consentendo loro di fare certe cose, obbligandole a farne altre, proibendo loro di farne altre ancora. Forse questa ipotesi è corretta, e in fondo è vero che chiunque dal diritto si aspetta prima di tutto la generazione e il mantenimento di una certa regolarità, che comprende la ragionevole certezza che certe cose non possano essere fatte (a loro stessi, prima di tutto) senza che chi le ha fatte sia punito.

Hans Kelsen, il più importante filosofo del diritto del Novecento, addirittura definisce il diritto come la regola della sanzione, anzi, come una regola per l'esercizio della forza¹. Secondo questa concezione, la norma giuridica consiste in una regola, rivolta al giudice, che stabilisce quando la sanzione deve essere applicata e in quale misura. Il diritto è quindi un sistema coattivo, che collega normativamente a certi atti certe conseguenze specifiche (obbligatorie), cioè sanzioni². Le norme di diritto civile sembrano sfuggire a questa definizione, ma per Kelsen esse non sono norme giuridiche complete, bensì frammenti di norma, norme incomplete che si completano

1 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. di M. G. Losano, Torino, 1966, p. 243; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Etas, 1994, p. 123.

2 H. Kelsen, *Lineamenti Di Dottrina Pura Del Diritto*, trad. di R. Treves, Torino, 1967, p. 66.

guardando alla struttura complessiva (l'ordinamento giuridico del quale fanno parte), in fondo alla quale l'uso della forza (la norma coattiva di infliggere una sanzione) c'è sempre. Pensiamo, per esempio, a un contratto di compravendita: l'acquirente ha il dovere di pagare il prezzo di quello che ha acquistato. Se non paga, il venditore si rivolge al giudice, che intima con un decreto al debitore di pagare. Se il debitore ancora non paga, il giudice dispone l'esecuzione forzata, cioè un pignoramento: contro la volontà del debitore vengono prese delle somme di denaro dal suo conto in banca, oppure si procede a pignorare i suoi beni che poi vengono venduti all'asta, il creditore viene soddisfatto e l'eventuale denaro rimasto viene restituito al debitore³. Il diritto, quindi, tutto il diritto consiste in regole per l'esercizio della forza legittima, della violenza legittima (che prende la forma di sanzione, nel diritto penale, o di esecuzione, nel diritto civile)⁴. Il che, passando dalla norma primaria alla norma secondaria (la metafora della norma rivolta al giudice, che prende la forma di regola del comportamento per i consociati), significa che consiste sempre di regole che dicono alle persone che cosa devono fare per non andare incontro a una conseguenza sgradita: chi uccide viene messo in galera e ci viene tenuto contro la sua volontà, chi non paga il debito viene costretto a pagare, in un modo o nell'altro previsto dalla legge, contro la sua volontà.

Questa argomentazione, ovviamente, è possibile soltanto se si intende l'ordinamento giuridico come un sistema, cioè come un insieme di elementi interconnessi in modo diretto o indiretto, idea che rappresenta uno dei punti cardinali dell'intera costruzione kelseniana⁵.

3 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 130-1

4 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. p. 209

5 Sul punto, si veda per es. la chiarissima analisi di J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System (Second Edition)*, New York, 1997, pp. 97-9. V. anche N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 134 ss.

2. IL PRINCIPIO DEL DANNO

Non è questo il luogo per approfondire la discussione su questa sorta di riduzione di tutto il diritto in uno schema che rientra in quello della norma penale. È invece utile sottolineare che la discussione è stata in pratica assente fino alla metà del Novecento, e in particolare fino a quando Herbert Hart non l'ha introdotta con il suo testo capitale, *The Concept Of Law* (1961), che con un po' di rozza approssimazione potremmo dire che sostiene (tra le altre) la tesi che la sanzione non sia affatto un elemento essenziale del diritto, ma solo di alcuni tipi di norme giuridiche. Del diritto penale, in primo luogo, che consiste in norme che dicono "Fai questo, altrimenti ti punirò", ma non del diritto civile, che consiste in norme che dicono "Se vuoi fare questo, ecco il modo per farlo". Mentre le norme di diritto penale impongono determinate condotte, le norme di diritto civile mettono a disposizione delle persone mezzi per realizzare i loro desideri, cioè procedure mediante le quali esse, a certe condizioni, possono creare o modificare strutture di diritti e di doveri all'interno della struttura (coattiva) dell'ordinamento giuridico⁶.

John Stuart Mill, l'autore dal quale prenderò le mosse in questo saggio, scrive in un contesto nel quale la riduzione allo schema penalistico era particolarmente marcato – il positivismo britannico entro il quale, negli stessi anni, si sviluppa la teoria imperativistica (il diritto come insieme di imperativi) di John Austin – e questo spiega perché la sua riflessione su diritto e libertà paia centrata sul solo modello della norma penale. Come vedremo, però, si tratta di un principio che può essere applicato anche a tutte le altre branche del diritto, senza bisogno di apportarvi nessuna correzione.

Nel saggio *Sulla libertà* (*On Liberty*, 1859), Mill sostiene – o meglio: propone – una regola morale rivolta al legislatore, cioè una regola che stabilisce un limite a ciò che il legislatore può legiferare. Si tratta di un limite "morale", beninteso (è una regola morale), e in particolare del limite che non può essere valicato da un legisla-

tore che possa essere definito "liberale". Non è qualcosa come il principio di contraddizione, che vale in assoluto, ma un principio che vale solo nell'ambito di un determinato contesto ideologico-politico, quello del liberalismo.

Si tratta di un principio molto semplice, che possiamo dividere in due regole. La prima: non possono essere vietate le condotte che causano un danno soltanto alle persone che le compiono. La seconda: non tutte le condotte che causano un danno agli interessi altrui possono essere vietate, ma solo quelle che causano un danno agli interessi altrui che, per la legge o per la convenzione, sono anche diritti⁷. Tradotto in termini più familiari ai giuristi, viene escluso che si possano promulgare leggi paternalistiche e si specifica la differenza tra danno giusto e danno ingiusto, stabilendo che solo le azioni che causano il secondo possano essere proibite dalla legge. Questo principio è noto come "principio del danno" (*harm principle*) ed è il principio nel quale si esaurisce tutto il liberalismo.

Con il principio del danno, Mill espande una tesi già introdotta dal suo maestro Jeremy Bentham nel saggio sui limiti della legislazione penale, che sostanzialmente consiste solo nella prima delle due regole che compongono il principio del danno: la proibizione delle leggi paternalistiche. La regola di Bentham però, sebbene meno estesa, era in compenso intesa come più potente, valida indipendentemente dal contesto ideologico che ispira questa o quella legislazione, in quanto fondata su ragioni logico-ontologiche e non ideologiche. In breve: il diritto è uno strumento per regolare le relazioni interpersonali; perché vi sia una relazione interpersonale occorrono almeno due soggetti; la legge paternalistica si rivolge a un soggetto soltanto, quindi non può essere considerata una regola di diritto⁸. Mill evita di impelagarsi in questa direzione, che presenta più di qualche punto debole, e preferisce concentrarsi su un obiettivo a prima vista più modesto: la costruzione di una regola morale, la cui coerenza dipende dall'accettazione di una

7 J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, trad. di S. Magistretti, Milano, 1997, pp. 86, 108-9.

8 J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. di S. Di Pietro, Torino, 1998, p. 309.

6 H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. di M. A. Cattaneo, Torino, 1965, p. 35.

particolare ideologia come principio dell'ordinamento.

Presentato in questo modo, il principio del danno sembra però ancora molto debole. La sola cosa che stabilisce con chiarezza è il divieto di legislazioni paternalistiche, perché la seconda regola è in realtà una regola vuota. Leggiamola con un po' più di attenzione.

La prima parte della seconda regola stabilisce che possono essere proibite solo le azioni che causano un danno ad altri. Subito dopo, viene precisato che non possono essere proibite tutte le azioni che danneggiano gli interessi di altri, ma solo quelle che danneggiano gli interessi (di altri) che sono anche diritti, per la legge o per la convenzione. Il "danno" in senso "preciso", il senso che interessa il diritto, è solo questo: un danno ai diritti altrui. Oltre alle azioni che causano effettivamente un danno, Mill ammette che possano (o debbano) essere proibite anche le azioni che causano un pericolo di danno, intendendo "pericolo" in senso preciso, tecnico, e non come un generico "rischio". La ragione di questa precisazione è molto semplice: in astratto, ogni azione può essere potenzialmente pericolosa per gli altri, e non circoscrivere il concetto di pericolo al pericolo concreto e attuale avrebbe la conseguenza di poter proibire virtualmente ogni attività, il che è ovvio che sia irragionevole⁹.

In primo luogo, possiamo notare che Mill intende i diritti come un sottoinsieme dell'insieme degli interessi: tutti i diritti sono interessi. In secondo luogo, notiamo che la corrispondenza tra diritti e interessi non è biunivoca, ma univoca: non tutti gli interessi sono diritti (se questo concetto risultasse oscuro, si pensi a esempi come questo: Tutti gli alunni della classe Prima A sono liguri, ma non tutti i liguri sono alunni della classe Prima A).

Quest'ultimo punto è di particolare importanza per la comprensione della funzione del principio del danno nel contesto di un sistema giuridico liberale. In realtà, le cose sono molto semplici: il diritto serve a garantire alle persone la massima libertà possibile, cioè a garantire che chiunque possa determinare da sé quali

sono i propri interessi e a garantire che questi interessi possano essere soddisfatti. Ciascuno è sovrano sulla dimensione degli interessi: io e solo io posso determinare quali sono le cose che mi stanno a cuore e con quanta intensità voglio proteggerle o realizzarle, e lo stesso vale per ogni persona. È normale che gli interessi di qualcuno entrino in conflitto con quelli di qualcun altro, e che in caso di interessi confliggenti (o addirittura antagonisti) la soddisfazione degli interessi di uno si ottenga al prezzo del sacrificio degli interessi di un altro. Si pensi al caso di due uomini innamorati della stessa donna ed entrambi intenzionati a sposarla: a meno che l'ordinamento giuridico non preveda la possibilità del matrimonio polandrino, se uno dei due pretendenti riuscirà a soddisfare questo suo interesse, l'altro non potrà soddisfarlo. Io ho interesse a parcheggiare di fronte al teatro dove si tiene un concerto che voglio andare a sentire, ma questo interesse ce l'hai anche tu, se vuoi ascoltare lo stesso concerto. Il mio interesse sarà soddisfatto solo se quando arriverò nel parcheggio del teatro troverò ancora qualche posto libero, altrimenti non sarà soddisfatto perché altri hanno soddisfatto il proprio interesse.

In tutto questo non c'è niente di strano, né niente di male. È impossibile che tutti gli interessi siano sempre soddisfatti; anzi, è normale che non sia così. Dal momento che ciascuno è sovrano sulla sfera dei propri interessi, questi sono virtualmente infiniti, e le circostanze oggettive fanno sì che sia impossibile che gli interessi non entrino in conflitto e che in molti casi non tutte le persone potranno soddisfarli proprio perché altri vi riescono. Ogni volta che un mio interesse non è realizzato viene fatto un danno ai miei interessi, e se un mio interesse non è realizzato a causa della condotta di altre persone si può senz'altro affermare che queste persone hanno danneggiato i miei interessi. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, la loro condotta è lecita, perché io non ho il diritto a realizzare tutti i miei interessi (si pensi al concetto di diritto comune di "danno giusto", prima richiamato). Se faccio una gara di corsa voglio vincerla; se non succede è perché qualcuno (che voleva vincere) è stato più ve-

⁹ N. Luhmann, *Sociologia Del Rischio*, trad. di Giancarlo Corsi, Milano, 1996, p. 31 ss..

loce di me, ha realizzato il suo interesse e ha danneggiato il mio.

Questi “danni” non interessano il principio del danno, che si occupa di proteggere solo gli interessi che la legge ha trasformato in diritti. Io non ho il diritto di vincere la gara, ma soltanto l’interesse a farlo. Ho però il diritto che la gara si svolga in modo regolare, e questo stesso diritto ce l’hanno tutti gli altri corridori. Non potrò pretendere di essere risarcito dal vincitore che ha frustrato il mio interesse di vincere la medaglia d’oro, ma potrò pretendere che il vincitore sia squalificato se non ha gareggiato lealmente, cioè se ha violato una o più regole di gara, che attribuiscono altrettanti diritti ai gareggianti.

È il legislatore che stabilisce quali interessi sono anche diritti; io ho quei diritti, tutti quei diritti, anche se alcuni di essi non sono miei interessi. Il danno “in senso preciso”, quello che viene coperto dal principio del danno, è il danno ai diritti, non semplicemente agli interessi (ed è un danno anche se per qualcuno quei diritti non sono anche interessi). La decisione di quali interessi (astratti) debbano diventare anche diritti (concreti) è orientata dalla dimensione delle libertà individuali: queste decisioni devono avere l’effetto di aumentare la libertà delle persone, e lo fanno limitando alcune specifiche libertà materiali. Per esempio, la mia libertà è subordinata all’esistenza del mio diritto alla vita, così la libertà materiale di uccidere il prossimo deve essere limitata: l’interesse di uccidere chi ci è antipatico non potrà mai diventare un diritto. Questo è un esempio estremo, ovviamente, ma rende bene l’idea di come deve funzionare la trasformazione per via legislativa degli interessi in diritti.

3. IL TEST DEL BIASIMO

A questo punto si potrebbe sollevare una facile obiezione. Se è il legislatore a decidere quali interessi sono anche diritti, è possibile che un legislatore abbastanza forte, con un ampio consenso democratico, trasformi in diritti interessi futili con l’effetto di limitare fortemente le libertà. Per esempio, immagi-

niamo che molte persone preferirebbero vedere per strada solo uomini in giacca e cravatta e donne in *tailleur*. Immaginiamo anche che queste persone abbiano un forte interesse a questo, e che provino un sincero e profondo dispiacere (o addirittura disgusto) quando incontrano una donna in *jeans* o un uomo con un paio di bermuda. Perché un legislatore non potrebbe elevare questi interessi al rango di diritti? E perché un legislatore non potrebbe elevare qualsiasi interesse al rango di diritto, per esempio l’interesse di qualcuno a vedere in giro solo persone che rientrano nei canoni classici di bellezza o di sobrietà?

In effetti, fino a qui il principio del danno sembra essere abbastanza vuoto. Anzi, se consideriamo che potrebbe essere interesse di qualcuno (o di molti) che le persone non arrechino danno a loro stesse con condotte autolesionistiche, anche la prima regola (si possono proibire solo le condotte che arrecano danno ad altri) vacilla. Tuttavia, se il principio nella sua esposizione elementare è in effetti poco incisivo, esso diviene molto più potente con l’integrazione che lo stesso Mill prevede, e che riguarda il contenuto delle proibizioni (cioè dei diritti per la cui protezione quelle norme sono promulgate). In breve, afferma Mill, non possono essere proibite quelle condotte la cui sola ragione che sostiene la proibizione è che sono disapprovate, cioè le proibizioni che hanno come sola giustificazione la disapprovazione della condotta proibita, quelle la cui ragione per punire è inscindibilmente legata alla nostra disapprovazione. In queste rientrano tutte quelle che Mill (seguendo Bentham) chiama “offese costruttive”, cioè le offese che io provo immaginando di assistere a qualcosa che mi offende ma che non sto davvero vedendo (una proiezione di un film pornografico in una sala chiusa, per esempio, o una qualsiasi altra condotta che giudico immorale e che si svolge lontano dalla mia vista): in quest’ultimo caso, si pretenderebbe di proibire comportamenti reali per proteggere qualcuno da offese immaginarie, cioè di limitare la libertà di qualcuno proibendo condotte che non limitano la libertà di altri, e perciò la legittimazione morale di

questo tipo di proibizioni è esclusa¹⁰. Se per le offese costruttive la soluzione è semplice, può sembrare meno facile stabilire quando una condotta che realmente ci arreca offesa morale possa essere proibita e quando no.

Mill, ripeto, lo chiarisce: non posso proibire un'azione quando la sola ragione che posso addurre per proibirla è che io disapprovo quell'azione, ma forse non è immediatamente chiaro che cosa questo significhi. Per chiarire questo punto, in un lavoro di qualche anno fa avevo proposto "il test del biasimo", un esperimento mentale molto semplice che permette di stabilire quali condotte possano essere proibite secondo il principio del danno e quali no. Il punto, infatti, è che sugli autori di molte condotte proibite ricade il nostro biasimo: biasimiamo gli assassini, i borseggiatori, i truffatori, per esempio, ma biasimiamo anche altri che compiono azioni che non sono proibite, o azioni che sono proibite ma per le quali la giustificazione morale della proibizione è discutibile.

Immaginiamo a una persona che si inietta una dose di eroina. Personalmente, la cosa non mi fa né caldo né freddo perché la inietta a se stesso e non ad altri contro la loro volontà, ma molte persone biasimano questa condotta. Anch'io, che non censuro moralmente l'uso di stupefacenti, disapprovo il comportamento di chi ne fa un consumo compulsivo: non è, la sua, una condotta che consiglieri di imitare, né indicherei mai quelle persone come modelli da seguire. In questi termini, posso dire che anch'io biasimo chi fa uso di stupefacenti. Quella persona è seduta su una panchina, oppure è a casa sua, si inietta una dose di eroina e non fa nient'altro fino a quando l'effetto della droga non è terminato. Lo fa ogni giorno, da anni, e noi lo biasimiamo.

Ora immaginiamo un'altra persona, che guida un camion a rimorchio su un'autostrada. A un certo punto, si ferma in una piazzola di sosta, si inietta una dose di eroina e dopo qualche minuto si rimette alla guida. Biasimiamo questa condotta? Sì, e per ragioni tanto

10 Sul punto v. anche il capitale saggio di R. Dworkin, 'Is There a Right to Pornography?', *Oxford Journal of Legal Studies*, 1.2 (1981), pp. 177-212.

evidenti che non è neppure necessario mettersi a elencare.

Qualcuno, o molti, potrebbe pensare che entrambe queste condotte debbano essere proibite e che i loro autori debbano essere puniti; magari gli autori della prima condotta in modo più lieve che quelli della seconda. Ora svolgiamo l'esperimento mentale: eliminiamo il biasimo dallo spettro delle nostre sensazioni e torniamo a cercare le ragioni di giustificazione della proibizione delle due condotte. Nel secondo caso, rimane qualcosa – la guida sotto gli effetti di stupefacenti è un'attività che crea un pericolo per gli altri – mentre nel primo caso non rimane niente. La proibizione della seconda condotta è quindi indipendente dal nostro biasimo, mentre la prima no, il nostro biasimo è anzi la ragione esclusiva della proibizione. Quello che intende Mill è proprio questo, e come si vede è ancora una volta un concetto molto semplice.

Il principio del danno è uno strumento che limita le singole libertà al solo fine di aumentare la libertà complessiva di tutti e di ciascuno. Le limitazioni, le singole proibizioni, sono giustificate solo nel caso in cui servano a impedire che le libertà vengano compresse. È ragionevole che io voglia essere libero di girare per strada senza che qualcuno possa offendermi, ma è irragionevole pensare che io possa essere protetto da ogni comportamento che considero offensivo. Le persone possono legittimamente pretendere di essere protette dal cosiddetto *bodyshaming*, gli insulti per caratteristiche del loro corpo, ma non possono pretendere che venga proibito che le pubblicità mostrino persone dai fisici statuari sulla base del fatto che intendere quel tipo di fisico come modello di bellezza offende tutti coloro che sono in sovrappeso. Posso pretendere che sia proibito che io insultato per la mia religione o per il mio ateismo, ma non posso pretendere che vengano proibite le pubblicità dell'8permille o i manifesti dell'Uaar che invitano a fare a meno di dio. Ovviamente, posso biasimare tutto questo, nessuno può impedirmelo: sono cose che urtano i miei interessi, dei quali sono il sovrano assoluto. Ma il truccetto di fare un test ed eliminare

il biasimo mi aiuta, e soprattutto aiuta il legislatore, per capire quali condotte potrebbero essere legittimamente proibite e quali no.

4. CRITICHE (E *CRITIQUE OBLIQUE*)

È chiaro che tutto questo si presti a facili obiezioni, ma si tratta di obiezioni che non riguardano il principio del danno in sé bensì il liberalismo politico. Si potrebbe sostenere che la società abbia il dovere di proteggere le persone dai danni che esse stesse potrebbero provocarsi, e sostenere che esiste un interesse a che il legislatore sia paternalista. In questo caso, ritornando all'esempio che abbiamo visto più sopra, la proibizione sarebbe giustificata per entrambe le condotte, non solo per la seconda. Oppure si potrebbe obiettare che è compito del legislatore garantire il rispetto della pubblica moralità, intendendo il rispetto di una moralità pubblica specifica e normativa: si pensi, per esempio, alle tesi di Patrick Devlin, che intende il diritto (soprattutto il diritto penale) come il "cemento della morale"¹¹. Anche in questo caso, se lo specifico codice morale normativo considera immorale fare uso di stupefacenti, sarebbe giustificata la proibizione di entrambe le condotte.

Queste e simili obiezioni sono legittime, ma il loro obiettivo, come dicevo, non è il principio del danno ma l'ideologia liberale. Il principio del danno, lo ripeto, non è un principio che vale in assoluto, ma vale se e solo se si accetta il liberalismo come ideologia morale, e in particolare il liberalismo giuridico. Che cos'è il liberalismo giuridico? È una dottrina morale che ritiene che il diritto sia uno strumento che serve per garantire alle persone il massimo della libertà possibile, in condizioni di uguaglianza. Per far ciò è necessario che certe libertà materiali vengano compresse o eliminate, e il punto è allora trovare uno strumento che consenta di determinare quali libertà materiali debbano essere limitate o eliminate e quali no. Il principio del danno è questo strumento, e come abbiamo visto è uno strumento

¹¹ È la tesi centrale sostenuta in P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, London-Oxford, 1965.

che funziona molto bene. Le obiezioni che ho richiamato a titolo di esempio (ce ne sono altre, ma qui non importa parlarne) criticano il principio del danno perché criticano il liberalismo. Come dicevo, sono obiezioni legittime (nessuno è obbligato ad abbracciare l'ideologia liberale), ma se sono intese come obiezioni al principio sono male indirizzate, perché la loro critica può essere ridotta al fatto che il principio del danno, appunto, funziona molto bene.

Chiarito il punto su questa famiglia di critiche "esterne", rimane ora da affrontare il problema delle critiche "interne", cioè da quelle che provengono da chi abbraccia l'ideologia liberale e accetta il principio del danno, ma ritiene che esso abbia bisogno di integrazioni (più propriamente: di correzioni), senza le quali non potrebbe realizzare pienamente il liberalismo (o il "vero" liberalismo).

Mi riferisco in particolare a quello che possiamo chiamare il "movimento del *nudge*", il cui più celebre esponente è Cass Sunstein, che ritiene che il liberalismo non solo sia compatibile con un'intromissione statale nelle scelte personali, ma che anzi ne abbia bisogno. Intromissioni statali "mirate" sarebbero ciò che serve alle persone per poter guadagnare una posizione di piena libertà, dalla quale poter decidere in autentica autonomia le proprie azioni e compiere consapevoli scelte di vita. Che cos'è il *nudge*? Alla lettera, significa "colpetto col gomito", "spintarella", e nella pratica indica quelle misure politiche e giuridiche volte ad orientare il comportamento delle persone in determinate direzioni, senza obbligarle. Per esempio, siccome il fumo è nocivo, si pensa che aumentare il costo delle sigarette o proibire di fumare per strada sia utile per scoraggiare la gente a fumare. Il tabacco non viene messo fuori legge, fumare rimane un'attività lecita ma più onerosa o più complicata da effettuare. Ovviamente, non mi riferisco al divieto di fumare in luoghi in cui il fumo può danneggiare o infastidire altri, ma in spazi aperti come strade o spiagge. Nel primo caso, il divieto è perfettamente compatibile con il principio del danno, perché appunto serve per impedire che i diritti altrui siano aggrediti; nel secondo caso, il divieto serve solo a proteggere la salute del fumatore, ed è quindi

una misura paternalistica, incompatibile con il liberalismo (a meno di voler accettare la foglia di fico che sia un divieto introdotto per ridurre l'inquinamento).

Sia chiara una cosa: un ordinamento giuridico liberale perfetto o puro non esiste, perché in ogni ordinamento che definiamo "liberale" esiste un numero più o meno alto di norme paternalistiche, che il pubblico accetta. L'obbligo di indossare le cinture di sicurezza in automobile e l'obbligo per i motociclisti di indossare il casco sono classici esempi: si tratta di obblighi che hanno il solo scopo di proteggere la salute della persona alla quale sono imposti. La tesi che sarebbero motivati dalla protezione del sistema sanitario nazionale è del tutto infondata. L'art. 32 della Costituzione garantisce le cure a tutti indipendentemente dalla loro condotta; e, d'altra parte, negli ospedali vengono curate le persone che si infortunano facendo sport come le persone che fanno una vita sedentaria, anche se è indubbio che sia più probabile rompersi una gamba giocando a calcio che passeggiando per strada o cercando la posizione più comoda sul divano.

La ragione per la quale accettiamo queste e simili norme paternalistiche è che non richiedono un grande sforzo per essere obbedite e che non impediscono di svolgere nessuna attività. Chi inforca una moto, non lo fa con l'intenzione di rompersi la testa, e in fondo indossare un casco protettivo non è qualcosa di impegnativo né di limitante. Il punto, però, è che nessuno sostiene che queste norme siano necessarie per realizzare compiutamente il liberalismo, cosa che invece viene sostenuta nel caso del *nudge*. Certo, tra le due categorie di norme esistono importanti differenze, prima tra tutte il fatto che il *nudge* non impone niente a nessuno, mentre le norme paternalistiche standard sì. Tuttavia, perché il *nudge* funzioni deve consistere in norme che rendono più oneroso compiere un comportamento che il legislatore vuole sconsigliare, oppure in norme che premiano in qualche modo i comportamenti che il legislatore vuole incoraggiare. Di quali comportamenti si tratta? Ovviamente, non sono comportamenti che interessano i diritti altrui, altrimenti sarebbero proibiti o imposti, a seconda dei casi, dal prin-

cipio del danno. Basta questo per escludere che il *nudge* e il liberalismo siano compatibili: se un comportamento lede i diritti altrui, allora deve essere proibito, scoraggiarlo non basta; se un comportamento non lede i diritti altrui, non c'è ragione (liberale) perché il legislatore se ne interessi. Talvolta – è per esempio il caso di Sunstein – si sostiene che il *nudge* sarebbe una forma di informazione: i cittadini potrebbero non essere informati circa la nocività di una certa condotta, perciò il legislatore la scoraggia, tipicamente rendendola più costosa o più scomoda. Non c'è nessuna proibizione, è chiaro, ma il principio è lo stesso del paternalismo classico: siccome non capisci che fare X è dannoso per te, il legislatore, che è più saggio e più informato, punisce chi fa X, perché una punizione la capiscono tutti. Il liberalismo, anche nella versione di Mill, concorda con il *nudge* (e con il paternalismo classico) sul fatto che una scelta non informata non è una scelta libera, ma sostiene che la soluzione è informare, non punire o scoraggiare. Sostenere che il *nudge* sia una forma di informazione è corretto solo nel senso che comunica l'informazione che il legislatore non gradisce una certa condotta giuridicamente non significativa, ma non è affatto corretto sostenere che comunichi informazioni circa la nocività di una condotta, perché semplicemente non lo fa. In tutta onestà, non vedo come si possa sostenere che per realizzare appieno il liberalismo si debba integrare il principio del danno con politiche di *nudging*. Casomai, l'integrazione (necessaria) è l'informazione. Una persona che sceglie di non svolgere una certa azione perché è costosa non compie una scelta libera.

5. DAL DIRITTO PENALE AL DIRITTO CIVILE

Come abbiamo visto, il principio del danno consiste in uno strumento per stabilire che cosa il legislatore possa legittimamente proibire, ed è quindi naturale pensarlo come un principio che riguarda il diritto penale. Lo stesso Mill, nel suo trattato, prende in considerazione soltanto casi ed esempi che riguardano il diritto penale, e questo ha contribuito a portare la letteratura a considerarlo un principio che

trova applicazione soltanto in quella branca del diritto e nel diritto amministrativo (per quanto riguarda le norme cosiddette “quasi-penali”). Anche Joel Feinberg, che dedica al principio del danno l’opera più profonda ed esaustiva che sia mai stata scritta sull’argomento (il poderoso trattato in quattro volumi *The Moral Limits of The Criminal Law*¹²) per lo più non lo estende al di fuori dell’ambito penale: le integrazioni che aggiunge al principio consistono soltanto nello sviluppo del “principio dell’offesa”, inteso come un principio del danno che si occupa di proteggere da danni lievi (i quattro volumi che compongono il trattato riguardano, rispettivamente, il danno a sé, il danno ad altri, l’offesa ad altri, i reati senza danno).

È solo in tempi abbastanza recenti che si sono registrati i primi tentativi di estendere il principio del danno al diritto civile, e un piccolo contributo l’ho dato anch’io, con un ormai vecchio libro sull’ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il ragionamento alla base di questa “estensione” del principio è molto semplice: il principio del danno, mediante indicazioni rivolte al legislatore, stabilisce che cosa le persone possono o non possono fare. Si tratta di limitazioni della libertà materiale: una certa condotta materialmente possibile viene qualificata come illecita e proibita; tutto ciò che non è proibito è consentito, perciò giuridicamente non significativo. Il diritto civile non consiste di proibizioni e imposizioni di obblighi, ma di procedure che le persone devono tenere se intendono raggiungere un certo risultato giuridicamente significativo (si ripensi alla distinzione di Hart che ho riassunto nel primo paragrafo).

Il presupposto necessario, come nel caso del diritto penale, è l’uguaglianza dei cittadini, condizione essenziale per il liberalismo politico. Tuttavia, non per questo chiunque può accedere a ogni procedura che consenta di ottenere risultati giuridicamente significativi. L’ordinamento giuridico, infatti, richiede il possesso di determinati requisiti (personali o di status), e prevede anche che determinate procedure siano attivabili solo se ricorrono determinate

12 J. Feinberg, *The Moral Limits of The Criminal Law*, New York, 1982-1984.

circostanze. Non è quindi di per sé un problema o di per sé illegittimo che alcuni cittadini non possano accedere a determinate procedure mentre altri sì. Per un esempio che non potrà che essere chiaro a tutti, si pensi al diritto di avviare le procedure per aprire uno studio legale, che sono consentite soltanto alle persone laureate in giurisprudenza e iscritte all’albo degli avvocati. Queste limitazioni sono giustificate, perché sono poste a tutela delle persone che si rivolgono a un avvocato per la miglior cura dei propri diritti che si suppone, ragionevolmente, sarebbero in pericolo se la loro protezione fosse affidata a soggetti privi di una certificazione di competenza in materia.

In altri casi, però, la giustificazione delle limitazioni non appare altrettanto fondata. Un esempio per tutti: l’impossibilità per le persone dello stesso sesso di sposarsi, limitazione alla quale il nostro legislatore attribuisce invece una grande importanza. Si pensi alla pluridecennale vicenda parlamentare che è faticosamente terminata con l’approvazione della legge sulle unioni civili, che introduce una procedura alla quale possono accedere sia le coppie omosessuali che quelle eterosessuali. Le unioni civili sono state presentate sul dibattito politico, tanto dai favorevoli quanto dai contrari, come un “matrimonio” con un diverso nome. Le cose non stanno affatto così, le differenze tra il matrimonio e l’unione civile sono numerose e importanti, ma qui non importa andarle a esaminare perché basta notare un fatto macroscopico: le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali possono accedere alle unioni civili, ma solo le coppie eterosessuali possono accedere al matrimonio. Il che significa che le persone eterosessuali possono scegliere tra unirsi con un istituto (il matrimonio) che attribuisce maggiori diritti e doveri e che ha effetti sulle parentele (effetti molto importanti, per esempio ai fini successori) e unirsi con un istituto più “snello”, che attribuisce meno diritti e doveri e che non ha effetti sulle parentele, mentre le persone omosessuali no. La limitazione è evidente, e l’applicazione del principio del danno ci consente di valutare se sia oltre che evidente anche giustificata. Ricordiamo quando una limitazione della libertà

è giustificata secondo il principio del danno: quando è necessaria per evitare che i diritti dei terzi siano violati o siano messi in pericolo. In che modo un matrimonio può violare i diritti dei terzi? Di certo un matrimonio può danneggiare gli interessi dei terzi; è banale: Caio vorrebbe sposare Nadia, ma Nadia si sposa con Mauro, impedendo a Caio di realizzare il proprio interesse di sposarsi con lei. Tutto questo è molto triste, al netto del fatto che poi a Caio passa, ma non c'è nessun diritto che venga violato da quel matrimonio, quindi non c'è nessun danno a terzi. Il fatto che io sia sposato o no, non ha alcun effetto sui vostri diritti, e nessun vostro matrimonio ha effetti sui miei.

Se è vero – ed è vero – che un matrimonio non ha effetti sui diritti dei terzi, la limitazione che impedisce che le persone dello stesso sesso possano sposarsi non è giustificata: essa, infatti, consiste in una limitazione della libertà che non trova nessuna giustificazione nella protezione dei diritti altrui. Un ordinamento, come il nostro, che non prevede che persone dello stesso sesso possano unirsi in matrimonio riduce la libertà di alcuni di compiere un'azione che, se compiuta, non incide in nessun modo sui diritti dei terzi, e che quindi non li viola. Il principio del danno, applicato al diritto civile, impone quindi di rimuovere quella limitazione.

6. CONCLUSIONI

Un'accusa che spesso viene mossa al liberalismo politico è quella di disinteressarsi della morale, di essere una dottrina a-morale. Soprattutto, la critica viene mossa nei casi in cui il dibattito riguarda le cosiddette “questioni eticamente sensibili”, in particolare (ma non solo) quelle che coinvolgono gli argomenti che interessano la bioetica.

L'accusa, tuttavia, non è per niente fondata: il liberalismo è infatti una dottrina morale, prima che economica, politica o giuridica. L'idea sulla quale si fonda è che esista una sfera privata che il diritto non può aggredire e che, anzi, deve proteggere, dove per “dovere” si intende un dovere morale. Il principio morale di base è che ciascuno ha diritto al massimo della libertà

possibile, compatibilmente con un uguale diritto di tutti gli altri; questo principio significa anche che tutti hanno diritto al massimo possibile di autonomia (compatibilmente con un uguale diritto di tutti gli altri). La conseguenza è che la sfera privata deve essere intangibile, più ampia possibile, identica per chiunque: nessuno deve avere una sfera privata meno intangibile o meno estesa di quella di chiunque altro.

Come si vede, è assurdo qualificare questa ideologia come non-morale; al contrario, essa è interamente costituita da concetti morali e da regole morali. L'accusa di a-moralità è pertanto sbagliata e, soprattutto, scorretta: la sua funzione strategica è quella di squalificare il liberalismo nel dibattito pubblico, per esempio presentandolo come una teoria non interessata alle persone. Sia il paternalismo classico che il *nudge* fanno precisamente questo: il liberalismo non proteggerebbe le persone da loro stesse, dimostrando così di non tenerle in adeguata considerazione. Al contrario, proprio perché intende garantire alle persone il massimo dell'autonomia di condotta e di scelta dei fini, il liberalismo mostra di tenere le persone nella massima considerazione, un atteggiamento che, lo abbiamo appena visto, discende da una posizione morale molto forte: garantire alle persone il massimo della libertà possibile in condizione di uguaglianza. In quest'ottica, l'affermazione di Lord Devlin sopra ricordata – il diritto è il cemento della moralità – può essere condivisa anche da un liberale: il diritto serve a concretizzare il principio del danno, il legislatore ha l'obbligo morale di realizzarlo, costruendo una legislazione che ha la funzione di garantire e di proteggere la libertà di tutti.

Persio Tincani è professore associato di filosofia del diritto. Tra le sue ultime pubblicazioni: Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale) (Milano, 2013), Filosofia del diritto (Milano-Firenze, 2017), Raccontare la società (Milano-Firenze, 2022)

persio.tincani@gmail.com