

Giorgio Maniaci

Come interpretare il Principio del danno

(doi: 10.1415/86441)

Ragion pratica (ISSN 1720-2396)

Fascicolo 1, giugno 2017

Ente di afferenza:

Università degli studi di Brescia (unibs)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Come interpretare il Principio del danno

How to interpret the harm principle

In this article I will analyse seven types of harms, which can be relevant or irrelevant for the justification of the use of criminal coercion. This conceptual operation is important to solve a fundamental problem, relative to the validity of the *Offence Principle* according to the liberal ethics.

Keywords: Harm Principle – Offence Principle – liberal ethics.

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 prope-deutica per chiarire il cagionare quali tipi di danni può essere legittimamente punito in base ad un'etica liberale, e per risolvere un problema fondamentale che può porsi nell'applicazione del Principio del danno. Per risolvere questo problema introdurrò la nozione di *danno esistenziale*, nozione differente da quella utilizzata nell'ambito della dottrina civilistica, e abbastanza nuova rispetto al panorama della letteratura attuale. Il problema è se, come vorrebbe la strategia di Feinberg, non solo l'*Harm principle*, ma anche l'*Offence principle* è 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*.

Giorgio Manici: Professore associato, Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport, Università di Palermo, piazza Bologni 8, Palermo. E-mail: giorgio.maniaci@unipa.it

2. Sette tipi di danno

Il concetto di danno è centrale all'interno di una concezione liberale o antipaternalista, come nella medesima concezione di Mill¹. Una delle due tesi fondamentali dell'antipaternalismo moderato, infatti, è l'idea secondo la quale lo Stato può usare la coercizione esclusivamente, o principalmente, per evitare che un danno sia cagionato a terzi. L'altra tesi è che lo Stato, o un soggetto 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 limitare la libertà dell'individuo se l'azione che vuole compiere non cagiona alcun danno all'individuo medesimo².

¹ Sul concetto di danno in *On Liberty* di Mill cfr. Tincani 2009.

² 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: p. 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.

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

Le azioni che concernono solo noi stessi (*self-regarding*), che cagionano 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»³. Una nozione, dunque, che ha una inevitabile dimensione normativo-valutativa, ma anche una dimensione fattuale. Nella misura in 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 solo l'agente, che non ledono 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 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 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 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

³ Fiandaca 2010, 225.

(o che alcuni provano) a causa di determinati comportamenti ingiusti adottati dagli altri (urinare o vomitare in pubblico, fare l'amore per strada)⁴.

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»⁵. Ora, questa ultima definizione di «danno» non è sbagliata, ma è troppo vaga, dunque si potrebbe ricadere nel paternalismo, 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 rilevanti secondo un'etica compiutamente 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 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 ammini-

⁴ Cfr. Feinberg 1985, 2 ss.; Cfr. Feinberg 1984, 45 ss.

⁵ Cfr. Feinberg 1984, 36 ss.; Spina 2010; Cfr. Duff 2001, 17 ss.

strazione o dalla violazione di altri diritti fondamentali residuali costituzionalmente protetti, purchè 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 nel primo caso, un danno erariale nel secondo caso. Ugualmente, se Tizio viene ingiustamente discriminato nell'accesso ad una università privata⁶.

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.

⁶ 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 beni la cui tutela giustifica l'uso della coazione penale.

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, rinviando alle esaustive argomentazioni di Feinberg⁷.

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 aggiungono 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. 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*⁸. 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 penale⁹. Infine, come già argomentato, non ritengo opportuno considerare, in nessun senso, quindi anche concettualmente, il «danno morale» come un *danno* (a terzi), né, «a fortiori», come

⁷ Cfr. Feinberg 1984, 66 ss. Sul punto cfr. anche G. Maniaci, *Il concetto di danno nell'etica liberale e i suoi critici*, di prossima pubblicazione in «Rivista di filosofia del diritto».

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

⁹ 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.

una ragione *prima facie* o conclusiva per esercitare la coazione penale, direttamente o indirettamente rilevante.

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 esercitare la 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 dei suoi vicini di casa, in quanto Caio, e tutti i 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 i vicini di casa di Tizio. Tizio, ad esempio, sniffa cocaina, seduce giovani diciottenni, fa orge, si masturba davanti film pornografici, fa sesso sadomaso con prostitute orientali, e a causa di ciò Caio e i 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, perchè Caio e i 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 e consenzienti 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 o eutanasia), 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 città¹⁰. Ovviamente, la celebrazione del matrimonio è un evento tendenzialmente privato, nonostante il pubblico uff-

¹⁰ 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.

ziale e i testimoni, dal punto di vista della partecipazione o 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 ai suoi vicini di casa, perchè le azioni che cagionano un tale danno non sono provocate con dolo o colpa, nel senso di imperizia, negligenza o imprudenza. Appunto. Sarebbe assurdo condannare civilmente Tizio, in questo caso, perchè 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 perchè 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 disgustoso, 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 due obiezioni. La prima è che la probabilità che un danno psicologico si produca è molto scarsa, perchè 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, perchè la probabilità che esse vengano a conoscenza di terzi è ugualmente molto bassa (salvo il caso di celebrità).

*[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 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, anche 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 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, condi-

vidono, 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 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 significativo¹¹. «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»¹². 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 loro¹³.

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 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

¹¹ Per considerazioni simili cfr. Tadros 2011, 48.

¹² Bartoli 2008, 55-56.

¹³ 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, 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).

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 personale¹⁴, 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 riformulata in questo modo. Lo Stato può 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.

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 si creano *tre cerchi concentrici*, che rappresentano la sfera di sovranità dell'individuo: (1) il corpo e la mente, (2) il domicilio (eventualmente esteso

¹⁴ Cfr. Cassazione civile, 07/02/96 n. 978; Pino 2003.

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, come 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 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 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 maggioranza¹⁵.

Per valutare se il Principio del danno così interpretato funzioni, esso va testato sui casi di molestie ordinari, 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

¹⁵ In senso adesivo, Fiandaca 2010, 231-232; Hart 1968, 97.

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

Al contrario, il molestatore interferisce in modo intenzionale con la sfera corporea, fisica, della vittima, così come chi insulta gli altri o ne viola sistematicamente la privacy. 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 (perchè 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. 94/195915). 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. 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 (C. 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 (C. pen., Sez. V, 5.3-10.7.2015, 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 rappresentino 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 (615bis)¹⁶.

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 continuativa, cioè «non limitata nel tempo», e 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 ampiamente 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

¹⁶ Crespi, Stella, Zuccalà 2001, 1924 ss.

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 realizza 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 lasciare» 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 colpevolezza¹⁷. 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»¹⁸. In secondo luogo, nesso di causalità (scientifica) 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 indeterminatezza. In quarto luogo, principio di colpevolezza o di soggettività¹⁹: 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 tipico²⁰, cioè l'insieme degli elementi costitutivi della fattispecie di reato, fatto tipico cui, nella teoria tripartita del reato, si aggiungono antigiuridicità 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 coscienza almeno della offensività del reato»²¹. 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.

¹⁷ Cfr. ad es. Mantovani 1992; Fiandaca, Musco 2001.

¹⁸ Mantovani 1992, 190.

¹⁹ Cfr. Mantovani 1992, 253 ss.

²⁰ Cfr. Fiandaca, Musco 2001, 322.

²¹ Mantovani 1992, 284.

4. Offence Principle

Quanto detto finora ci consente di risolvere un problema sollevato in relazione al Principio del danno di Mill. Il problema 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 posta in essere 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, rabbia²².

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 privato²³. 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 restringerne l'ambito di applicazione lungo binari molto precisi. L'obiettivo di Feinberg è, contemporaneamente, consentire al diritto penale di sanzionare comportamenti considerati dai più odiosi (come urinare, vomitare, defecare, masturbarci 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 strada²⁴. Dal fallimento della sua strategia possiamo imparare molto. Secondo Feinberg, vi

²² «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.

²³ «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.

²⁴ Cfr. Feinberg 1985, 25-26.

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 universalità²⁵.

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»²⁶. 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 perchè 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 compiere comportamenti considerati dai più offensivi. In tal senso, l'unica interpretazione coerente dei due passaggi del discorso feinbergiano è che bisogna tenere conto 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

²⁵ Cfr. Feinberg, 1985, 26 ss.

²⁶ Feinberg 1985, 28.

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 insultate²⁷. 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. Non senza contraddirsi.

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

²⁷ Cfr. Feinberg 1985, 28 ss.

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. Si tratta di un caso il cui verificarsi non è molto probabile, ma è possibile.

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 (*wrongful offence*), ma non sta facendo *un torto* direttamente ai suoi vicini di casa²⁸. 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 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 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, perchè l'offesa profonda è una conseguenza probabile o meramente possibile

²⁸ «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.

dell'azione compiuta, cioè l'offesa è il risultato di un'azione compiuta con dolo eventuale o diretto. Ma in questo caso non si comprende perchè dovremmo punire la maggior parte delle più comuni, secondo Feinberg, *wrongful offences*, ad esempio il nudismo o l'urinare a tarda notte per strada, perchè anche il nudista, a differenza dell'esibizionista, non cagiona imbarazzo agli altri, cioè non cagiona 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 utilitarista²⁹. 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 coerentemente 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

²⁹ 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).

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 cagionate 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, e non intenzionali, compiute da altri (nudismo o attività sessuali compiute in pubblico ad esempio) si può ricorrere all'*estamotage* della protezione dei minori di età³⁰, del tutto coerente con il Principio del danno, o, in subordine, a criteri utilitaristi. L'equilibrio

³⁰ 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. 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. Cfr. Cline 2001, <http://womenfordecency.org/Resources/Dr.%20Victor%20Cline%20%20Pornography%27s%20Effects%20on%20Adults%20and%20Children.pdf> (giugno 2014).

psicofisico dei minori sarebbe messo in pericolo, non leso verosimilmente, da immagini e azioni disturbanti (nudismo, rapporti sessuali visibili apertamente per strada). Dunque, si tratterebbe di un reato non grave, 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 poche persone, non creano, *stricto sensu*, danni alla salute, ma solo appunto nausea, imbarazzo, disgusto. Ma se compiute da molte persone, in un breve lasso di tempo, o peggio per un lungo periodo, 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 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.

5. Conclusioni

In conclusione, ho distinto sette tipi possibili di danno. Danno fisico, danno psicofisico, danno economico, danno esistenziale, danno psicologico, danno relazionale, 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, purchè compatibili con una concezione liberal-egualitaria (come il diritto all'istruzione).

A questi danni è possibile aggiungere il mero stress psicologico e il danno cosiddetto morale. Ciò detto, ho sostenuto varie tesi. La prima 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. La seconda è che il concetto di danno esistenziale consente di risolvere molti casi tipici del diritto penale e di giustificare la punizione di molti reati, tra cui stalking, molestie, violenza sessuale, violenza privata, ingiuria, diffamazione, ecc. Mentre spiega perchè non deve essere punito il semplice *coming out* di una

ragazza lesbica nei confronti di suo padre, anche se il danno psicologico che cagiona al padre è lo stesso subito da una vittima di stalking. Infine, ho sostenuto 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*, 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 poche persone, non creano, *stricto sensu*, danni alla salute, ma solo appunto nausea, imbarazzo, disgusto. Ma se compiute da molte persone, in un breve lasso di tempo, o peggio per un lungo periodo, 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.

Riferimenti bibliografici

- Aleman, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*, «Doxa», 28.
- Aleman, M. (2006). *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel.
- Atienza, M. (1988). *Discutamos sobre paternalismo*, «Doxa», 5.
- Bartoli C., (2008). *La teoria della subalternità e il caso dei dalit in India*, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- Cassazione civile, 07/02/96 n. 978.
- Cassazione civile n. 25157/2008.
- Cassazione pen., 10.7.2015, n. 29826.
- Cassazione pen., 16.7.2010, n. 32404.
- Cassazione pen. 94/195915.
- Cassazione pen. 24.11.2011 n. 6908.
- Corte Appello Milano, 27.9.2011.
- Cline V., *Pornography's Effects on Adults and Children*, NY, Morality in Media, 2001, <http://womenfordecency.org/Resources/Dr.%20Victor%20Cline%20%20Pornography%27s%20Effects%20on%20Adults%20and%20Children.pdf> (giugno 2014).
- Crespi, Stella, Zuccalà (2001). *Commentario breve al codice penale*, Padova, Cedam.
- Del Bò 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) *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè.
- 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). *Virtù sovrana*, Milano, 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. (1986). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, New York, Oxford University Press.
- Feinberg, J. (1994). *Harmless Wrongdoing*, in Dworkin, G. (ed.), *Morality, Harm and the Law*, Westview Press.
- Feinberg, J., (1984). *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, New York, Oxford University Press.
- Feinberg, J., (1985). *The Moral Limits of the Criminal Law. Offence to Others*, New York, Oxford University Press.
- Fiandaca G., Musco, E. (2001). *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli.
- Fiandaca, G. (2010). «Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi», in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè.
- 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.
- Gardner, J. (1996). *Justifications and Reasons*, in A.P. Simester, A.T.H. Smith (eds.) *Harm and Culpability*, Oxford, Oxford University Press.
- Gardner, J. (2007). *Offences and Defences*, Oxford, Oxford University Press
- Garzón Valdés, E. (1988a). *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, «Doxa», 5.
- Garzón Valdés, E. (1988b). *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, Oxford University Press.
- Maniaci, G. (2012). *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Mantovani F., (1992). *Diritto penale*, Padova, CEDAM.
- 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 (a cura di), *L'individuo nella crisi dei diritti*, Firenze, Il Melangolo.
- Tribunale Milano, 5.9.2009.
- 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.
- Waldron, J. (1993). *Mill and the Value of Moral Distress*, in J. Waldron, *Liberal Rights*, New York, Cambridge University Press.
- Wertheimer, A. (1977). *Victimless Crimes*, «Ethics», 87, 4.
- Whitaker J.L., Bushman B.J., *Online Dangers: Keeping Children and Adolescents Safe*, «Washington & Lee Law Review», 66, 2009.