

IL PATERNALISMO  
GIURIDICO TRA  
PRINCIPIO DEL DANNO  
E MORALISMO  
GIURIDICO

ALCUNE RIFLESSIONI  
A PARTIRE DAL LIBRO  
DI GIORGIO MANIACI

ALESSANDRO SPENA



# Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci

## Legal Paternalism Between Harm Principle and Legal Moralism Some Reflections Starting from Giorgio Maniaci's Book

ALESSANDRO SPENA

Università degli Studi di Palermo.  
E-mail: [alessandro.spena@unipa.it](mailto:alessandro.spena@unipa.it)

### ABSTRACT

Nell'articolo si sostiene che il paternalismo giuridico non costituisce un autonomo principio di criminalizzazione. A tal fine, si analizza il ruolo dell'immoralità dell'atto nel funzionamento dei tre principi di criminalizzazione del moralismo giuridico, del principio del danno e del paternalismo giuridico: la tesi è che, al di là delle apparenze, tutti e tre questi principi suppongano che l'immoralità dell'atto costituisca l'oggetto intenzionale di una criminalizzazione legittima. Questa tesi è sostenuta, dapprima, con riferimento specifico al principio del danno, del quale si prospettano diversi possibili tipi di moralizzazione, e poi, più diffusamente, con riferimento al paternalismo giuridico; nel farlo, si mostra, facendo leva sulla ricostruzione critica effettuata da Giorgio Maniaci nel suo libro, che tutti i possibili argomenti a sostegno del paternalismo giuridico non sono, in effetti, che variazioni sul principio del danno o argomenti meramente e direttamente moralistici.

The article argues that legal paternalism does not constitute an autonomous principle of criminalisation. To this end, the article analyses the role of the immorality of the act in the functioning of the three principles of criminalisation of legal moralism, harm principle, and legal paternalism: the thesis is that, beyond appearances, all three of these principles assume that the immorality of the act constitutes the intentional object of legitimate criminalisation. This thesis is argued, firstly, with specific reference to the harm principle, of which various possible types of moralisation are envisaged, and then, more widely, with reference to legal paternalism. In doing so, it is shown, relying on the critical reconstruction carried out by Giorgio Maniaci in his book, that all the possible arguments in support of legal paternalism are in fact nothing more than variations on the harm principle or merely and directly moralistic arguments.

### KEYWORDS

paternalismo giuridico, moralismo giuridico, principio del danno

Legal paternalism, Legal Moralism, Harm Principle

# Il paternalismo giuridico tra principio del danno e moralismo giuridico

## Alcune riflessioni a partire dal libro di Giorgio Maniaci

ALESSANDRO SPENA

1. *Il paternalismo giuridico non esiste* – 2. *Quale paternalismo?* – 3. *Moralismo giuridico e legittimazione della criminalizzazione* – 4. *Moralismo e danno* – 5. *Moralismo giuridico e paternalismo giuridico* – 5.1. *Immoralità dell'atto e paternalismo indiretto* – 5.2. *Immoralità dell'atto e paternalismo diretto* – 5.2.1. *Il paternalismo diretto come forma del principio del danno?* – 5.2.2. *Il paternalismo diretto come forma di moralismo giuridico* – 6. *Conclusioni*.

### 1. *Il paternalismo giuridico non esiste*

L'espressione "paternalismo giuridico" indica, secondo la definizione che ne dà Giorgio Maniaci nel suo libro *Contro il 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» (MANIACI 2012, 2).

Sono, pertanto, norme giuridiche paternalistiche quelle che autorizzano l'uso della coercizione – ad es., della sanzione penale (la quale, essendo io un penalista, da qui in avanti userò come riferimento paradigmatico del mio discorso) – contro il medesimo soggetto nel cui interesse, esclusivo o principale, esse sono poste, il cui bene esse, in via esclusiva o principale, mirano a tutelare; una norma giuridica può dirsi paternalistica se, e solo se, autorizza l'uso della forza per impedire a un soggetto di compiere un'azione o un'omissione per lui dannosa, allo scopo, esclusivo o prevalente, di fare il suo stesso bene, di evitare, cioè, che egli cagioni a sé un danno, si faccia del male.

Poiché, d'altra parte, le norme giuridiche in sé non hanno scopi, e ciò che chiamiamo "scopo della norma giuridica" è solo una possibile giustificazione della sua esistenza o applicazione, parlare di "norme giuridiche paternalistiche" è in realtà improprio, se si prende questa espressione alla lettera: con essa bisogna piuttosto riferirsi, come sottende chiaramente la definizione di Maniaci, ad una possibile giustificazione dell'esistenza e applicazione di una norma; in questo senso, non esistono norme giuridiche paternalistiche, ma soltanto giustificazioni paternalistiche di norme giuridiche, argomenti paternalistici, ragioni paternalistiche a sostegno dell'esistenza o dell'applicazione di questa o quella norma. A rigore, dunque, paternalismo *giuridico* non è paternalismo del diritto, ma paternalismo *sul, circa il diritto*, lettura paternalistica del diritto, chiave di lettura paternalistica di norme giuridiche.

Il problema posto dal paternalismo giuridico è se quelle paternalistiche siano buone ragioni a sostegno dell'esistenza o dell'applicazione di una norma giuridica, se queste siano adeguatamente giustificate mediante ricorso ad argomenti paternalistici: se il fatto che l'esistenza e

l'applicazione di una norma giuridica abbiano l'effetto di impedire a un soggetto di causare danno a sé stesso sia una buona ragione a loro sostegno<sup>1</sup>.

Nel suo libro Maniaci sciorina una serie di contro-argomenti finalizzati a contestare il paternalismo giuridico, e a sostenere (quella che egli definisce) una concezione (moderatamente) anti-paternalistica, secondo la quale

«lo Stato, o un soggetto 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, volontà di compiere attività pericolose e/o dannose, si sia formata in modo razionale, e sia espressa da persona capace di intendere e volere, sia basata sulla conoscenza dei fatti rilevanti, sia stabile nel tempo e sufficientemente libera da pressioni coercitive» (MANIACI 2012, 3).

Nelle sue linee generali, io trovo questa tesi condivisibile, così come trovo convincenti molti degli argomenti addotti da Maniaci a suo sostegno. Non ho dunque obiezioni importanti da muovere al libro, a partire dalle quali intavolare un contraddittorio col suo autore. Sfrutterò, semmai, l'invito rivoltomi a partecipare a questa discussione per riprendere il filo di una riflessione sul paternalismo giuridico, che già alcuni anni orsono avevo avviato, proprio in occasione della presentazione dell'edizione italiana del libro di Maniaci (SPENA 2014), cercando di portare ad emersione un punto che si può così riassumere: *il paternalismo giuridico non esiste, come autonomo principio di criminalizzazione*; al di là delle apparenze o della retorica comunemente impiegata, la sostanza profonda di ciò che si presenta come paternalismo giuridico è in realtà costituita da altri principi di criminalizzazione, che rispondono a logiche diverse da quella paternalistica. L'idea del paternalismo giuridico è frutto di una estensione analogica e metaforica di un atteggiamento – quello del *pater*, del genitore nei confronti del figlio – che ha *ratio* e logica completamente diverse da quelle proprie del rapporto fra stato e cittadino o, più in generale, fra potere pubblico e soggetti che vi sono sottoposti. In epoche storiche meno affezionate all'autonomia dell'individuo di quanto non lo sia l'odierna, quell'idea può essere servita a legittimare – facendole sembrare bonarie, altruisticamente rivolte al bene del cittadino – misure limitative della libertà (il paternalismo come *liberty-limiting principle*<sup>2</sup>) che trovavano altrove il proprio fondamento; questo *fondamento altro* vorrei appunto far emergere, usando, nell'ultima parte, il libro di Maniaci come prezioso supporto tematico e argomentativo.

Come passaggio intermedio, mi soffermerò anche sugli altri principi di criminalizzazione, che mi paiono costituire la sostanza dissimulata del paternalismo giuridico. E questi sono, a seconda degli argomenti concretamente impiegati, il moralismo giuridico e il principio del danno. D'altronde, come cercherò di mostrare, il principio del danno è esso stesso ridicibile, almeno secondo una certa interpretazione (che a me pare la più plausibile), ad una forma speciale di moralismo giuridico. Quest'ultimo si staglierà, dunque, come l'orizzonte sul quale, esplicitamente o implicitamente, si muove sempre la legittimazione della criminalizzazione. Trarre le ulteriori conseguenze di un tale assunto, però, rimane fuori dalle ambizioni di questo contributo.

## 2. Quale paternalismo?

Prima di procedere oltre, è opportuna una precisazione. Il paternalismo al quale mi sto qui rife-

<sup>1</sup> Così, ad es., FEINBERG 1986, 4, presenta il paternalismo penale: «It is always a good and relevant (though not necessarily decisive) reason in support of a criminal prohibition that it will prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself».

<sup>2</sup> Sul concetto di *liberty-limiting principle*, v. FEINBERG 1984, 7 ss.

rendo è quello dispotico, meglio noto come duro (*hard paternalism*), non quello tutorio, detto anche moderato (*soft paternalism*). Paternalismo dispotico è, come discende dalla definizione citata in apertura, l'imporre a una persona matura e competente il suo stesso bene, evitando in particolare che essa procuri danno a sé stessa, senza tenere in alcun conto il suo volere contrario, per quanto questo volere si sia formato in maniera razionale, libera da pressioni coercitive, consapevole dei fatti rilevanti e stabile nel tempo (così Maniaci sintetizza le quattro condizioni della sufficiente autonomia di un soggetto: MANIACI 2012, 76 ss.); essere paternalisti, in questo senso, significa ritenere giusto costringere una persona a fare il proprio interesse, anche se questa, in maniera libera e consapevole, non voglia farlo. È ad esso che ci si riferisce quando si usa l'etichetta "paternalismo" per indicare un atteggiamento di ostinata sopraffazione dell'autonomia dei consociati, trattati, a dispetto della loro capacità di compiere scelte autonome, come dei minori da accudire; da cui l'arguta notazione di Joel Feinberg che «"Paternalism" is a label that might have been invented by paternalism's enemies» (FEINBERG 1986, 4). Paternalismo tutorio è invece l'atteggiamento di chi è mosso dalla preoccupazione di evitare che una persona si procuri un danno mentre versa in condizioni di incompetenza basica, che la rendono incapace di compiere scelte pienamente autonome, ossia libere consapevoli e responsabili (SPENA 2014, 1215). Dal punto di vista del paternalismo dispotico, l'autonomia del soggetto paternalizzato non ha alcun rilievo: rileva soltanto (quello che secondo il *pater* costituisce) il suo bene, un bene nel quale l'autonomia del paternalizzato non è inclusa, e che su questa prevale, al punto che è lecito imporglielo anche se quegli, in maniera libera e consapevole, vi si oppone. Viceversa, è proprio l'autonomia del paternalizzato il tema, il fondamento del paternalismo tutorio, trattandosi di impedire che un soggetto – in circostanze nelle quali non versi in condizioni di piena responsabilità – compia atti la cui importanza richiede invece che siano compiuti in maniera pienamente responsabile; non è un caso, ad es., che Maniaci (MANIACI 2012, 5 s.), come si è visto, consideri questa, in realtà, una forma di antipaternalismo (moderato). Nella logica di questo approccio, invero, il *pater* non vuole affatto imporre al soggetto paternalizzato una propria concezione del bene, anche a costo di conculcarne la libertà di scelta; il suo atteggiamento è semmai animato dal bisogno solidaristico di integrare la responsabilità di un soggetto che, per ragioni strutturali o anche solo contingenti, ne sia carente.

Sebbene anche il paternalismo tutorio, o antipaternalismo moderato che dir si voglia, abbia dei lati oscuri (MANIACI 2012, 141 ss.; SPENA 2014, 1223 ss.), che meriterebbero di essere affrontati, e sebbene a me sembri che la difesa che Maniaci fa (MANIACI 2012, 141 ss.) della sua concezione antipaternalista moderata dalla minaccia di questi lati oscuri sia la parte più macchinosa e meno convincente del suo libro, in questo mio contributo metterò da parte il paternalismo tutorio per concentrarmi invece su quello dispotico; in definitiva, è *contro* quest'ultimo che Maniaci rivolge il suo sforzo argomentativo, e a me interessa capire un po' meglio che consistenza abbia questo suo obiettivo polemico.

### 3. *Moralismo giuridico e legittimazione della criminalizzazione*

Tutti i principi di legittimazione della criminalizzazione sottendono un elemento moralistico, nella misura in cui essi pretendono di indicare le condizioni in presenza delle quali la criminalizzazione può tutto sommato considerarsi un bene, moralmente legittima<sup>3</sup>. Questo elemento moralistico, tuttavia, può giocare ruoli diversi. Seguendo R.A. Duff (DUFF 2007, 82 ss.), possiamo immaginare, in particolare, due di questi ruoli, ossia quello dell'immoralità come oggetto in-

<sup>3</sup> Sulla *moral legitimacy* come fuoco di tutti i *liberty-limiting principles*, v. ancora FEINBERG 1984, 6 s.

tenzionale di responsabilità penale e quello dell'immoralità quale mera condizione di responsabilità penale:

«When I am held responsible, there is something for which I am held responsible. Within any practice of responsibility-ascription there are also conditions of responsibility, which must be satisfied if the ascription is to be justified, but which are not part of that for which the person is held responsible. It is a condition of being criminally responsible for any crime that I was not at the time of the crime, and am not now, disordered in a way that undermined my capacity to be guided by reasons or to answer for my actions: but I am not held criminally responsible for not being thus disordered. If it is argued that criminal responsibility is grounded in 'choice', or in 'character', we must therefore ask whether that ground is taken to constitute the object, or a condition, of responsibility. Are we to be criminally responsible for our criminal choices, or for our defective character traits? Or are we to be held responsible for something else, for instance for a criminal action, on condition that we chose to act thus, or on condition that the action flowed from a defective character trait? Likewise, if it is said that criminalisation must be grounded in harm, or in wrongfulness, we must ask whether the harm or the wrongfulness is the object or a condition of criminal responsibility: are we to be criminally responsible for the harm or wrong that we do; or are we to be responsible for something else, on condition that our conduct is harmful or wrongful?»

Quando parliamo di *moralismo giuridico*, ci riferiamo ad una concezione per la quale l'immoralità dell'atto gioca il ruolo di oggetto intenzionale della responsabilità penale, e dunque di ragione positivamente fondante la legittimità di una scelta di criminalizzazione: in un'ottica moralistica, l'immoralità di un atto costituisce una buona ragione per criminalizzarla, e dunque per renderne l'autore penalmente responsabile; lo stato è legittimato ad usare la forza del diritto penale, per impedire ai consociati di comportarsi in maniera immorale, di compiere atti, od omettere di compiere atti, in violazione di doveri morali che su di essi graverebbero. Così inteso, il moralismo giuridico può trovare il proprio fondamento in una concezione retributiva e puramente deontologica della sanzione penale, per la quale quest'ultima è positivamente giustificata dalla riprovevolezza del soggetto a cui la si applica; riprovevolezza che a sua volta consiste nel fatto di comportarsi in modo immorale (così, ad es., MOORE 2017, 443 s.). Ma il moralismo giuridico-penale, in realtà, può trovare fondamento anche in una concezione preventiva, anziché retributiva, della sanzione penale, per la quale quest'ultima non si giustifichi tanto, retroattivamente, quale contrappeso della riprovevolezza del comportamento di un soggetto, quanto, prospetticamente e consequenzialisticamente, come strumento capace (una capacità, per vero, tutta da dimostrare sul piano empirico) di far sì che le persone (il soggetto punito o la generalità dei consociati) agiscano moralmente – se non nel senso di orientarli ad atteggiamenti interiori di rettitudine morale, almeno nel senso di orientarli a non compiere condotte immorali.

In ogni caso, né l'uno né l'altro fondamento implicano che un moralista giuridico debba ritenere sempre legittimo ricorrere alla sanzione penale per punire qualsiasi tipo di immoralità; il moralismo giuridico, come per vero qualunque principio di criminalizzazione, opera su due piani distinti: uno attinente alla valutazione dell'atto col quale si interferisce; l'altro direttamente attinente ad una valutazione dell'interferenza con l'atto. Secondo il moralista giuridico il secondo piano di valutazione dipende dal primo, ma non occorre che vi si appiattisca integralmente; la sua posizione è semmai quella di individuare nell'immoralità dell'atto una ragione *prima facie*, o *pro tanto*, per criminalizzarne l'autore; il che non esclude affatto che questa ragione venga poi messa in bilanciamento con altre ragioni, che possono militare contro la criminalizzazione e, se prevalenti, precluderle la legittimità. In una accezione liberale del moralismo giuridico, queste altre ragioni discenderanno, innanzitutto, dall'esigenza di garantire l'individuo contro invasioni eccessive della sua libertà (cfr. ancora MOORE 2014, 197 ss.) e si tradurranno nella operatività di criteri limitativi, sul modello di quelle che Joel Feinberg chiama *mediating maxims* (es., FEINBERG

1984, 187 ss., in relazione al principio del danno; FEINBERG 1985, 25 ss., in relazione all'*offense principle*): ad es., in omaggio ad una esigenza di proporzionalità, è plausibile pensare che il moralista giuridico consideri legittimamente criminalizzabili solo le immoralità più gravi (MOORE 2017, 453) o solo quelle che possano considerarsi dotate di rilevanza pubblica (es., HUSAK 2008, 135 ss.; DUFF, MARSHALL 1998, 7 ss.; DUFF 2007, 140 ss.<sup>4</sup>).

Rimane l'attribuzione all'immoralità dell'atto di un valore fondante dell'uso legittimo della coercizione penale: in prospettiva moralistica, l'una costituisce la ragione ultima, e dunque l'oggetto intenzionale, dell'altro, cioè in ragione di cui l'atto può venire coercitivamente impedito, o il soggetto che lo ha commesso punito; da questo punto di vista, l'immoralità dell'atto è parte necessaria della risposta a domande come: "cosa c'è in quest'atto che rende legittimo impedirlo coercitivamente?", o "per cosa è legittimo punire una persona?" Tutte le volte che l'immoralità dell'atto entra nella legittimazione della criminalizzazione in questa veste di ragione fondante, sia pure *pro tanto*, abbiamo a che fare con una forma di moralismo giuridico.

#### 4. Moralismo e danno

Qual è il ruolo dell'elemento moralistico nel funzionamento di altri principi di criminalizzazione? Per non rendere il discorso troppo dispersivo, cercherò di rispondere a questa domanda esclusivamente con riferimento al *principio del danno* (inteso come principio del danno *a terzi*) e, nel prossimo paragrafo, al paternalismo (inteso come principio del danno *a sé stessi*); tralascierò invece il cosiddetto *offense principle* (su cui, per tutti, FEINBERG 1985), al quale, ad ogni modo, buona parte di quel che verrò dicendo in questo paragrafo potrebbe essere esteso senza particolari difficoltà.

Detto in maniera estremamente semplificata, ciò che, nell'ottica del principio del danno, legittima lo stato a usare la coercizione penale è la prospettiva di impedire che, col proprio comportamento attivo od omissivo, una persona pregiudichi gli interessi di altre persone; è la prevenzione del danno, innanzitutto inteso come *setback to interest* (FEINBERG 1984, 31 ss.), come lesione di interessi altrui, non l'immoralità dell'atto o la lesione di interessi propri, a costituire in tal caso la ragione ultima («the only purpose», per MILL 1869, 223; «an appropriate reason», per FEINBERG 1984, 11 s.) per la quale si può legittimamente usare coercizione pubblica, e penale in particolare, contro l'individuo. Questa logica sottende, almeno in molti dei suoi propugnatori, una visione intrinsecamente utilitaristica, che muove dall'idea che la sanzione penale (come in generale la coercizione giuridica), comportando essa stessa dei costi (sia per il soggetto, che la subisce, sia per la società, che deve applicarla), possa considerarsi legittima solo se consente di evitare costi maggiori (quantomeno in forma aggregata), e dunque di conseguire una maggiore utilità sociale di quella che si avrebbe invece non applicandola: l'uso della coercizione pubblica, e della sanzione penale in particolare, è insomma legittimo solo in quanto permetta di incrementare il benessere generale; il danno è una buona ragione per ricorrere alla coercizione, eventualmente anche penale, se, e solo se, prevenirlo ha l'effetto prevedibile di produrre maggior felicità per il maggior numero di persone<sup>5</sup>.

Anche qui, però, come *mutatis mutandis* abbiamo visto per il moralismo giuridico, la ragione fondante (dannosità dell'atto) costituisce solo una ragione *pro tanto* a favore della criminalizzazione, che va bilanciata con altre considerazioni, le quali, se prevalenti, rendono *pro toto* illegittima la criminalizzazione. Tra queste altre considerazioni, rientrano senz'altro le *mediating maxims*, a cui accennavo in precedenza; ma – ecco il punto – vi rientra anche l'immoralità dell'atto: come princi-

<sup>4</sup> Ma questi ultimi autori propugnano una versione del moralismo giuridico tutt'affatto particolare, sulla quale non posso qui diffondermi.

<sup>5</sup> Le radici di questo modo di ragionare le ritroviamo agevolmente già in BECCARIA 1965 e BENTHAM 1907, ma poi, soprattutto, in MILL 1869 e in HART 1962 (specie se letto in combinazione con HART 1968).

pio di *legittimazione* della coercizione/criminalizzazione, anche il principio del danno assume necessariamente che l'atto da prevenire sia moralmente ingiusto; sarebbe un modo invero paradossale di intenderlo se lo si usasse per legittimare lo stato a sanzionare penalmente la causazione di danni *giusti*: la sanzione penale, e in particolar modo la *pena*, ha un valore espressivo di riprovazione (per un comportamento che deve essere *illecito* e *colpevole*, dunque riprovevole, rimproverabile), che sarebbe del tutto distonico e immotivato qualora lo si riferisse a comportamenti dei quali non si assumesse la contrarietà a (una qualche declinazione della) moralità. Lo riconosce esplicitamente Joel Feinberg (FEINBERG, 1988, 12, sulla scorta di osservazioni di MACCORMICK 1982):

«even a penal code based exclusively on the harm principle [...] is meant to do more than merely prevent harm. In so protecting people, it also means to vindicate the morality of preventing harm and respecting autonomy. That is why its sanctions are *punishments* expressing public reprobation and moral censure of the harm-causing wrongdoer».

Il principio del danno va dunque riferito «only to setbacks that are also wrongs» (FEINBERG 1984, 105 ss.): *danni ingiusti*, a voler tradurre sinteticamente. Con questa precisazione: che quella qui rilevante, essendo connessa all'idea del danno e funzionale all'operatività del principio del danno, è un'immoralità non già *free-floating* (FEINBERG 1988, 18 ss.), ma legata al fatto che qualcuno, in particolare, abbia titolo in prima persona di lamentarsi della sua commissione; un'immoralità che dunque «give[s] rise to personal grievances» (FEINBERG 1988, 18; su ciò, POSTEMA 2005); non basta che l'atto costituisca un *wrong*; occorre che sia un *wrong* diretto a qualcuno, contro qualcuno, un *wrong* fatto a qualcuno: non basta che il soggetto abbia agito *wrongly*, occorre invece che, in ragione del suo atto, qualcuno sia stato *wronged*. Per il principio del danno, insomma, l'interesse non viene in rilievo nella sua nuda dimensione empirica, ma solo come *vested interest*, come interesse protetto dalla sussistenza, in capo ad altri, di un divieto di interferenza, e dunque come diritto (ancora Feinberg 1984, 105 ss.; ma si veda già MILL 1869, cap. IV; sul punto, volendo, v. anche SPENA 2010, 514 ss.). Danno, di conseguenza, non è ogni lesione dell'interesse di un terzo, ma solo quella che costituisca altresì violazione di un suo diritto. Questo è un punto importante, perché permette di chiarire come per il principio del danno non sia la generica immoralità a rilevare, ma, appunto, la protezione che la società è tenuta a garantire ai diritti dei consociati; l'esigenza suo tramite perseguita non è quella – perfezionistica – di moralizzare le persone, renderle moralmente migliori, ma quella di garantire che i diritti dei consociati non vengano lesi («the morality of preventing harm and respecting autonomy»), poiché a questo, tra le altre cose, servono la società e il conferimento del monopolio della forza legittima in capo allo stato.

Rimane, tuttavia, da chiarire in quale ruolo l'immoralità dell'atto, così definita, entri nella logica del principio del danno. Le opzioni, come già sappiamo, sono due: come oggetto intenzionale di responsabilità penale o come sua mera condizione. L'opzione a prima vista più naturale parrebbe la seconda (questo è, ad es., il modo in cui Duff interpreta l'impostazione feinberghiana: DUFF 2007, 83 s.): l'immoralità dell'atto come *side constraint of justice*, che affianchi il pregiudizio dell'altrui interesse quale componente indefettibile di un esercizio legittimo della criminalizzazione; così, mentre ragione fondante di un tale esercizio legittimo sarebbe la mera lesione dell'altrui interesse, la relativa immoralità ne costituirebbe invece un limite; non una buona ragione, in positivo, per criminalizzare un soggetto (il *per cosa* lo si punisce), ma, nondimeno, una condizione senza la quale non sarebbe legittimo criminalizzarlo: la cui assenza costituirebbe, dunque, una buona ragione per *non* criminalizzare.

Ora, l'idea che la società abbia una buona ragione per sanzionare penalmente la lesione di un altrui interesse, a prescindere dal fatto che questo costituisca oggetto di un diritto, potrebbe sembrare in linea con una logica utilitaristica, che si è detta sottesa al principio del danno: si potrebbe infatti sostenere che la lesione dell'altrui interesse (protetto o meno come diritto) pesi già di per sé come un fattore dal quale dipenda il benessere generale della società, la quantità di felicità in essa



presente. Ma, a ben vedere, le cose sono un po' più complicate di così: anche in un'ottica meramente utilitaristica, a rilevare non sarebbe una qualsiasi lesione di interesse, ma soltanto quelle che determinino, appunto, un detrimento del benessere generale; e, naturalmente, non ogni lesione di interesse ha questo effetto, poiché altrimenti l'utilitarismo si incarterebbe in uno stallo irrisolvibile. D'altra parte, limitare il *setback to interest* rilevante a quello soltanto che determini un detrimento del benessere generale significa già, in un'ottica utilitaristica, moralizzare il concetto di danno, limitarlo, cioè, a quei soli casi nei quali la lesione di un interesse è anche, utilitaristicamente, un fatto moralmente illecito. Il che ci porterebbe fuori dalla seconda opzione e dritti dentro la prima: l'immoralità come oggetto di responsabilità penale, e il principio del danno come moralismo a matrice utilitaristica, per il quale l'uso della sanzione penale sia legittimo tutte le volte che esso possa prevedibilmente contribuire a massimizzare il benessere generale, quale che sia il prezzo da pagare in termini di sacrificio delle libertà individuali. In tal modo, però, il principio del danno abiurerebbe alla propria vocazione originaria di costituire un argine alla ricerca coercitiva dell'interesse e della felicità dei molti, eretto a tutela dell'autonomia dell'individuo.

Non è un caso che John Stuart Mill eviti di cadere in questo paradosso facendo giocare la violazione di un diritto già nella definizione del concetto di danno; Mill, infatti, non identifica il danno con la lesione di un qualsiasi interesse altrui, ma lo limita alla sola lesione di

«certain interests, which, either by express legal provision or by tacit understanding, ought to be considered as rights[...]. The acts of an individual may be hurtful to others or wanting in due consideration for their welfare, without going the length of violating any of their constituted rights. The offender may then be justly punished by opinion, though not by law» (MILL 1869, 276).

Ciò, peraltro, sulla base di una concezione dei diritti essa stessa non utilitaristica, o quantomeno non direttamente utilitaristica<sup>6</sup>, la quale, cioè, non identifica diritti e massimizzazione del benessere generale (il che renderebbe i primi sostanzialmente superflui e ci riporterebbe alla precedente opzione), ma fa dei primi un limite alla (possibilità, per la società, di perseguire legittimamente la) seconda. Scrive infatti Mill (MILL 1869, 276):

«As soon as any part of a person's conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it, and the question whether the general welfare will or will not be promoted by interfering with it becomes open to discussion. But there is no room for entertaining any such question when a person's conduct affects the interests of no persons besides himself».

La discussione su cosa possa essere fatto, in termini di esercizio della coercizione, per promuovere il benessere generale deve dunque seguire, e non precedere, la definizione del danno a terzi (e correlativamente, l'identificazione dei diritti di costoro), la quale segna invece l'estremo limite inferiore al di sotto del quale la coercizione pubblica non si può spingere nell'aspirazione a massimizzare la felicità dei più. Questo salva il principio del danno dal prestarsi alle applicazioni il-liberali contro le quali esso era stato concepito; non lo salva, tuttavia, dal vedersi comunque ridotto ad una forma di moralismo giuridico. Della costruzione milliana possono darsi, infatti, due letture diverse, a seconda del ruolo che vi si ritenga attribuito alla prevenzione del danno ad altri in rapporto al perseguimento del benessere generale; in entrambe, tuttavia, il fondamento della coercizione finisce per risiedere nella (in una diversa forma di) immoralità dell'atto.

Secondo una prima lettura, il fondamento della coercizione consiste nella prevenzione di un danno ad altri; Mill sembra sostenerlo esplicitamente allorché afferma che «the only purpose for

<sup>6</sup> Sul punto, BRINK 2013, 217 ss.; WOODARD 2019, 121 ss., nonché, più in generale, sulle teorie utilitaristiche dei diritti, 118 ss.

which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others» (MILL 1869, 223); il perseguimento del benessere generale, in questa visione, costituisce semmai un limite alla coercizione legittima: la ragione per cui si può legittimamente criminalizzare una condotta (il *per cosa* si può venire legittimamente criminalizzati) risiederebbe nell'aver causato danno ad altri; questa criminalizzazione sarebbe tuttavia legittima solo a condizione che non vi si opponga l'esigenza di perseguire il benessere generale: che la condotta dannosa per un altro soggetto consenta, nondimeno, di massimizzare, tutto sommato, il benessere generale, renderebbe illegittimo criminalizzarla, nonostante, in linea di principio, la sua dannosità costituisca una buona ragione *pro tanto* per farlo.

Questa non è, però, la sola possibile lettura dell'impostazione milliana. Il passaggio di *On Liberty* da ultimo citato, in realtà, non attiene direttamente al rapporto fra danno e benessere generale; l'affermazione che solo il danno *ad altri* possa costituire un "purpose" legittimo della coercizione vi ha, piuttosto, il senso di escludere che la coercizione possa essere legittimamente usata per evitare che il soggetto cagioni danno *a sé stesso*, o comunque per costringerlo a fare il proprio stesso bene: «The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign» (MILL 1869, 224). Altrove, e in particolare in un altro passaggio che pure ho già più sopra riportato (MILL 1869, 276), lo stesso principio è ripreso, ponendolo però, stavolta, proprio nella prospettiva del rapporto fra danno e benessere generale: Mill vi ribadisce che la "giurisdizione della società" entra in gioco solo rispetto a condotte che ledono interessi altrui, ma sembra pure intendere che l'oggetto specifico di tale "giurisdizione" risieda nella questione se l'uso della coercizione promuova o meno il benessere generale; è questo benessere ciò che specificamente concerne la società («To individuality should belong the part of life in which it is chiefly the individual that is interested; to society, the part which chiefly interests society»: MILL 1869, 276): il danno ad altri vi assume rilievo non di per sé stesso, ma come canale, punto di emersione di un possibile detrimento al benessere generale. In questa versione, la causazione di un danno, pur sempre intesa come violazione di un altrui diritto, costituisce una condizione perché la società possa cominciare a discutere dell'uso della coercizione pubblica per incrementare il benessere generale: il principio del danno indicherebbe dunque un limite all'uso legittimo della coercizione, non il suo fondamento, che invece risiederebbe nell'obiettivo (utilitaristico) di massimizzare il benessere generale.

Nell'una come nell'altra lettura, il principio milliano del danno si risolve comunque in una forma specifica di moralismo giuridico<sup>7</sup>. Nella prima, ciò discende dall'aver moralizzato il concetto di danno, intendendolo come violazione di diritti, di *legitimate concerns* altrui, definiti in termini non (o quantomeno, non direttamente) utilitaristici: il principio, così inteso, recita che la sola ragione per la quale si può usare legittimamente la coercizione consiste, appunto, nel prevenire (la commissione di quella specifica forma di immoralità non utilitaristica che consiste ne) la violazione di un altrui diritto. Nella seconda lettura, invece, a costituire oggetto intenzionale della responsabilità penale è l'impatto negativo della condotta sul benessere generale, mentre la sua dannosità per altri ne costituisce, piuttosto, il limite insuperabile: la ragione per cui si

<sup>7</sup> Ma che il principio del danno sia una forma specifica di moralismo giuridico è conclusione alla quale, al termine della sua monumentale riflessione sul tema, giunge anche Joel Feinberg (FEINBERG 1988, 12 s.): «any liberty-limiting principle[...] is a principle for enforcing some segment of morality. That is because the very apparatus of the criminal law with its characteristic symbolic and expressive functions, is a means of giving the seal of authoritative moral judgement to its verdicts and punishments. The criminal law can even be understood as an instrument for creating and reinforcing moral consensus. Like the other [...] liberty-limiting principles then, the harm principle is, obviously, a kind of moralistic principle, aimed at determining the moral values that may properly be enforced by the morality-shaping apparatus of the criminal law. But it still does not follow that the harm principle permits the criminal law to proscribe any and all kinds of wrongdoing[...]. By definition, that principle remains substantially narrower than the (other) moralistic principles, and can be coherently contrasted with them».

può usare coercizione pubblica è la massimizzazione del benessere generale, ma solo in quanto questa dipenda dall'impedire il compimento di condotte dannose per altri; anche in questo caso, il principio del danno viene fuori come una ipotesi speciale di moralismo giuridico, che però individua il fondamento della coercizione non già nell'immoralità non (direttamente) utilitaristica della violazione di un altrui diritto (che opera semmai come *side constraint*), ma nell'immoralità utilitaristica costituita dall'impatto negativo della condotta sul benessere generale.

### 5. Moralismo giuridico e paternalismo giuridico

L'elemento moralistico gioca dunque un ruolo cruciale nel principio del danno, al punto che, secondo l'interpretazione che – tra quelle qui considerate – è parsa più plausibile, quest'ultimo costituisce una forma specifica di moralismo giuridico. Rimane da capire se l'immoralità dell'atto (auto-)dannoso giochi un ruolo anche rispetto al paternalismo giuridico, e quale sia, eventualmente, questo ruolo. Occorre partire da una notazione generale, utile a impostare la risposta a queste domande: a differenza degli altri *liberty-limiting principles*, il paternalismo trova il proprio baricentro più nella posizione, nel ruolo morale di colui che pretende di interferire con la libertà altrui (il *pater*), che non in quella del soggetto la cui libertà è oggetto di interferenza (il paternalizzato); volendo osare di più, possiamo dire che il paternalismo pretende, in qualche modo, di privare di rilievo la posizione di quest'ultimo soggetto, quale posizione morale autonoma, per assorbirla in quella del *pater*: in definitiva, come abbiamo visto, esso nega ogni rilievo all'autonomia di colui che si procura il danno, considerandolo in sostanza privo della capacità necessaria a compiere scelte morali.

Che il paternalismo privi di rilievo morale la posizione del soggetto paternalizzato emerge anche da un'altra significativa circostanza, che concerne più specificamente il paternalismo *penale*, e quindi l'uso della sanzione penale (o comunque di una sanzione punitiva da infliggere *post factum*) in funzione paternalistica: infatti, non ci vuole molto ad accorgersi di come, in tal caso, il paternalismo operi sempre in via indiretta; di come, cioè, le norme penali paternalistiche non abbiano mai, per contenuto, l'attribuzione di responsabilità (e l'applicazione di sanzione) penale direttamente al soggetto paternalizzato. Esistono bensì norme penali che incriminano chi compia certe condotte auto-pregiudizievoli (es.: autocalunnia, incendio di cosa propria, frode in assicurazione), ma queste, all'evidenza, non si prestano a giustificazioni paternalistiche. Le norme penali per le quali si possono ipotizzare giustificazioni paternalistiche hanno tutte, semmai, la caratteristica di imputare la responsabilità a un soggetto *diverso* da quello che subisce il danno: sono norme che non puniscono, propriamente, il danno a sé, ma il danno inflitto ad altri con il loro consenso; la ragione per cui si prestano a letture paternalistiche non sta, dunque, nel fatto che esse puniscano lo stesso soggetto che pretendono di proteggere, ma nel fatto di rendere irrilevante il loro consenso alla lesione inflitta da altri (SPENA 2014, 1231 ss.).

Possiamo perciò dire, sintetizzando, che il paternalismo giuridico considera priva di rilievo morale autonomo la condotta del paternalizzato; rilievo morale che attribuisce invece, *in positivo*, alla posizione del *pater* e, *in negativo*, allorché per quella condotta si tratti di imputare una responsabilità *post factum*, alla posizione del terzo che, agendo col consenso del paternalizzato, abbia contribuito al danno. Entrambi questi soggetti (l'uno necessariamente, l'altro eventualmente) assumono, nella vicenda paternalistica, il ruolo di simulacri moralmente competenti del soggetto paternalizzato, del quale, dal punto di vista della responsabilizzazione morale, prendono il posto.

Questo smembramento della posizione morale del paternalizzato a beneficio di altri soggetti (*pater* e terzo) rende di difficile decifrazione quale sia il ruolo che il paternalismo riserva all'immoralità dell'atto pregiudizievole oggetto di interferenza, e comporta inoltre che la questione non possa essere affrontata in maniera unitaria, poiché considerazioni diverse emergono a seconda che ci si riferisca alle ipotesi di paternalismo diretto (interferenza coercitiva con la con-

dotta auto-pregiudizievole direttamente compiuta dal paternalizzato) o a quelle di paternalismo indiretto (interferenza coercitiva, con eventuale ricorso a forme di responsabilità – penale o comunque punitiva – *post factum*, con condotta pregiudizievole compiuta dal terzo col consenso del paternalizzato o col contributo dato dal terzo al compimento di atto auto-pregiudizievole compiuto direttamente dal paternalizzato).

### 5.1. *Immoralità dell'atto e paternalismo indiretto*

La seconda ipotesi è, tutto sommato, la più semplice da decifrare: essa, come si è detto, si riferisce a vicende che vertono sulla condotta di terzi, strutturalmente basate su un danno ad altri (terzo che lede il paternalizzato o lo aiuta o lo sollecita a danneggiarsi). Ciò che la renderebbe una variante del danno a sé stessi sarebbe, come pure si è detto, il consenso della vittima, il quale avrebbe l'effetto di trasformare il significato fondamentale di queste vicende, in modo che la condotta, dannosa o agevolatrice, del terzo conti come manifestazione del volere del paternalizzato, e dunque come propaggine della sua condotta.

Ora, non vi è dubbio che il consenso in certi casi possa avere un effetto di radicale trasformazione del valore morale di un atto, e si tratta dei casi nei quali il (dis)valore morale dell'atto dipende interamente dal dissenso di chi ne subisce gli effetti (es.: violenza sessuale, che il consenso trasforma in un comune rapporto sessuale; violazione di domicilio, che il consenso trasforma in un comune invito a cena): ad esser lesa è qui, in sostanza, l'autodeterminazione di una persona, in qualcuna delle sue possibili declinazioni specifiche (autodeterminazione sessuale, autodeterminazione domiciliare, ecc.).

Quando si parla di paternalismo (indiretto), tuttavia, non ci si riferisce a questo genere di casi, bensì a casi nei quali il danno subito dal paternalizzato è indipendente dal suo consenso, quantomeno nel senso – minimale – che anche in presenza di un tale consenso si può dire che il soggetto subisca una lesione di propri interessi. In un caso di omicidio del consenziente, ad es., o di lesioni personali inflitte a soggetto consenziente, il consenso non esclude la lesione dell'interesse: il bene della vita o dell'integrità fisica vengono comunque lesi dall'atto; il consenso potrebbe tutt'al più escluderne il disvalore morale. Non intendo qui discutere se esso effettivamente lo escluda: il paternalista nega possa farlo, l'antipaternalista ritiene che invece, almeno a certe condizioni, possa. La questione rilevante adesso è un'altra: il fatto, cioè, che questa dannosità residua che li connota esclude che, nei casi di paternalismo indiretto, si possa credere che il consenso abbia una capacità moralmente trasformativa così radicale da rendere, sul piano morale, danno a sé stessi quello che strutturalmente è un danno ad altri; esso potrà tutt'al più rendere lecita una condotta che, comunque, rimane una condotta dannosa (nel senso, minimale, di lesiva di interessi altrui) compiuta dal terzo. Credere il contrario (che il consenso valga a trasferire la paternità della condotta da chi la compie a chi la subisce) è una tentazione dell'antipaternalismo, che in tal modo si mette nelle condizioni di ridurre tutto il nucleo problematico della vicenda all'autonomia del soggetto che subisce la lesione del proprio interesse. Così, però, si finisce per cadere in un eccesso opposto a quello in cui invece, come visto nel paragrafo precedente, cade il paternalista, ossia quello di disconoscere che tanto il terzo quanto il soggetto paternalizzato partecipino entrambi alla vicenda mantenendo ciascuno una posizione morale autonoma da quella dell'altro, sebbene a questa collegata: il terzo, in particolare, ha doveri morali che non svaniscono per il solo fatto di esaudire il volere del paternalizzato; egli non è un automa nelle mani di quest'ultimo: è egli stesso un soggetto morale autonomo, al quale la rilevanza dell'interesse leso mediante l'azione dannosa pone interrogativi, sollecitazioni morali in parte diverse e ulteriori rispetto a quelle poste dal volere del titolare del bene (SPENA 2014, 1241 ss.).

Considerare queste ipotesi come casi di paternalismo è, dunque, solo in parte corretto: il gesto paternalistico è quello di zittire (*silencing*) il paternalizzato, negandogli l'autorità, il titolo a consentire alla realizzazione della condotta del terzo; ma rispetto a questa stessa condotta, al suo im-

pedimento (ad es. mediante la minaccia di una sanzione penale), la vicenda non ha natura paternalistica. La posizione del terzo, insomma, non si decifra in termini paternalistici, ma semmai in base alla griglia interpretativa del principio del danno, e perciò, di riflesso, del moralismo giuridico. Per essa valgono i ragionamenti fatti in precedenza a proposito di questi principi (§§ 3 e 4).

## 5.2. Immoralità dell'atto e paternalismo diretto

Più complesso, invece, rispondere alla domanda se il paternalismo presupponga necessariamente l'immoralità dell'atto auto-pregiudizievole compiuto (non dal terzo che agisca dietro suo consenso, ma) direttamente dal soggetto paternalizzato.

Se si tralascia per un attimo il tema specifico del paternalismo *giuridico*, e si guarda invece al paternalismo come atteggiamento generale, quale può rinvenirsi anche nei rapporti interindividuali (tipicamente, in quelli familiari), sembra di poter dire che l'immoralità dell'atto non ne costituisca un presupposto necessario: penso, per fare un esempio, al genitore che cerchi di impedire al figlio, ormai adulto ed economicamente autonomo, di spendere ingenti quantità del proprio denaro in atti di beneficenza a favore dei più bisognosi; l'atto impedito, in questo caso, non sarebbe certo immorale, come potrebbe riconoscere, senza per questo contraddirsi, lo stesso genitore; il quale normalmente sarà mosso, invece che da esigenze morali (dall'esigenza, cioè, che sia fatta la cosa giusta), dall'affetto e dalla preoccupazione per il benessere (economico) del figlio.

Se, però, torniamo al paternalismo *giuridico*, non è difficile accorgersi di quanto sarebbe problematico estendervi un ragionamento di questo genere. Il paternalismo del genitore, si è detto, trae il proprio fondamento dall'affetto per il figlio, che mette in moto meccanismi interpersonali, e si appella a canoni morali, in parte diversi da quelli che operano nei rapporti con gli estranei<sup>8</sup>: è la forza del legame sentimentale a far sentire (ed entro certi limiti, a rendere) il genitore legittimato a cercare di forzare il figlio ad agire per il proprio bene, e non nell'interesse di terzi, pur a partire da una prospettiva nella quale l'atto autopregiudizievole oggetto di interferenza sia considerato non immorale; il benessere del figlio è senz'altro un *legitimate concern* del genitore; non gli si può dire – non, almeno, come e nella stessa misura in cui lo si può dire a un terzo estraneo – che non sia affar suo il modo in cui il figlio spende il proprio denaro, o più in generale tratta i propri interessi: tra i due corrono legami, basati sul sentimento e sulla consuetudine di vita, che neanche l'età adulta e la piena maturazione del figlio possono privare di ogni significato, e che, entro certi limiti, danno titolo al genitore di interferire paternalisticamente nella vita del figlio.

Un fondamento di questo genere perde, però, ogni consistenza quando si passi dal piano della cura e del legame interindividuale e familiare a quello giuridico e macro-politico, poiché evidentemente *l'affetto per il consociato* non costituisce giustificazione plausibile dell'esistenza o dell'applicazione di norme giuridiche; tanto meno se si tratta di norme che servano a interferire coercitivamente nella vita del consociato stesso: il rapporto stato-cittadino non ha carattere sentimentale, non è segnato dall'affetto dell'uno nei confronti dell'altro (anche se certa retorica patriottistica vorrebbe il contrario).

Allorché si ragiona di paternalismo giuridico, diviene allora più complicato escludere che l'immoralità dell'atto, oggetto di interferenza coercitiva, ne costituisca un necessario presupposto: per riuscirci, bisognerebbe trovare nel rapporto stato-consociato fattori sostitutivi del legame affettivo, capaci di svolgere il medesimo ruolo che quest'ultimo svolge nel rapporto genitore-figlio, e di avere, in particolare, il medesimo effetto di legittimazione dell'interferenza nella condotta del consociato, basata su una considerazione del suo benessere individuale esclusiva e non derivata dall'assunto che tale benessere costituisca l'oggetto di un particolare dovere morale

<sup>8</sup> Sulla speciale considerazione morale dovuta ai rapporti familiari e affettivi, v. per tutti, da prospettive diverse, TRONTO 1993; HELD 2006; BRAMER 2010.

dello stesso consociato. Poiché, di tali fattori sostitutivi, non mi riesce di trovarne, la conclusione che mi sembra più plausibile trarre è che l'esistenza/applicazione di norme paternalistiche debba assumere l'immoralità dell'atto tra gli elementi dai quali dipende la propria giustificazione, che, dunque, nella giustificazione paternalistica di una norma debba necessariamente trovare spazio l'idea che l'atto da prevenire sia, in qualche senso, immorale, tale, cioè, che il soggetto paternalizzato abbia un dovere di astenersene: impedirglielo, seppur coercitivamente, sarebbe allora un *bene*, non soltanto perché contribuirebbe al suo benessere empirico, ma anche perché costituirebbe un modo per fare giustizia, per far sì che un dovere morale non venga violato.

### 5.2.1. *Il paternalismo diretto come forma del principio del danno?*

Che ruolo gioca, allora, l'immoralità dell'atto nella giustificazione paternalistica: oggetto o condizione? Poiché il paternalismo giuridico ruota intorno alla nozione di "danno" (essendo il paternalismo giuridico la concezione per la quale impedire che un soggetto cagioni danno a sé stesso è una buona ragione perché lo stato interferisca, anche coercitivamente, con la sua condotta), vien fatto di chiedersi se vi si possa applicare (mi riferisco al paternalismo giuridico diretto: rispetto a quello indiretto, sappiamo già che la risposta è positiva) il medesimo concetto di danno usato in riferimento al principio del danno. La risposta è senz'altro positiva se ci si limita a considerare il contenuto minimale del concetto di danno, inteso come lesione di un interesse, quindi come evento che riduce il benessere di chi lo subisce. Sappiamo già, però, che una nozione così minimale, e meramente empirica, non è sufficiente a svolgere il ruolo che le si vorrebbe conferire ai fini della legittimazione della coercizione pubblica, e penale in particolare (*supra*, § 4). Anche, e soprattutto, rispetto al paternalismo giuridico occorre che il concetto di danno venga, in qualche modo, moralizzato; altrimenti non si vede come causare un danno a sé stessi potrebbe costituire una buona ragione per interferire penalmente con la condotta – del tutto autoreferenziale – che lo causa: a credere il contrario, bisognerebbe giungere all'assurda conclusione che lo stato abbia una buona ragione per impedire ai consociati di compiere condotte che ledono i loro interessi, anche quando si tratti di condotte moralmente, e giuridicamente, doverose (es.: adempimento di una prestazione contrattuale, pagamento di un'imposta, ecc.).

Il concetto del danno va dunque, anche in tal caso, moralizzato. Con la conseguenza che l'immoralità dell'atto finisce anche qui per contribuire alla definizione della ragione fondante dell'uso legittimo della coercizione, e dunque dell'oggetto intenzionale, di ciò per cui, in ragione di cui l'atto viene coercitivamente impedito, o il soggetto che lo ha commesso punito; anche dal punto di vista di un paternalista, l'immoralità dell'atto costituirà contenuto necessario della risposta a domande come: "cosa c'è in quest'atto che rende legittimo impedirlo coercitivamente?", o "per cosa è legittimo punire una persona?"

Senonché, a questo punto sorge un problema. Rispetto al principio del danno, si è detto, la moralizzazione del danno avviene assumendo che la lesione dell'interesse del terzo rilevi solo se costituisce anche violazione di un suo diritto; il dovere morale di non cagionare danno al terzo è qui correlativo al diritto/pretesa del terzo a non essere leso nel proprio interesse. Può questo tipo di ragionamento estendersi al paternalismo giuridico? Per rispondere positivamente bisognerebbe essere disposti ad ammettere (in senso non metaforico o suggestivo, ma propriamente morale e quindi, a limite e a cascata, anche giuridico) l'esistenza di diritti e doveri nei confronti di sé stessi; il che, a sua volta, implicherebbe una rappresentazione – diciamo pure, schizofrenica – dell'individuo come portatore di un io diviso in due soggettività distinte, titolari di posizioni morali, e giuridiche, correlative e reciprocamente in tensione. Ora, non voglio disconoscere l'esistenza di fenomeni, che sperimentiamo tutti, quali indecisione, desideri contrastanti, conflitti interiori, che parrebbero fornire un vago sostegno psicologico a questa rappresentazione. Troverei, però, piuttosto impegnativo il passo verso una assolutizzazione di fenomeni di questo genere, che li ipostatizzi e li irrigidisca al punto di farne l'oggetto di veri e propri diritti e doveri

dell'individuo nei confronti di sé stesso. In fondo, come Virginia Woolf fa dire a Bernard, in *Le onde*, «Sotto la superficie, e nel momento preciso in cui sono più diviso in me stesso, io sono anche un tutto» (WOOLF 1979, 66): le lacerazioni e le volubilità che ciascuno di noi attraversa quotidianamente non tolgono che si rimanga «un tutto», che sarebbe artificioso scindere in posizioni morali, o addirittura giuridiche, confliggenti.

In ogni caso, a ritenere il contrario, si finirebbe per ridurre il paternalismo giuridico ad una sorta di *editio minor*, intra-individuale del principio del danno: la logica qui operante sarebbe pur sempre quella di non cagionare danni a terzi, con la sola peculiarità che in tal caso il *terzo* non sarebbe che *l'altra parte* del medesimo individuo contro il quale si esercita la coercizione.

Senza contare poi che ai diritti, per loro natura, deve potersi rinunciare: anche al diritto alla salute (e infatti si ha un diritto di rifiutare le cure) o al diritto alla vita (e infatti togliersi la vita è lecito); l'idea di un diritto contro sé stessi finirebbe, invece, per vincolare il soggetto in maniera assoluta, poiché ne implicherebbe una completa irrinunciabilità: se non altro perché la rinuncia a un diritto deve costituire una scelta autonoma rispetto a pressioni che provengano, tra gli altri, dal titolare del correlativo dovere; il che, nel caso del diritto contro sé stessi, sarebbe una situazione del tutto impossibile da conseguire, a meno di non immaginare una completa scissione tra diverse personalità che abitino il medesimo soggetto, più o meno sul modello che sperimenta la povera *Lizzie* nell'omonimo romanzo di Shirley Jackson.

### 5.2.2. *Il paternalismo diretto come forma di moralismo giuridico*

Nel caso del paternalismo dobbiamo allora immaginare che sia all'opera un diverso tipo di moralizzazione; una moralizzazione che chiama in causa il soggetto paternalizzato come titolare di doveri morali, che riguardano bensì la sua persona, ma di cui egli non costituisce la controparte attiva: o, dunque, (a) doveri morali *free-floating*, che, cioè, non coinvolgono la posizione morale attiva di alcun soggetto specifico che si assuma colpito dall'atto, o (b) doveri morali nei confronti di soggetti terzi, diversi dal paternalizzato. Un'alternativa la quale in ogni caso ci mostra che il paternalismo giuridico non esiste come principio di legittimazione autonomo: l'assunto paternalistico, per il quale il soggetto paternalizzato è protetto *per il suo stesso bene*, rivela tutta la sua inconsistenza; nella logica paternalistica, si tutela bensì *un suo interesse*, ma non lo si tutela *nel suo interesse*: lo si tutela, invece, o per assicurare la vigenza di principi morali, che trovano nel paternalizzato soltanto un'occasione per la propria concretizzazione (oggetto, non soggetto di pretese), o nell'interesse di terzi soggetti che si assumono anch'essi lesi, o messi in pericolo, in un loro interesse.

Una conferma di ciò ce la fornisce il vaglio critico dei possibili argomenti a favore del paternalismo, che Maniaci effettua nel suo libro: vi emerge chiaramente come tutti questi argomenti facciano in realtà appello, in ultima analisi, a ragioni non paternalistiche, ispirate, appunto, ora alla logica del principio del danno ora a considerazioni moralistiche indipendenti dal danno a terzi. Il cosiddetto *argomento del piano inclinato*, o *della strage degli innocenti* (MANIACI 2012, 56 ss.), ad es., ha cadenze consequenzialistiche nelle quali echeggia chiaramente la sostanza del principio del danno. Per il modo in cui lo presenta Maniaci,

«[l']argomento è che la legalizzazione dell'eutanasia o del suicidio assistito avrebbe un effetto non voluto (da chi la promuove e la approva), tanto tragico e moralmente inaccettabile, quanto inevitabile: che un certo numero di persone – spesso proprio le persone più povere e deboli – sarebbe “condotto” a morire, o sarebbe danneggiato, contro la sua volontà» (MANIACI 2012, 57).

E qui è evidente come il problema sia posto in termini non paternalistici, come bisogno di proteggere «[p]ersone “innocenti” [...] che non volevano realmente, o non avrebbero voluto in condizioni normali, dare il consenso all'eutanasia o al suicidio assistito» (MANIACI 2012, 57): come

esso, cioè, «si fond[*i*] sull'idea, condivisa anche da antipaternalisti, che bisogna assolutamente evitare di cagionare danni a terzi non consenzienti» (MANIACI 2012, 58)<sup>9</sup>.

Discorso analogo vale per l'argomento che Maniaci etichetta come *utilitarista/organicista*, il quale parte dall'assunto che «l'individuo è, per sua natura, un essere relazionale, che instaura e costruisce legami con la comunità di appartenenza, molti dei quali, una volta costituiti, non potrebbero più essere legittimamente rescissi. Legami finalizzati, ad esempio, a produrre reddito per sé e gli altri, accrescere il benessere psicofisico, o semplicemente psichico, proprio e altrui (di amici, colleghi, genitori, parenti, partner)» (MANIACI 2012, 103); dal che conseguirebbe il dovere di non cagionare certi tipi di danno a sé stessi, proprio per evitare che ne discendano pregiudizi anche a carico degli altri<sup>10</sup>. Ancora una volta, è lo stesso Maniaci a «dubitare che questo sia un argomento realmente paternalista» (MANIACI 2012, 105): infatti, non lo è per nulla, essendo interamente imperniato sul bene degli altri, o della collettività, anziché su quello del soggetto con la cui condotta si interferisce: «[*i*] paternalismo, infatti, non mira semplicemente a impedire che un soggetto agente cagioni un danno, ad esempio, fisico a sé stesso, o a vietare comportamenti socialmente svantaggiosi, bensì a tutelare (ciò che è ritenuto) il bene dell'individuo stesso» (MANIACI 2012, 105).

Altri argomenti derivano invece l'immoralità dell'atto autopregiudizievole dalla violazione di doveri morali *free-floating*, non correlativi alla posizione morale attiva di uno specifico soggetto terzo (e tantomeno a quella del paternalizzato). È il caso dell'*argomento teologico* (MANIACI 2012, 122 ss.), per il quale recarsi danno (ad es., commettendo suicidio) è immorale se, e solo se, in contrasto con precetti divini (es.: la vita è indisponibile perché non è nostra, ma dono di dio); ma è altresì il caso, più in generale, di tutti quegli argomenti che, anche da prospettiva non (dichiaratamente) teologica, fanno leva su idee, come la *sacralità della vita* o la *dignità umana* (su cui MANIACI 2012, 127 ss.), moralmente dense e suggestive, e perciò assai difficili da afferrare. Sostanza esplicitamente moralistica ha anche l'*argomento perfezionistico*, o *del perfezionismo morale*, per il quale «è indispensabile che ciascun individuo sia orientato, con la persuasione o, se necessario, con la forza, verso un ideale di eccellenza morale o di crescita spirituale, un ideale di virtù o di *human flourishing*» (MANIACI 2012, 114 ss.). A questo riguardo, è interessante notare che «[*w*]hether it takes an egoistic or non-egoistic form<sup>[11]</sup>, perfectionism is best understood as a moral theory that directs human beings to care about the perfection of others as well as themselves» (WALL 2017, par. 2). Di conseguenza, per il perfezionista il paternalismo giuridico può

<sup>9</sup> Va anche detto che, secondo Maniaci, questo argomento sarebbe solo *apparentemente* antipaternalistico, poiché, in realtà, sarebbe «tipicamente addotto da veri paternalisti che lo usano per non mettere in discussione direttamente il valore dell'autonomia individuale, per evitare di discutere le numerose obiezioni adducibili contro l'argomento teologico o quello perfezionista» (MANIACI 2012, 58). Confesso che queste attribuzioni di vero o falso (anti)paternalismo mi convincono poco, poiché assumono l'esistenza di un *tipo d'autore* (il *vero paternalista*), che sarebbe tale al di là degli argomenti che usa, per una sorta di inclinazione interiore che egli dissimula sotto una parvenza ingannevole. Mi interessa di più stare sulla sostanza degli argomenti stessi (in definitiva, si può essere contrari all'eutanasia per ragioni non paternalistiche, e dunque senza essere paternalisti), la quale – su questo concordo con Maniaci – non ha nulla di propriamente paternalistico.

<sup>10</sup> Una versione di questo *argomento* è quella che Maniaci chiama *del bene comune*, per il quale lo stato sarebbe legittimato ad «usare la coercizione al fine di evitare che il comportamento [*autopregiudizievole*] di un individuo cagioni alla sua famiglia, ai suoi parenti, ai suoi amici o vicini di casa, irritazione, riprovazione morale, disprezzo» (MANIACI 2012, 138).

<sup>11</sup> Un approccio perfezionistico, infatti «can take an egoistic or non-egoistic form. Egoistic forms [...] direct each human being to perfect himself as much as possible, or at least to some threshold level. Egoistic forms of perfectionism need not be narrowly self-interested. A number of perfectionist writers have held that the good of others contributes substantially to one's own good [...]. By promoting the good of others, one can thereby promote one's own good. On such views, there is no deep conflict between one's own perfection and the perfection of others. Non-egoistic forms of perfectionism, by contrast, allow for such conflicts. They hold that each human being has a non-derivative duty to perfect others as well as a duty to perfect himself. Such views, at least in principle, can direct human beings to sacrifice their own perfection for the sake of others» (WALL 2017, par. 2).



trovare legittimazione tanto perché, causando danno a sé stesso, il paternalizzato violi (quello che, in base ad una concezione morale oggettivistica, il paternalista perfezionista ritenga essere) il suo dovere di prendersi cura del *proprio* benessere e della propria eccellenza, fisica e morale, quanto perché è lo stesso paternalista (e, in ultima istanza, lo stato) ad avere il dovere di perfezionare il prossimo (oltre che sé stesso, in una visione non egoistica; oppure, in una visione egoistica, come modo per perfezionare sé stesso). In entrambe le ipotesi, l'intervento paternalistico si giustifica, ancora una volta, in termini squisitamente moralistici, come *enforcement* di doveri morali – siano essi del *pater* o del paternalizzato.

Altri argomenti, infine, supportano una tesi in realtà più vicina al paternalismo tutorio che al paternalismo dispotico: è il caso dell'*argomento della razionalità sostanziale*<sup>12</sup>, per il quale «[n]essuno sano di mente vorrebbe suicidarsi o correre un rischio elevato di morire o di cagionare un danno grave alla propria salute», di talché

«chi vuole compiere certe azioni, ad esempio suicidarsi o duellare all'ultimo sangue, [dovrà ritenersi] inevitabilmente affetto da qualche temporanea o permanente "incapacità", [poiché] non ha alcuna ragione di compierle (McDowell, Scanlon), esprime un giudizio *distorto* (Sunstein), non attribuisce il giusto peso a considerazioni rilevanti (G. Dworkin), possiede una forza di volontà debilitata, oppure esprime un giudizio, non irrazionale ma, irragionevole» (MANIACI 2012, 53 s.).

Il problema così posto è esattamente quello del paternalismo tutorio: fare, cioè, in modo che il soggetto paternalizzato compia certe scelte importanti, che possono incidere in maniera significativa e irreversibile su suoi interessi primari, solo allorché versi in condizioni di piena autonomia; non si tratta di imporre al soggetto il suo bene a prescindere dal fatto che questi voglia consapevolmente disfarsene, ma di individuare le condizioni in presenza delle quali si possa effettivamente ritenere che egli, nel disfarsene, stia agendo con piena consapevolezza, guidato dalla ragione (*sub specie* ragionevolezza), non dall'incompetenza, dall'impulso, dallo sconforto o dalla debolezza del volere.

## 6. Conclusioni

Se si scava a fondo nel paternalismo giuridico (dispotico), si trova dunque la sostanza ultima di altri *liberty-limiting principles*, ossia (quando non il paternalismo tutorio) il principio del danno ad altri o, in ultima analisi, il moralismo giuridico. In un'ottica paternalistica correttamente decodificata, l'intervento coercitivo si legittima in quanto suo tramite si impedisca che il soggetto, ledendo (o consentendo alla lesione di) un proprio interesse, compia una immoralità che concerne bensì la sua stessa persona (che consiste, cioè, nella violazione di un dovere morale che grava su di lui e che riguarda – quello che il *pater* considera – il suo stesso benessere), ma che non ha in lui il titolare di un corrispondente diritto. Al paternalizzato viene impedito coercitivamente di compiere l'atto autopregiudizievole perché questo è un *wrong*, ma non è lui ad essere *wronged* dal compimento dell'atto.

Ne consegue che il paternalismo giuridico non esiste come autonomo principio di legittimazione della coercizione: gli argomenti a suo sostegno rimandano o alla necessità di impedire danni a terzi o a un'intrinseca immoralità dell'atto che prescinde dalla sua dannosità, dal suo essere un *wrong* diretto a qualcuno (moralismo giuridico "puro", non *harm-oriented*).

Ciò rende forse il libro di Giorgio Maniaci, *Contro il paternalismo giuridico*, un'impresa vana, una lotta contro i mulini a vento? Direi di no. Il paternalismo giuridico non esiste come auto-

<sup>12</sup> Al quale possono aggregarsene altri, che però Maniaci tratta separatamente: MANIACI 2012, 124 ss.

no principio di legittimazione, ma esiste certamente come atteggiamento e come retorica: un atteggiamento e una retorica che mettono in secondo piano l'autonomia dell'individuo, per ricoprirlo dell'ingannevole manto del *bene per sé stessi*; esiste, se vogliamo, come strategia argomentativa tesa a dimostrare che, contrariamente alle apparenze, aver cura di un proprio interesse, talora, non è questione di esclusiva pertinenza del singolo individuo, ma tocca anche la società nel suo complesso, intesa ora come protettrice di altri interessi (individuali o collettivi) rispetto a quelli del soggetto paternalizzato, o come custode di una moralità condivisa. Il libro di Maniaci è un prezioso contributo allo smascheramento di questo inganno.

*Riferimenti bibliografici*

- BECCARIA C. 1965. *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Einaudi.
- BENTHAM J. 1907. *An Introduction to of Morals and Legislation*, Clarendon Press.
- BRAMER M. 2010. *The Importance of Personal Relationships in Kantian Moral Theory: A Reply to Care Ethics*, in «Hypatia», 25, 2010, 121 ss.
- BRINK D.O. 2013. *Mill's Progressive Principles*, Clarendon Press.
- DUFF R.A. 2007. *Answering for Crime Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart Publishing.
- DUFF R.A., MARSHALL S. 1998. *Criminalization and Sharing Wrongs*, in «Canadian Journal of Law & Jurisprudence», 11(1), 1998, 7 ss.
- FEINBERG J. 1984. *Harm to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1985. *Offense to Others*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1986. *Harm to Self*, Oxford University Press.
- FEINBERG J. 1988. *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1961. *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press.
- HART H.L.A. 1968. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press.
- HELD V. 2006. *The ethics of care: Personal, political, and global*. Oxford University Press.
- HUSAK D. 2008. *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press.
- MACCORMICK N. 1982. *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press.
- MANIACI G. 2012. *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli (trad. spag. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons, 2020, trad. Mauricio Maldonado).
- MILL J.S. 1869. *On Liberty*, Longman, Green, Longman, Roberts & Green (4<sup>th</sup> ed.).
- MOORE M.S. 2014. *Liberty's Constraints on What Should Be Made Criminal*, DUFF R.A., FARMER L., MARSHALL S.E., RENZO M., TADROS V. (eds.), *Criminalization: The Political Morality of the Criminal Law*, Oxford University Press, 182 ss.
- MOORE M.S. 2017. *Legal Moralism Revisited*, in «San Diego Law Review», 54, 2017, 441 ss.
- POSTEMA G. 2005. *Politics is About the Grievance. Feinberg on the Legal Enforcement of Morals*, in «Legal Theory», 11(3), 2005, 293 ss.
- SPENA A. 2010. *Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle*, in «Diritto & questioni pubbliche», 10, 2010, 497 ss.
- SPENA A. 2014. *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 3, 2014, 1210 ss.
- TRONTO J. 1993. *Moral boundaries: A political argument for an ethic of care*, Routledge.
- WALL S. 2017. *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, in «Stanford Encyclopedia of Philosophy», disponibile in: <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/> (prima pubblicazione 13/02/2007; modificato 15/12/2017)
- WOOLF V. 1979. *Le onde*, Rizzoli (ed. or. *The Waves*, Hogarth Press, 1931, trad. it. G. De Angelis).
- WOODARD C. 2019. *Taking Utilitarianism Seriously*, Oxford University Press.