



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN

"Scienze giuridiche"

CICLO XXXVIII

Reinterpretare la libertà.

**Il liberalismo di John Stuart Mill, il principio del danno,
l'antipaternalismo giuridico moderato**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Fabio Salvatore Cassibba

Tutore:

Chiar.mo Prof. Persio Tincani

Dottoranda:

Anastasia Illica Magrini

Anni Accademici 2022/2023 – 2024/2025

Ai miei genitori

INDICE

INTRODUZIONE	2
1. DELIMITARE UN CONFINE DI LIBERTÀ	6
1.1. IL LIBERALISMO DI JOHN STUART MILL	6
1.2. <i>ON LIBERTY</i>	15
1.3. <i>SIC UTERE TUO UT ALIENUM NON LAEDAS</i>	20
2. LA QUERELLE TRA LIBERALISMO E MORALISMO LEGALE	29
2.1. IL DIBATTITO TRA MILL E STEPHEN	29
2.2. DEVLIN E HART.....	34
3. LE FORME DEL PRINCIPIO DEL DANNO	46
3.1. LE AMBIGUITÀ DEL BENE GIURIDICO E DEL DANNO	46
3.2. IL DANNO COME VIOLAZIONE DI UN DIRITTO	49
3.3. IL PRINCIPIO DELL'OFFESA DI FEINBERG	53
3.4. IL DANNO NELLE CONDOTTE OMISSIVE E PERICOLOSE	60
3.5. L'IMPORTANZA DEL CONSENSO	64
3.6. DAL PRINCIPIO DEL DANNO AL PRINCIPIO DI SOVRANITÀ.....	71
4. QUALE PATERNALISMO PER IL PRINCIPIO DEL DANNO?	78
4.1. IL PATERNALISMO IN CHIAVE STORICA E CONTEMPORANEA.....	78
4.2. L'ANTIPATERNALISMO GIURIDICO MODERATO	85
4.3. IL PATERNALISMO LIBERTARIO	94
5. APPLICARE IL PRINCIPIO DEL DANNO: LA GESTAZIONE PER ALTRI	105
5.1. UNA PROPOSTA LIBERALE PER LA BIOETICA.....	105
5.2. LA "MATERNITÀ SURROGATA"	108
5.3. LA DISCIPLINA DELLA GESTAZIONE PER ALTRI.....	115
5.3.1. <i>Una prospettiva comparata</i>	115
5.3.2. <i>La legge 40</i>	117
5.3.3. <i>Problematiche e rimedi ex post</i>	120
5.3.4. <i>Il reato "universale"</i>	126
5.4. QUALI DANNI PER IL REATO DI MATERNITÀ SURROGATA?	128
5.5. PECCARE NON È REATO	133
5.6. LIBERTÀ E PROSPETTIVE <i>DE IURE CONDENDO</i>	136
CONCLUSIONI	142
BIBLIOGRAFIA.....	144

Introduzione

Il modo più semplice e basilare per descrivere cosa sia la libertà è definirla *a contrario*: non essere costretti, non avere impedimenti, non subire limitazioni. Il concetto è valido su più fronti: è libero un canarino che non è intrappolato in gabbia, è libero il fiume che non incontra dighe che possano ostacolargli il percorso, così come è libera anche quella persona fisica che, nel raggiungimento dei suoi obiettivi, non soggiace ad alcuna norma.

Da sempre compito della filosofia del diritto è occuparsi di trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di disciplinare la vita in collettività e garantire l'insopprimibile libertà dell'individuo.

Se nell'Antichità il potere di chi comandava era totalizzante affinché i governati potessero essere protetti contro ogni minaccia nemica, nel tempo i cittadini hanno cercato di arginare il potere del sovrano in funzione di ampliare sempre più il loro grado di libertà. Prima è stato preteso che l'autorità riconoscesse i diritti intrinseci di ogni individuo, poi le è stato imposto di rispettare i procedimenti formali nel momento di creazione delle norme. Nell'era delle democrazie, in cui governati e governanti coincidono, potrebbe di primo acchito sembrare che sia stata messa fine all'eterna lotta tra autorità e libertà. Il problema invece persiste. Vi è ancora la necessità di tutelare chi fa parte della minoranza, coloro, cioè, che risultano esclusi dal potere dominante.

La questione è attuale già ai tempi di John Stuart Mill, che, influenzato da Tocqueville, si pone l'obiettivo di ostacolare la cd. tirannia della maggioranza. Secondo l'autore, ciò che occorre per proteggere la popolazione dal potere arbitrario dell'autorità è imporre un criterio guida al

legislatore: il principio del danno. Il potere interverrà solo qualora vi sia la necessità di tutelare e preservare l'autonomia dell'individuo, cioè solo in quei casi in cui una condotta illecita abbia prodotto danno nella sfera individuale altrui. Così, l'autorità ben potrà punire e restringere la libertà del reo, proprio perché egli, con la sua condotta, ha creato danno ad altri.

Preso atto del labile confine che lega il potere pubblico e il diritto di autodeterminazione individuale, la presente tesi ha l'obiettivo di ridisegnare la fisionomia attuale di una libertà scevra da interventi statali proprio a partire dal liberalismo di John Stuart Mill e la sua tesi dell'*harm principle*. Si evidenzierà dunque come possano ancora oggi essere recepiti gli insegnamenti di Mill, nonché come il suo liberalismo possa determinare un'influenza anche nel nostro sistema di *civil law*, in modo da esaltare e valorizzare così la piena autonomia di ogni cittadino.

Nel capitolo 1, verrà analizzato il liberalismo, nonché il progressismo di John Stuart Mill. Ne verrà poi approfondita la dottrina utilitarista a confronto con quella di Jeremy Bentham, suo fondatore (par. 1). È in seguito proposto uno studio sulle prime due componenti di *On liberty*: la libertà di pensiero e di discussione come precetti fondamentali per lo sviluppo della personalità dell'uomo e l'individualità e l'autonomia come elementi essenziali per il raggiungimento del bene comune (par. 2). Viene infine descritto il principio del danno: la libertà può essere limitata solo in *extrema ratio*, nei casi in cui è essa stessa a essere messa a repentaglio. Così, l'unica ragione per restringere l'autodeterminazione di taluno è proprio quella di tutelare la libertà altrui, evitando che le condotte illecite possano recarvi danno. Per evitare la tirannia della maggioranza, secondo gli ideali liberali, occorrerebbe allora escludere l'eventualità che la morale dominante indirizzi l'operato del legislatore (par. 3).

È proposta nel capitolo 2 l'analisi della corrente alternativa e opposta alla dottrina di Mill: il moralismo legale. Sia James Fitzjames Stephen, sia Lord Devlin, seppur in forma diversa, sostengono che il diritto debba farsi difensore e portavoce dei valori della popolazione. Verranno dunque descritte le contrapposte posizioni ideologiche del moralismo legale di Stephen e del liberalismo di Mill (par. 1). Ne seguirà la disamina di uno dei più celebri dibattiti giuridici del XX secolo: quello tra Lord Devlin e Herbert Hart (par. 2).

All'interno del capitolo 3 è effettuato un confronto tra la teoria del bene giuridico seguita nei sistemi di *civil law*, e il principio del danno adottato nei sistemi di *common law*. Entrambi soffrono delle medesime debolezze; per valutare concretamente la legittimità del diritto penale e ottemperare alla loro funzione ideale, infatti, necessitano di essere correttamente inquadrati (par. 1). Così è esposta anzitutto la dottrina tradizionale che definisce il danno al pari di una violazione di un interesse giuridicamente qualificato; esso si identificherebbe con la lesione di un diritto (par. 2). Viene in seguito analizzato il cd. principio dell'offesa di Joel Feinberg: il danno penalmente rilevante verrebbe ampliato, ricomprendendo qualsiasi condotta illecita che metta a repentaglio il benessere del singolo o della collettività (par. 3). È poi attenzionato, sempre rifacendosi agli studi di Feinberg, il modo in cui definire il danno nel caso di condotte omissive e pericolose (par. 4). Nel momento in cui l'interprete individui il danno, è essenziale che si soffermi anche sul grado di volontarietà e assenso della vittima: non possono esservi danni in senso giuridico qualora la persona lesa abbia prestato un consenso ritenuto valido (par. 5). Infine, viene proposto il principio di sovranità ideato da Arthur Ripstein: l'evoluzione più attuale dell'*harm principle* (par. 6).

Una volta delineate le modalità per comprendere come interpretare il principio, il capitolo 4 approfondisce il fatto dannoso nell'ambito delle

condotte autolesionistiche. Si pone così una disamina sull'evoluzione storica del paternalismo, valutandone i tratti essenziali (par. 1). In seguito, verrà incasellata la teoria di Mill all'interno della corrente dell'antipaternalismo giuridico moderato, che concede allo Stato di intervenire: con proibizioni, quando il consenso dell'attore non sia valido o sia concretamente e probabilisticamente assente, oppure con limitazioni temporanee in funzione di accertarsi della volontarietà della condotta posta in essere (par. 2). Viene poi esclusa la legittimità del *nudge*, appartenente al paternalismo libertario, per le sue caratteristiche incompatibili con il liberalismo di Mill (par. 3).

Il capitolo conclusivo è dedicato a un esercizio applicativo della tesi liberale ricostruita: verrà fatto valere il principio del danno nel campo della bioetica, in particolare rispetto alla disciplina italiana dedicata alla maternità surrogata (par. 1). Verrà dunque approfondito il significato di questa pratica a livello medico-scientifico, i suoi esempi storici *in nuce*, la scelta della nomenclatura utilizzata (par. 2). In seguito, è descritta la sua disciplina: dopo averne effettuata una breve disamina a livello comparato, verrà approfondito il reato di cui all'art. 12, co. 6 della legge 40 del 2004, i metodi per tutelare *ex post* i minori nati a seguito di GPA, nonché il significato della modifica dell'art. 12 apportata dalla legge del 4 novembre 2024, n. 169 (par. 3). Si evidenzierà come la ricerca di un danno all'interno della fattispecie risulti fallimentare; il reato in questione non risulta compatibile con un ordinamento antipaternalista moderato (par. 4). La pratica risulta infatti lesiva della sola moralità dominante; non è compito del legislatore rafforzare e tutelare i valori in gioco (par. 5). In conclusione, è proposta una normativa liberale in prospettiva *de iure condendo* che garantisca e rafforzi le libertà individuali di tutti i soggetti coinvolti (par. 6).

1. Delimitare un confine di libertà

1.1. Il liberalismo di John Stuart Mill

È nel 1925, proprio agli inizi dell'epoca fascista, che Piero Gobetti sceglie di pubblicare *On liberty*, opera di John Stuart Mill, come quinto volume della collana *Quaderni della rivoluzione liberale*. Nell'emblematica prefazione, a cura di Luigi Einaudi, si legge:

Il fascismo [...] è il risultato della stanchezza che nell'animo degli italiani era cresciuta dopo le lunghe e rabbiose lotte intestine del dopo guerra ed è un tentativo di irreggimentazione della nazione sotto a una sola bandiera. Gli animi anelavano alla pace, alla tranquillità, al riposo e si acquetarono alla parola di chi prometteva questi beni [...]. Si vuole imporre con la forza l'unanimità dei consensi e delle idee perché si afferma necessario difendere la verità contro l'errore, il bene contro il male, la nazione contro l'antinazione. A queste proposizioni mortificatrici [...] il saggio del Mill oppone la giustificazione logica del diritto al dissenso e la dimostrazione della utilità sociale e spirituale della lotta [...]. Il saggio del Mill [...] ritorna dunque dinnanzi agli italiani nel giusto momento dell'ansiosa ricerca del fondamento e dei limiti dell'idea della libertà¹.

Non è certo un caso che in Italia questa sia l'edizione più conosciuta dell'opera; viene naturale paragonare l'idea di libertà descritta da Mill con il pensiero di stampo fascista che proprio in quel periodo andava affermandosi. Metaforicamente la sua pubblicazione in quel momento storico diviene

¹ Prefazione di L. EINAUDI, in G.S. MILL, *La libertà*, Piero Gobetti Editore, Torino, 1925.

omaggio alla libertà, all'autonomia individuale, all'autodeterminazione di sé, al diritto alla libera manifestazione del pensiero; è dunque così che, piuttosto malinconicamente, si chiude nel nostro Paese la precedente età liberale.

In effetti, *On liberty* è uno dei più grandi saggi a cui volgere lo sguardo quando si è in cerca degli ideali fondamentali della dottrina liberalista classica. Con le sue idee antipaternalistiche e riformatrici, Mill riesce a impostare l'idea di uno Stato minimo a favore dell'esaltazione massima della libertà umana, posta così in condizioni di fiorire in tutte le sue sfumature ed eccentricità. E questo perché, con le parole di Mill²:

La natura umana non è una macchina da costruire secondo un modello e da regolare perché compia esattamente il lavoro assegnatole, ma un albero, che ha bisogno di crescere e svilupparsi in ogni direzione, secondo le tendenze delle forze interiori che lo rendono una creatura vivente³.

Il saggio non solo si occupa di contribuire alla formazione di una società che valorizzi il più possibile questi principi, ma formula anche le risposte ai più grandi dogmi della filosofia del diritto: come trovare il delicato equilibrio tra la libertà del singolo e il potere dell'autorità? Quando l'uno prevale e l'altro soccombe? Come tracciare il confine che separa la vita privata dagli affari pubblici? Se esiste una netta separazione tra il mondo del diritto e della morale (idea di cui Mill era profondamente convinto), come possiamo dettare un criterio per indirizzare al meglio l'operato del legislatore? Come determinare, quindi, la legittimità di una norma?

²²² Tutte gli estratti di *On liberty* da qui in avanti sono tratti da J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, prefazione di G. GIORELLO e M. MONDADORI, trad. di S. MAGISTRETTI, Il Saggiatore, Milano, 1991.

³ Ivi, p. 68.

Figura progressista e liberale, il filosofo ed economista John Stuart Mill (1806-1873) scrive le sue opere in Gran Bretagna in un momento storico di grande sviluppo economico e industriale per il Paese. Oltre al merito di vedersi attribuita la paternità del cd. *harm principle*, Mill ha certamente il pregio di essere ricordato per idee alquanto moderne per il suo tempo, quali tra tutte la lotta per la parità dei sessi e l'estensione del suffragio alla platea femminile.

Icasticamente la sua figura viene definita «“di frontiera”, “di confine”»⁴; trattasi, difatti, di uno studioso a cui è piuttosto complesso attribuire un'etichetta giuridica definita. Nonostante il suo pensiero presenti tratti marcatamente liberali e utilitaristi, Mill si distaccherà di qualche passo rispetto agli altri grandi pensatori suoi contemporanei. Scriverà sempre avendo un occhio di riguardo per i ceti meno abbienti, e ciò finirà per divenire il filo conduttore di tutte le sue opere. Attraverso la critica alla società vigente, egli è alla continua ricerca di ideali riformatori a cui ispirarsi per ottenere un miglioramento delle condizioni di vita delle classi più povere⁵.

Ciononostante, è fuor di dubbio che l'utilitarismo ebbe grande influenza sul pensiero di Mill. E infatti, suo padre, James Mill, fu fervido sostenitore nonché collaboratore stesso di Jeremy Bentham (1748-1832), padre della dottrina in questione. Questa scuola di pensiero, ancora prima di essere di stampo giuridico o politico, è anzitutto un orientamento economico. Si tratta dell'idea secondo la quale il parametro di correttezza e legittimità delle politiche pubbliche è dato da un solo indicatore: la massima felicità ottenuta dalla maggioranza dei consociati. Ciò equivale a dire che tutte le scelte

⁴ TH. CASADEI, G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 257.

⁵ P. TINCANI, *Filosofia del diritto*, Le Monnier, Firenze, 2017, p. 214.

adottate dall'autorità devono piegarsi a un fine ultimo: il raggiungimento della massima utilità (*rectius* felicità) possibile. Secondo l'utilitarismo, ogni scelta ottiene dei risultati passabili di calcolo e misurazione in concreto (nonostante la inevitabile approssimazione che può derivare da questa operazione). Difatti, ogni condotta intrapresa genera delle conseguenze: alcune produrranno piacere, altre produrranno sofferenza. Il compito di chi adotta questo metodo è quello di identificare la migliore tra tutte le scelte possibili: quella, cioè, che ottiene il minor dolore e il massimo del piacere. L'opzione giusta, legittima e giustificabile è la sola che meglio si confà al principio della massima felicità.

Sia Bentham sia Mill sposano una visione del diritto di tipo cd. imperativista moderato: il mondo del diritto e il mondo della morale appartengono a due ambiti distinti tra di loro. Ambedue gli autori ritengono però che, nonostante leggi e principi morali si trovino su due livelli differenti, essi sono indirizzati dalla ricerca di un fine comune: l'ottenimento della maggiore utilità per la maggioranza. È infatti così che Mill stesso definisce l'utilitarismo:

The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness. By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain, and the privation of pleasure⁶.

È proprio nel 1861 nella sua opera *Utilitarianism* che Mill, da un lato dimostra di condividere parzialmente gli ideali dell'utilitarismo, dall'altro ne muove una solida critica, decretando così la distanza del suo pensiero da

⁶ J.S. MILL, *Utilitarianism*, The floating press, 2009, p. 14.

quello di Bentham. Sostanzialmente Mill concorda con lui solo nel momento in cui ritiene che ogni condotta possa essere valutata giusta o sbagliata in base ai risultati da essa ottenuti. Ma non procede oltre, rifiutando categoricamente che la felicità, come prodotto finale, possa essere sottoposta a un calcolo matematico: quest'ultima non può essere ricondotta a un mero parametro oggettivo, poiché trattasi di un principio pluralista. Tanti più sono i soggetti in gioco, tante più saranno le felicità distinte da prendere in considerazione. Non è possibile dunque ridurla a uno standard predefinito, essa non potrà essere calcolata *a priori*⁷. Dunque, secondo Mill, considerare giusta o sbagliata una condotta a seconda di quanto piacere o quanto dolore ne consegue è solo il primo *step*. Mentre l'utilitarismo di Bentham prende in considerazione solo un criterio di tipo quantitativo, Mill aggiunge un altro gradino di valutazione: non solo verrà considerato quanto piacere o quanto dolore è in grado di produrre una determinata condotta, ma verrà preso in esame anche quale tipo di piacere o di dolore si tratti. La sua valutazione diventa così di livello qualitativo.

Un'altra importante influenza sulle idee di Mill, percepibile soprattutto nella stesura dell'opera che qui interessa, *On liberty*, l'ebbe *La democrazia in America* (1835-1840) di Alexis de Tocqueville. Mill ne fece uno studio approfondito, recensendo tutti e due i volumi che la compongono; ed è proprio a partire dalle problematiche fatte emergere da Tocqueville stesso che Mill trarrà gli spunti per ideare i principi difesi in *On liberty*. Difatti, Tocqueville ebbe il pregio di individuare la nuova sfida che le democrazie moderne avrebbero dovuto affrontare in futuro: non più la necessità di tutelarsi da un potere dispotico unitario (raffigurabile e sovrapponibile nella

⁷ Per la disamina delle differenze in termini utilitaristici tra Bentham e Mill v. J.G. AÑÓN, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, McGraw-hill, Madrid, 1997, pp. 55-69; F. FERRARO, *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista*, ETS, Pisa, 2013, pp. 13-14; P. TINCANI, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 207-211; TH. CASADEI, G. ZANETTI, cit., p. 257.

figura del sovrano o di un'istituzione specifica), bensì dal dispotismo esercitato dalla maggioranza. La tirannia da cui ben guardarsi, spiegato con le parole di Mill, sarà la seguente:

The tyranny which we fear, and which M. de Tocqueville principally dreads, is of another kind – a tyranny not over the body, but over the mind⁸.

Il cd. problema della tirannia dell'opinione verrà così ripresa più e più volte anche in *On liberty*:

Proprio perché la tirannia dell'opinione è tale da rendere riprovevole l'eccentricità, per infrangere l'oppressione è auspicabile che gli uomini siano eccentrici. Nei periodi in cui la forza di carattere era frequente, lo era sempre anche l'eccentricità; e la sua presenza in una società è generalmente stata proporzionale a quella del genio, del vigore intellettuale e del coraggio morale. Il fatto che oggi così pochi osano essere eccentrici indica quanto siamo in pericolo⁹.

Il saggio è in parte un approfondimento dell'opera di Tocqueville, nonché la risposta stessa alle domande generate dallo studio della *Democrazia in America*: Mill cercherà proprio di trovare una soluzione a questi problemi attraverso la creazione di un confine ideale tra la libertà individuale e il potere sovrano. È la stessa introduzione a chiarire che l'obiettivo del saggio è quello di individuare:

⁸ J.S. MILL, *M. De Tocqueville on democracy in America*, in J.S. MILL, *Dissertations and discussions. Political, philosophical, and historical*, Vol. II, John W. Parker and son, London, 1859, p. 40.

⁹ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 77.

la natura e i limiti del potere che la società può legittimamente esercitare sull'individuo. [...] che si paleserà ben presto come il problema fondamentale del futuro¹⁰.

Se vi è sempre stata tensione tra la sfera della libertà e quella dell'autorità, ad oggi è più che mai essenziale trattare nuovamente il tema, perché la società ha assunto un aspetto inedito rispetto al passato. Così Mill tratta la nascita e lo sviluppo della lotta tra questi due poli opposti, descrivendone l'evoluzione storica. Spiega che nell'Antichità si è sempre trattato di una mera lotta tra chi governava e i governati. Il dominio della forza era prerogativa esclusiva di chi era al potere, solo così i membri più deboli della collettività potevano essere protetti dalle minacce esterne. La superiorità di chi comandava era di tale entità che occorreva limitarne ogni possibile discrezionalità; quel piccolo spazio che ci si ritagliava dall'interferenza del potere era chiamato libertà. Poi, Mill descrive come nel tempo si sono affermate essenzialmente solo due modalità per arginare questo tipo di sovranità. Con la prima viene imposto all'autorità di riconoscere i cd. diritti politici; la loro violazione da parte dei governanti legittima la resistenza e l'opposizione dei governati. Con la seconda, invece, le si impone di rispettare i cd. limiti costituzionali, cioè vincoli formali nel procedimento di creazione degli atti. La lotta alla libertà fino a questo punto storico ha un solo significato: ottenere le maggiori garanzie dal potere al fine di limitarne al massimo la discrezionalità.

Come si è anticipato, però, nel momento in cui Mill scrive tutto sta cambiando: il potere è diventato una concessione da parte del popolo e l'autorità viene limitata anche a livello temporale. Si è dunque giunti a quella che sembra essere storicamente la maggiore garanzia ottenuta contro il

¹⁰ Ivi, p. 3.

potere dominante: come esso viene autorizzato, allo stesso modo potrà essere revocato. Si tratta dunque di un governo eletto e temporaneo. L'accento non cade più sulla limitazione del potere, non vi è più netta distinzione tra chi comanda e chi è comandato, ma si è raggiunta la totale sovrapposizione e identificazione tra governanti e governati. È dunque divenuta impossibile la configurazione di una figura di potere tirannica; tutto ciò banalmente poiché non è ipotizzabile una tirannia su sé stessi. È questa, come scrive Mill, la forma di pensiero liberale che sembra dominare nel Continente.

Sebbene questa nuova modalità di concepire la sovranità parrebbe a colpo d'occhio arginare ogni potenziale conflitto tra la libertà e l'autorità, in realtà vi è una nuova insidia da affrontare che sta lentamente prendendo forma. Infatti, la problematica di nuovo stampo risiede nel fatto che non sempre vi è piena coincidenza tra coloro che esercitano, anche indirettamente, l'autorità e i destinatari degli atti emanati dall'autorità stessa. Infatti, "autogoverno" non significa avere la possibilità di governare su sé stessi, bensì che è la stessa maggioranza ad esercitare un potere sulla minoranza. La sovranità appartiene infatti solo alla parte numericamente più numerosa della società. Dunque, tracciare delle limitazioni al potere è ancora argomento di discussione attuale. È così che il nuovo pericolo da cui la società deve guardarsi diviene la cd. tirannia della maggioranza¹¹. Essa è più subdola di qualsiasi potere arbitrario già conosciuto in passato, perché opera in modi differenti, radicandosi nei campi della vita privata degli individui: penetra nel tessuto sociale in profondità ed è in grado di rendere «schiava l'anima stessa»¹². L'urgenza che Mill vuole affrontare è dunque quella di tutelarsi non solo dal potere dell'autorità, ma anche da quelle che sono le opinioni e i sentimenti opprimenti dei gruppi di maggioranza:

¹¹ Cfr. J. RILEY, *Mill, On liberty*, Routledge, London, New York, 1998, pp. 39-43.

¹² J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 7.

è necessario anche proteggersi dalla tirannia dell'opinione e del sentimento predominanti, dalla tendenza della società a imporre come norme di condotta e con mezzi diversi dalle pene legali, le proprie idee e usanze a chi dissente, a ostacolare lo sviluppo - e a prevenire, se possibile, la formazione - di qualsiasi individualità discordante, e a costringere tutti i caratteri a conformarsi al suo modello. Vi è un limite alla legittima interferenza dell'opinione collettiva sull'indipendenza individuale: e trovarlo, e difenderlo contro ogni abuso, è altrettanto indispensabile alla buona conduzione delle cose umane quanto la protezione dal dispotismo politico¹³.

¹³ *Ibidem.*

1.2. *On liberty*

L'obiettivo di tracciare un argine al potere e valorizzare al massimo l'autonomia e la libertà dell'uomo verrà sviscerato nel saggio essenzialmente attraverso tre argomenti di fondo: il primo, quello della libertà di pensiero e discussione come presupposto dell'autodeterminazione e dello sviluppo della personalità dell'uomo; il secondo, quello dell'individualità e autonomia come elemento essenziale al raggiungimento di un bene comune superiore; il terzo, quello del principio del danno. Ai fini della presente trattazione, l'attenzione è rivolta principalmente all'ultimo dei tre capitoli presentati, ma risulta quantomeno opportuno, per avere una visione d'insieme e ripercorrere gli *steps* logici dell'autore, sintetizzare anche i concetti esposti dai primi due argomenti.

In primis, Mill esordisce trattando la libertà d'espressione come concetto necessario, insopprimibile e ineliminabile per lo sviluppo e il miglioramento della società. Il fulcro ruota attorno alla possibilità concreta di dissentire alle idee predominanti. Se anche tutti, meno uno solo dell'insieme, adottassero la medesima posizione rispetto ad un argomento, essi non avrebbero comunque il diritto di impedire a quell'uno soltanto di esprimere la propria opinione. Se infatti si privasse l'essere umano della possibilità di condividere un diverso pensiero, convinti della bontà e della veridicità dell'idea predominante, si incapperebbe inevitabilmente in quella che viene definita «presunzione di infallibilità»¹⁴. Il divieto sarebbe irragionevole e del tutto privo di fondamento. In primo luogo, perché l'opinione dominante potrebbe essere sbagliata; spacciarla per vera non permetterebbe di migliorare la

¹⁴ Ivi, p. 22.

conoscenza generale, nonché finirebbe per distorcere qualsiasi percezione della realtà. In secondo luogo, se anche l'idea fosse indiscutibilmente vera, non vi sarebbe alcuna necessità di impedirne il dibattito: la libertà d'espressione concede uno scambio di idee che porta sempre all'ottenimento della verità. Il concetto stesso diventa giusto per il singolo proprio perché gli è stata data la possibilità di confutarlo. Ad esempio, se si vietasse di dubitare della filosofia di Newton, gli uomini non potrebbero mai sentirsi così certi della sua verità come invece lo sono tuttora:

La verità trae maggior vantaggio dagli errori di chi, con l'opportuna ricerca e preparazione, riflette da solo, che dalle opinioni vere di coloro che le hanno solo perché non si consentono di pensare. Non che la libertà di pensiero sia necessaria solamente, o soprattutto, al fine di formare grandi pensatori: anzi, è altrettanto e ancor più indispensabile per permettere agli uomini normali di raggiungere il grado di sviluppo intellettuale di cui sono capaci¹⁵.

Vietare di confutare le tesi dominanti significherebbe impedire agli esseri umani di imparare dai propri errori e tesaurizzare così il vero. Invece è proprio uno dei doveri dell'uomo formarsi opinioni e accrescere la propria conoscenza. Dunque, il vero è conosciuto solo nel momento in cui chi dissente è materialmente in grado di ribattere le idee. Se non conosco l'opinione contraria, non posso nemmeno essere convinto di sposare una tesi invece che un'altra; non potrei, cioè, mai essere certo di ciò che professo. Se i concetti vengono calati dall'alto non sono più verità, ma diventano un «freddo dogma»¹⁶.

Mill spiega che ci sono essenzialmente quattro ragioni a sostegno del fatto che vietare il dibattito sia controproducente per la società. Il primo

¹⁵ Ivi, p. 39.

¹⁶ Ivi, p. 40.

argomento, come visto, risiede nella presunzione di infallibilità che l'impostazione nasconde: escludere la discussione è *a priori* logicamente errato. Il secondo considera che un'opinione, sebbene sbagliata, potrebbe comunque contenere anche una parte di verità; è infatti raro che una sola tesi sia in grado di racchiudere tutte le sfaccettature del vero. Terzo, se anche l'idea racchiudesse interamente la verità, se essa è imposta dall'alto, non è in grado di trasformarsi in conoscenza, bensì si tratterebbe di mero dogma o pregiudizio. In ultimo, poi, le opinioni così stigmatizzate diverrebbero un ostacolo alla ricerca della verità e allo sviluppo della società.

Il secondo capitolo di *On liberty* è invece dedicato all'individualità come elemento inscindibile del bene comune. Mill spiega che le scelte e le condotte dettate dagli impulsi di differenti personalità, se non danneggiano soggetti terzi, devono essere poste in condizione di potersi liberamente realizzare all'interno della società:

Perché la natura di ciascuno abbia ogni opportunità di esplicarsi, è essenziale che sia consentito a persone diverse di condurre vite diverse. Il valore che ogni periodo storico ha acquisito tra i posteri è direttamente proporzionale alla libertà che sotto questo aspetto ha concesso a chi vi è vissuto¹⁷.

Uniformarsi alla maggioranza e adottare un atteggiamento mediocre rende la società in cui viviamo statica. Il progresso è ottenibile solo nel momento in cui è permesso alle persone di far fiorire la loro eccentricità. Si ricorda, a questo proposito, l'epigrafe stessa di *On liberty*:

¹⁷ Ivi, p. 73.

Il grande principio, cui direttamente convengono tutti gli argomenti sviluppati in queste pagine, è l'assoluta e essenziale importanza dello sviluppo umano nella sua più ricca diversità.

Trattasi ancora una volta della lotta contro il dominio della maggioranza:

Ma è privilegio, e giusta condizione, dell'uomo, una volta giunto alla pienezza delle sue facoltà, usare e interpretare l'esperienza a modo suo. Tocca a lui determinare in quale misura l'esperienza già acquisita sia opportunamente applicabile alle proprie circostanze e al proprio carattere. Le tradizioni e i costumi di altri uomini mostrano, in una certa misura, ciò che la loro esperienza ha *loro* insegnato: sono prove indiziarie, e in quanto tali vanno rispettate: ma, innanzitutto, la loro esperienza può essere troppo limitata, o possono non averla interpretata correttamente. In secondo luogo, la loro interpretazione può essere corretta ma non adattarsi alle esigenze di un dato individuo. In terzo luogo, anche se queste consuetudini sono sia positive in quanto tali sia adatte al caso particolare, tuttavia il conformarsi semplicemente alla consuetudine *in quanto tale* non educa o sviluppa nell'individuo le qualità che sono patrimonio caratteristico di un essere umano. Facoltà umane quali la percezione, il giudizio, il discernimento, l'attività mentale, e persino la preferenza morale, si esercitano soltanto nelle scelte¹⁸.

Se si impone a tutti di seguire le medesime scelte che hanno compiuto in passato i nostri antenati, in conformità con la tradizione e gli usi che si sono affermati storicamente, l'essere umano finirebbe per perdere la sua natura intrinseca. Occorre allora che a ognuno sia concesso seguire la propria strada al fine di ottenere una dinamicità orientata all'evoluzione e al miglioramento:

ma la libertà è l'unico fattore infallibile e permanente di progresso, poiché fa sì che i potenziali centri indipendenti di irradiazione del progresso siano tanti quanti gli

¹⁸ Ivi, p. 67.

individui. Tuttavia, il principio progressivo, sia sotto forma di amore per la libertà sia di amore del nuovo, è antagonistico alla consuetudine, poiché implica inevitabilmente l'emancipazione dal suo giogo; e il conflitto tra i due è il motivo conduttore della storia umana¹⁹.

¹⁹ Ivi, p. 81.

1.3. *Sic utere tuo ut alienum non laedas*

È nella terza e ultima parte dell'opera che Mill teorizza un principio che avrà felice sorte, trattasi ancora oggi dell'abc della dottrina liberalista classica, il cd. *harm principle* o principio del danno. Condizione che, se rispettata dal legislatore, concede la massima tutela dell'idea di libertà, così come Mill l'ha descritta nelle prime due parti del suo saggio (libertà d'espressione, possibilità di dibattito e discussione, libertà di autodeterminarsi, massima autonomia dell'individuo). L'idea è che quest'ultimo bene, supremo ed essenziale ai fini dello sviluppo della società stessa e del perfezionamento e svolgimento della personalità dell'uomo, venga limitato unicamente in *extrama ratio*, proprio laddove altrui libertà sia violata. Così, la giustificazione legittima per negare la libertà di qualcuno diventa unicamente quella di proteggere la libertà stessa:

Il principio è che l'umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d'azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare danno agli altri²⁰.

Per meglio comprendere di cosa si tratti è però necessario fare qualche passo indietro e tornare alle tesi di Bentham. Per ideare il principio del danno, infatti, Mill partirà proprio dallo stesso obiettivo che animava anche il padre dell'utilitarismo: limitare il potere discrezionale dello Stato.

Abbiamo visto come l'idea di Bentham mira ad attribuire legittimità solo a quelle norme di condotta (il discorso vale per tutti i campi: quello dell'etica,

²⁰ Ivi, p. 12.

del diritto, dell'economia, della politica...) che mirano al soddisfacimento massimo della felicità per la maggior parte dei consociati. Il legislatore, allora, per capire quale sia il confine corretto dei suoi poteri deve mettere a confronto i risultati ottenibili da un ventaglio di opzioni di politica legislativa: la sua scelta ricadrà su quella che conduce al maggiore piacere e alla minor sofferenza per i suoi destinatari. Solo la soluzione più utile, in questi termini, è quella legittima. La discrezionalità del potere viene così sottoposta a un metodo di calcolo in grado di ridurre le derive autoritarie.

La dottrina di Bentham sposa un principio che adotta la visione di uno Stato antipaternalista: il sovrano non deve sostituirsi ad un padre saggio che indichi la retta via agli individui (imponendo loro, ad esempio, il comportamento eticamente più virtuoso); al contrario, invece, il potere interverrà solo nei casi in cui sia indispensabile e utile per la società. Lo Stato si farà così guidare dal criterio della massima felicità: la norma è legittima solo se dalla sua introduzione consegue l'ottenimento di maggiore piacere per i consociati rispetto alla situazione prospettata da un vuoto normativo. Ad esempio, in ottica penale, la sanzione viene imposta solo se produce un vantaggio oggettivamente quantificabile per la società. Se legittima, secondo questo criterio, la legge è essenziale alla minore sofferenza per i consociati: senza la pena in oggetto, infatti, non sarebbe possibile garantire pace e sicurezza per la comunità. Trattasi allora di un metodo che si rifà direttamente ai principi di uno Stato liberale: garantire la maggiore libertà possibile, limitando i casi di intervento statale a fronte di una seria necessità.

Si proceda per esempi. Se io fossi il legislatore e odiassi, per una mia avversione personale, il colore giallo, tanto da imporre il divieto di indossare indumenti gialli in pubblico, come dovrei procedere per decretare la legittimità di questa scelta di politica legislativa? Dovrei chiedermi principalmente se la maggiore utilità è raggiunta con il mio intervento. Certo,

io e tutti coloro che odiano questo colore si sveglierebbero la mattina più contenti di passeggiare per strada e non vedere nessuno vestito male; ma è ovvio che questa felicità è minima se paragonata al malcontento generale che si creerebbe dal fatto che nessuno può scegliere più liberamente cosa indossare al mattino. Ancora, se io ad esempio riscontrassi che ogni inverno la sanità pubblica deve farsi carico di numerose fratture e infortuni riportati a seguito delle vacanze sciistiche e vietassi, dunque, di praticare sport sulla neve per proteggere la salute di tutti, non starei applicando correttamente il principio utilitarista. Il divieto renderebbe infelici e insoddisfatti tutti coloro che amano andare a sciare durante la stagione invernale. Il piacere di riscontare di non aver contratto alcun infortunio è minimo rispetto alla sofferenza di non poter praticare liberamente attività sportiva. Chi ama sciare semplicemente potrà continuare a farlo accettando il rischio di un possibile infortunio di cui tutta la comunità dovrà sobbarcarsi. Se invece io prevedo la sanzione dell'ergastolo per coloro che uccidono, di certo questa scelta non incontrerà il favore del reo, ma otterrà il maggiore consenso della società che otterrà il beneficio di una maggiore sicurezza e, di conseguenza, un miglioramento del benessere per la collettività. Trattasi, lo si ripete, di un principio che mira alla creazione di uno Stato minimo, che interviene solo laddove la maggiore utilità non possa essere ottenuta autonomamente, senza il monopolio della forza dello Stato.

Anche Mill, sulla falsariga del pensiero di Bentham, cerca un principio che limiti il potere statale, ed è animato dall'obiettivo di evitare che lo Stato intervenga negli affari privati delle persone e dica loro quale condotta tra le tante, secondo le tradizioni e le inclinazioni sposate dalla maggioranza, sia quella giusta da tenere. Come Mill pensa che sia una scelta corretta lasciare aperto il dibattito e non imporre delle verità preconfezionate dall'alto anche a costo di sbagliare e adottare una soluzione errata (affinché l'uomo, come

già trattato, sia in grado di formarsi una conoscenza propria e sviluppare il suo pensiero liberamente), allo stesso modo pensa che seppur taluni stiano percorrendo una strada corrotta o non virtuosa (secondo i canoni della maggioranza delle persone), lo Stato non possa intervenire per correggere le loro scelte di vita. Ogni individuo deve avere la possibilità di realizzarsi nei modi, solo e soltanto da lui, ritenuti i migliori possibili.

Come visto²¹, Mill rifiuta la visione utilitarista secondo la quale piacere e dolore possono essere considerati canoni oggettivi e matematicamente valutabili. Ogni scelta, secondo la sua idea, conduce a dei canoni di gradimento che sono meramente soggettivi; applicare il principio dell'utilità per attribuire legittimità a una norma finirebbe per adottare la sola visione della maggioranza in modo alquanto dispotico. Mill allora parte dallo stesso obiettivo di Bentham, ma formula il criterio per valutare la legittimità del diritto in modo completamente differente.

Anzitutto, egli spiega che è essenziale avere chiara la netta distinzione tra gli affari pubblici e quelli privati: di quelli pubblici si deve occupare la legge, quelli privati, invece, competono solo agli individui cui riguardano in prima persona. In un'ottica giuspositivista, il legislatore può potenzialmente dedicarsi a ogni ambito della vita umana: sia quella privata sia quella pubblica. Tuttavia, se adottiamo una visione di Stato di stampo liberale, possiamo muovere delle critiche di legittimità verso l'operato del legislatore. Orbene, il principio del danno viene presentato come una regola morale da imporre a un legislatore liberale: non è rivolto ai consociati, bensì serve unicamente per indirizzare la giusta condotta che un buon governante dovrebbe seguire.

²¹ V. cap.1 par. 1.

Se materialmente il sovrano può tutto, in ottica antipaternalista non deve invece intromettersi nei campi della vita privata dei cittadini. L'autonomia e la libertà di determinarsi sono beni primari intangibili e lo Stato serve proprio per tutelarli, non per limitarli a piacimento:

Ciascuno è l'unico autentico guardiano della propria salute, sia fisica sia mentale e spirituale. Gli uomini traggono maggior vantaggio dal permettere a ciascuno di vivere come gli sembra meglio che dal costringerlo a vivere come sembra meglio agli altri²².

L'ordinamento giuridico, spiega Mill, non è fondato su un contratto (viene negata ogni teoria di tipo contrattualista): «la società non si fonda su un contratto, e sarebbe inutile inventarne uno per dedurne degli obblighi sociali»²³; ne consegue che non è lo Stato a doversi auto-limitare per riconoscere i diritti dei singoli. Al contrario, la società servirà proprio perché, essendo gli uomini liberi *ab origine*, vi sarà la necessità di un'organizzazione superiore che tuteli questo valore fondamentale. Gli individui, allora, rimarranno nello stato civile fino a quando questo sarà per loro un vantaggio: lo Stato che metterà a tacere qualsiasi diritto non sarà utile per nessuno e, come tale, sarà destinato a perire. Dunque, l'obiettivo che deve guidare il legislatore è proteggere al massimo la libertà; le norme devono sempre essere guidate da quest'ultimo fine.

La legge che limita questo bene primario (nonché intrinseco alla natura umana) è giustificata solo ed esclusivamente laddove essa stessa miri alla tutela di una libertà altrui. Si tratta del concetto del *neminem laedere*, interiorizzato anche nel sentire comune, banalmente: la mia libertà finisce

²² J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 16.

²³ Ivi, p. 86.

dove inizia la tua. Il criterio qualificativo per colorare di legittimità le norme giuridiche, secondo questa visione, diventa il seguente: capire se vi è stato un danno nella sfera altrui. Solo in questo caso si configura una condotta illegittima, allora, e soltanto allora, il legislatore potrà intervenire imponendo una sanzione che limiti la libertà di colui che ha provocato un danno nella sfera di determinazione altrui.

Il principio del danno consta essenzialmente di due precetti: illegittima è quella norma che mi impedisce, a seguito delle scelte dettate dal mio libero arbitrio, di provocarmi un danno; legittima è invece quella norma che mi vieta, restringendo il campo della mia libertà, di provocare con la mia condotta un danno a terzi²⁴:

Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano²⁵.

Infatti, se un individuo è conscio e consapevole che gli effetti della sua condotta gli provocheranno danno, nessuno è legittimato a intervenire per impedirgli di esercitare la sua facoltà di autodeterminazione: nemmeno un'entità superiore come lo Stato o la maggioranza sono in grado di conoscere, meglio di quest'ultimo, ciò che è giusto per lui.

A questo proposito diventa valido, secondo Mill, il principio *volenti non fit iniuria*: un essere umano adulto (che ha, cioè, raggiunto la maggiore età

²⁴ Sul principio del danno v. P. TINCANI, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 214-219; P. TINCANI, *Harm principle, Il principio del danno*, in F. SCIACCA (a cura di), *L'individuo nella crisi dei diritti*, Il Melangolo, Genova, 2009, p. 55 ss.; P. TINCANI, *Droga, le ragioni per non proibire*, in «Il Mulino», 6, 2011, pp. 965 ss.; P. TINCANI, *In difesa del principio del danno*, in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci, Roma, 2020, p. 13 ss..

²⁵ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 13.

secondo i canoni convenzionali scelti), che non soffre di malattie mentali, ed è perfettamente capace di intendere e di volere, può legittimamente esercitare qualsiasi condotta, se essa provoca un danno che ricade solo ed esclusivamente nella sua sfera di riferimento. Il solo fatto che il suo comportamento è socialmente condannato o stigmatizzato per contrarietà ai precetti morali dominanti non è una ragione sufficiente per punirlo con la coazione dello Stato. In quest'ultimo caso, è Mill stesso a chiarire che il danno può dirsi configurabile solo in senso lato. Facendomi del male, infatti, non violo affatto la sfera giuridica altrui e nessuna condotta illecita può essere provata. Certo, ci potrebbero essere altre conseguenze legate agli stati mentali spiacevoli di coloro che si trovano accanto a me: sofferenza, dispiacere, ribrezzo (e così via). Tuttavia, questi sentimenti, seppur negativi, non possono certo essere definiti danno in senso giuridico. Un ordinamento che si ispira ai principi liberali non può vietare le condotte autolesionistiche solo per il fatto che il comportamento in questione leda il benessere di qualcun altro. Se quel fatto è intollerabile per la comunità, l'unica reazione accettabile sarà la sua condanna morale:

Abbiamo il diritto, e può essere nostro dovere, di mettere altre persone in guardia contro di lui, se pensiamo che il suo esempio o la sua conversazione possano avere effetti dannosi su chi lo frequenta. Possiamo fare favori –che non siano obbligatori– ad altri invece che a lui, cui invece dobbiamo quelli che possono migliorarlo. Con queste svariate modalità si può punire molto severamente un individuo per colpe che direttamente riguardano soltanto lui; egli però subisce gli effetti di queste punizioni solo nella misura in cui sono le conseguenze naturali, e per così dire spontanee, delle sue colpe, non perché gli vengano inflitte espressamente per punirlo. Una persona sconsiderata, ostinata, presuntuosa; che non può vivere senza grandi ricchezze; che è incapace di autocontrollo; che persegue piaceri da animale ai danni di quelli morali e intellettuali; deve aspettarsi

di perdere la stima altrui e di essere considerata con sentimenti meno favorevoli [...]²⁶.

Di primo acchito può sembrare che il principio del danno sia un criterio corrotto e tendente alla creazione di una società menefreghista. Viene spontaneo concludere che quella collettività che non si cura del prossimo o di coloro che più versano in stato di bisogno è destinata inevitabilmente al decadimento. In realtà Mill è profondamente convinto del contrario: adottando questo principio, secondo la sua idea, si otterrebbe solo un miglioramento della società stessa in termini di libertà, autonomia e sviluppo. La comunità ha tutto il tempo durante l'infanzia e l'adolescenza di formare giovani adulti capaci di tenere i comportamenti considerati moralmente corretti; una volta chiusosi questo periodo, sarà esclusivo compito dell'individuo reputare e valutare cosa è meglio per lui. Sarà suo onere farsi carico delle conseguenze a cui porteranno le sue azioni, eventualmente anche di tipo autolesionistico:

Gli uomini hanno il dovere reciproco di aiutarsi a distinguere il bene dal male, e incoraggiarsi a scegliere il primo e evitare il secondo. Dovrebbero sempre stimolarsi vicendevolmente a esercitare maggiormente le facoltà più elevate e a dirigere sentimenti e azioni verso scopi e pensieri saggi e non insensati, nobilitanti e non degradanti. Ma nessuno, e nessun gruppo, è autorizzato a dire a un adulto che per il suo bene non può fare della sua vita quel che sceglie di farne. Ciascuno è la persona maggiormente interessata al proprio benessere; l'interesse che chiunque altro può avervi, salvo che in casi di profondi legami personali, è minimo in confronto al suo; l'interesse che la società ha per lui in quanto individuo (cioè eccezion fatta per la sua condotta verso gli altri) è scarsissimo e del tutto indiretto, e inoltre l'uomo o la donna più ordinari hanno mezzi di conoscere i propri

²⁶ Ivi, p. 89.

sentimenti e la propria condizione incommensurabilmente superiori a quelli di cui può disporre chiunque altro. [...] Gli altri possono proporgli, o persino imporgli, delle considerazioni che lo aiutino nel giudizio, o delle esortazioni che ne rafforzino la volontà; ma è lui il giudice ultimo. Tutti gli errori che può commettere ignorando consigli e ammonimenti saranno un male infinitamente inferiore a quello di lasciarsi costringere da altri a fare ciò che essi ritengono il suo bene²⁷.

Adottare il principio del danno, dunque, non significa affatto sposare un atteggiamento egoista; invece, se le norme rispondono positivamente a questo criterio di legittimità, il risultato non può che giovare a tutti, ottenendo un miglioramento delle condizioni di vita e una maggiore libertà.

Anche se la tendenza di vietare condotte contrarie alla morale dominante è molto forte a causa della nostra natura umana, è d'uopo, secondo gli ideali liberali, evitare che il biasimo sia il criterio a guidare il legislatore, soprattutto se vogliamo evitare che si instauri la tanto temuta, subdola e pericolosa "tirannia della maggioranza". In questo modo Mill riesce, sulla scia di Bentham, a formulare un criterio antipaternalistico. Il diritto deve intervenire solo nelle relazioni tra persone, quando una condotta illecita crei danno ad altri. Se invece non vi è alcuna interazione tra due o più soggetti e un individuo crea danno solo a sé stesso, danneggiante e danneggiato coincidono e non possiamo ricorrere a nessun strumento di tipo giuridico per impedirgli di farsi del male: egli ha esercitato il suo libero arbitrio e ha scelto di portare in essere una condotta lecita.

²⁷ Ivi, p. 87-88.

2. La *querelle* tra liberalismo e moralismo legale

2.1. Il dibattito tra Mill e Stephen

Come esaminato poc'anzi, l'idea di ordinamento giuridico abbracciata da Mill riflette uno Stato minimo fondato su ideali antipaternalistici. Le sanzioni giuridiche limitanti la libertà e l'autodeterminazione degli individui devono intervenire solo per riparare il danno subito dalla vittima a seguito di una condotta illecita del reo (*other-regarding action*). Così la forza coattiva dello Stato viene attinta solo in *extrema ratio*, per ottemperare all'obiettivo stesso di un ordinamento: preservare e tutelare al massimo la libertà innata dell'essere umano. Tutti quei casi in cui la condotta (al di là della sua qualificazione morale) abbia conseguenze dannose o distruttive solo sull'agente che la porta in essere non devono interessare allo Stato (*self-regarding action*). Ogni individuo ha il potere assoluto sul proprio corpo e sulla propria anima; affinché la società sia libera e tenda verso il suo sviluppo e la sua evoluzione naturale occorre che l'uomo sia in grado di determinarsi autonomamente secondo le proprie ambizioni e inclinazioni.

«Let every man please himself without hurting his neighbour»²⁸: così laconicamente venne riassunto il Pensiero di Mill dall'oppositore suo contemporaneo. Infatti, nemmeno quindici anni dopo la pubblicazione di *On liberty*, nel 1873, il giudice inglese James Fitzjames Stephen pubblicò *Liberty, Equality, Fraternity*, prendendo una posizione netta contro le idee liberali di Mill. La morale di un popolo, argomenta Stephen, è tanto

²⁸ J.F. STEPHEN, *Liberty, equality, fraternity*, Elder & co, London, 1874, p. 11.

meritevole di tutela quanto lo sono i valori della libertà, dell'autonomia, dell'integrità fisica dei suoi stessi componenti. Così come lo Stato è legittimato a intervenire laddove la libertà di un individuo sia lesa da una condotta altrui illecita, lo è anche nei casi in cui la morale pubblica venga infranta.

Secondo la sua tesi, la morale deve essere esaltata e valorizzata attraverso un'imposizione esterna, affinché essa possa essere rispettata e onorata. L'autore stesso ricorre a una metafora evocativa e peculiare per spiegarne l'essenzialità in una società. Un insieme di uomini che si trova casualmente nel medesimo posto, nello stesso momento, è un agglomerato informe, proprio come se fosse un grande getto di acqua indomita. Le istituzioni e la morale sono in grado di plasmare un gruppo dato dal caso fortuito, dandogli una funzionalità, un ordine, un indirizzo; proprio come se fossero le tubature e i canali dell'acqua. Così come è possibile per questi ultimi gestire un flusso facendogli adottare una forma sinuosa e piacevole, allo stesso modo la morale e le istituzioni riescono a guidare gli uomini e sfruttare tutte le potenzialità dell'insieme:

The life of the great mass of men, to a great extent the life of all men, is like a watercourse guided this way or that by a system of dams, sluices, weirs, and embankments. The volume and the quality of the different streams differ, and so do the plans of the works by which their flow is regulated, but it is by these works—that is to say, by their various customs and institutions— that men's lives are regulated²⁹.

Dunque, da un lato abbiamo la visione di Mill, che tenta di dare risalto all'individuo e alle sue esigenze di libertà, apportando così indirettamente

²⁹ Ivi, p. 20.

conseguenti benefici alla collettività. Dall'altro abbiamo Stephen, che ritiene che la priorità sia da attribuire al gruppo: la morale e le istituzioni dell'insieme qualificano la società stessa e vengono perciò ancor prima, in una scala di importanza, degli individui che la compongono.

Emblematica e rappresentativa in questo scontro ideale è la posizione che i due filosofi assumono rispetto alla parità dei sessi. Mill, come già esaminato, sempre lotterà affinché la donna venga parificata sul piano politico all'uomo. Stephen, dal canto suo, ritiene invece che vi sia una differenza indiscutibile tra i due. Uomo e donna, infatti, svolgono due ruoli ben definiti all'interno del più piccolo nucleo che compone la società: la famiglia. Maschio e femmina sono entrambi essenziali alla sua nascita e al suo funzionamento corretto, ma si tratta di due compiti distinti. E attribuire alla donna gli stessi diritti dell'uomo non consentirebbe il loro corretto svolgimento. Così, ancora una volta, abbiamo un ribaltamento della visione di insieme: prima ancora dei diritti della donna viene la tutela del gruppo e dell'istituzione (in questo caso, la famiglia stessa).

La differenza tra i due pensatori risiede in radice nell'atteggiamento antropologico di fondo da loro adottato rispetto al futuro dell'umanità³⁰. Come notato, potremmo facilmente cadere in errore ritenendo che Mill adotti una posizione indifferente rispetto alle esigenze degli uomini più miserabili e deboli, ma, con le parole dello studioso: «Sarebbe un grave malinteso supporre che si tratti di una dottrina ispirata a egoistica indifferenza»³¹. A tratti può sembrare paradossale, ma la verità è che Mill è mosso da un fervente ottimismo nei confronti del destino dell'umanità. Egli, infatti, crede che l'agire umano conduca sempre a risultati buoni, a un corretto sviluppo e

³⁰ Sulle differenze tra le visioni di stampo antropologico di Mill e di Stephen v. A. PORCIELLO, *Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo*, in «*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*», 56, 2022, pp. 395-422, pp. 399-402.

³¹ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 87

a un miglioramento delle condizioni di vita. Un uomo e una donna, nel loro pieno sviluppo, capaci di intendere e di volere, sono da soli in grado di fare ciò che è meglio per loro, di progredire, fiorire, realizzarsi. Tra i tanti, è vero, qualcuno inevitabilmente perderà la strada. Ma ciò non toglie che questa condizione di libertà è redditizia per l'evoluzione dell'umanità; la maggior parte delle persone è in grado, infatti, di astenersi dai propri impulsi naturali, dai vizi e dalle passioni distruttive. Mill vuole garantire l'esistenza, la conservazione, nonché la valorizzazione di uno spazio di libertà per gli uomini. Così procedendo, le menti più illuminate sono in grado di agire liberamente nelle loro conquiste rivoluzionarie, senza subire costrizioni né impedimenti a causa delle tutele paternalistiche introdotte per proteggere i più deboli, i più fragili e i meno avveduti. È come se, secondo Mill, esistesse una sorta di mano invisibile, che agisce per lo sviluppo dell'umanità (simile a quella delle teorie del mercato economico), in grado di insegnare ai più fragili la retta via e di apportare dei miglioramenti per la società tutta. Alla mediocrità e alla conformità, che generano torpore e danno una parvenza di sicurezza e tutela, Mill preferisce i rischi che possono apportare i cambiamenti. In questo modo vi è la possibilità di prendere delle scelte, di analizzarne, di imparare dai propri errori. Non c'è alcun bisogno che l'autorità e il diritto intervengano per la realizzazione di ciò: l'umanità, da sola, ha tutti gli strumenti e le capacità per rialzarsi e rielevarsi³².

³² R.A. EPSTEIN, *The harm principle – And how it grew*, in «*The University of Toronto Law Journal*», 4, 1995, pp. 369-417, p. 373: «Mill wants to make sure that a domain of liberty could be created so that the highest achievements of the human mind could work free from the meddling by lesser lights. He entertains a belief in a philosophical version of the invisible hand: those people who lead by excellence will enrich the lives of others and, indirectly, that of society as well. Mill praises risk-taking in the face of inevitable doubt and attacks the mediocrity that all too often is the by-product of security, or the illusion of security. He dares individuals to make a contribution in the world, and exhorts them to use moral persuasion to improve themselves and their fellow citizens. With that vision of heroic and high-minded human endeavour it is no mystery that Mill took a sceptical view toward government intervention».

Stephen, al contrario di Mill, non crede nell'esistenza degli impulsi evolutivi autonomi e indipendenti dell'essere umano. Tutti gli individui sono dotati delle stesse capacità e delle stesse possibilità in natura. Secondo un'idea di stampo vagamente hobbsiano, possiamo ritenere che ciò che accadrà senza presupporre l'intervento coattivo dello stato sarà la prevaricazione del più forte sul più debole, cosicché unici vittoriosi nello scontro in natura saranno coloro che eccellono in superbia ed egoismo. Il primo obiettivo che le istituzioni devono raggiungere e tutelare, secondo la tesi di Stephen, è allora la conservazione della pace sociale attraverso la promozione dell'unificazione, della parificazione, della conformità stessa degli uomini.

È così che, nei sistemi di *common law*, il dibattito tra la separazione del diritto e della morale si muoverà sempre in direzione di queste due bisettrici, rappresentate l'una dal pensiero liberale di Mill, l'una dal legalismo moralizzante di Stephen. Erede di questa *querelle*, nemmeno cent'anni più tardi, sarà infatti niente meno che uno dei più importanti dibattiti giuridici del XX secolo.

2.2. Devlin e Hart

La diatriba tra il giudice inglese Lord Devlin e il filosofo del diritto Herbert Hart nasce in occasione dell'apparizione, nel 1954, del *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, meglio conosciuto con il nome di *Wolfenden Report*, dal nome del rappresentante della commissione parlamentare che lo promosse. Questo rapporto si proponeva di elencare ed esporre i motivi a favore della depenalizzazione di reati sessuali, come la prostituzione e l'omosessualità.

Quest'ultimo illecito in particolare era stato introdotto in Gran Bretagna dal *Criminal Law Amendment Act* del 1885 (il cui titolo era *An Act to make further provision for the Protection of Women and Girls, the suppression of brothels, and other purposes*). Nell'undicesima sezione di questo atto si ergeva il cd. *Labouchère amendment* che prevedeva la pena detentiva di due anni nel caso in cui un uomo avesse intrattenuto rapporti omosessuali con una persona del suo stesso sesso:

Any male person who, in public or private, commits, or is a party to the commission of, or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person, shall be guilty of a misdemeanor, and being convicted thereof shall be liable at the discretion of the court to be imprisoned for any term not exceeding two years, with or without hard labour.

La fattispecie in questione è senz'altro peculiare: gli atti sessuali tra uomini, considerati osceni, venivano proibiti sia in pubblico, sia in privato.

Il rapporto del 1954, seppur nell'immediato non ottenne alcuna abrogazione, né modificazione della norma, ebbe il pregio di argomentare e

spiegare i motivi che avrebbero dovuto portare alla sua parziale depenalizzazione, ottenuta solo nel 1967, anno in cui entrò in vigore il *Sexual Offences act*. In seguito a questa legge, l'omosessualità continuò ad integrare una fattispecie di reato, ma venne concessa e resa legale a patto che gli uomini coinvolti avessero almeno ventuno anni e intrattenessero i rapporti in privato.

Ciò che qui interessa sono proprio le motivazioni addotte dal *report* per ottenerne la depenalizzazione. Infatti, il rapporto cerca di evidenziare che legame esista tra il diritto e la morale. Si domanda, cioè, se il diritto debba occuparsi dei valori accettati e condivisi dalla maggioranza e dunque rafforzare nonché mantenere in vita i valori dominanti. A questo proposito esso invita a prendere una netta posizione di stampo milliano:

Many people assume that what the law calls a crime, the church calls sin, and psychiatry calls sickness. But there is, presently, a marked tendency to correct this equation. This report (...) makes a clear distinction between crime and sin³³.

La commissione si pone dunque l'obiettivo di distinguere gli ambiti della morale da quelli del diritto, constatando che un crimine non equivalga a un peccato. È proprio questo il punto del rapporto da cui trarranno spunto Devlin e Hart per sostenere le reciproche tesi.

Tutto nasce quando Devlin tiene nel 1959 la *British academy Maccabaeae lecture*, intitolata *The enforcement of morals*. Successivamente, Hart risponderà argomentando attraverso un programma radiofonico, il cui contenuto verrà poi trasposto su un articolo pubblicato da *The listener*, ed esposto in tre lezioni distinte tenute a Stanford nel 1962; le tesi in questione confluiranno, nel 1963, nella pubblicazione *Law, liberty and morality*.

³³ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1957, p. 10.

Devlin, dal canto suo, appena due anni dopo, nel 1965, pubblicherà *The enforcement of morals*³⁴.

Dapprima si parta con la descrizione degli argomenti di Lord Devlin. Egli critica il rapporto Wolfenden sostenendo che diritto e morale siano legati da un nesso indissolubile: da un lato il diritto è costruito sulla base della moralità, dall'altro la moralità è sostenuta e fatta rispettare dal diritto. Se i valori portanti della collettività venissero meno, la società collasserebbe inevitabilmente:

I return to the statement that I have already made, that society means a community of ideas; without shared ideas on politics, morals, and ethics no society can exist³⁵.

La collettività allora, difendendo la sua morale con la legge, non fa altro che tutelare la sua stessa integrità (più specificamente custodisce il legame che la tiene unita: «A common morality is part of the bondage»³⁶): trattasi di nient'altro che un naturale processo di autodifesa. La società attinge certamente dall'arma più potente a sua disposizione: la forza coattiva dello Stato, esercitata attraverso le sanzioni penali. Gli uomini vogliono proteggere il gruppo perché, se esso scomparisse, con lui verrebbero meno tutti i vantaggi che l'aggregazione comporta. L'autodifesa è dunque pienamente legittima perché conservare la società equivale a proteggere tutti i benefici che essa porta con sé.

Devlin spiega che ogni *self-regarding action* solo apparentemente non crea danno ad altri. Con uno sguardo più attento, secondo la sua visione, ogni condotta immorale e autolesiva del singolo, anche se verificatasi in privato,

³⁴ Per la ricostruzione storica del dibattito v. P. CANE, *Taking law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate*, in «*The Journal of Ethics*», 10, 1/2, 2006, pp. 21-51, p. 22.

³⁵ P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1972, p. 10.

³⁶ *Ibidem*.

intacca piano piano la morale sociale. Ne consegue che non esiste nessuna distinzione tra le condotte portate in essere in pubblico e quelle che si verificano in privato. La moralità pubblica e quella privata sono la stessa cosa perché sono entrambe affare della società e del diritto.

Secondo Devlin, l'omosessualità, per esempio, al contrario di quanto si espone nel *report*, dovrebbe continuare a essere sanzionata anche se esercitata in privato. Nel paragrafo 61 del rapporto Wolfenden infatti si legge che gli atti omosessuali privati tra adulti consenzienti non sono questione di cui il diritto dovrebbe occuparsi:

Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business. To say this is not to condone or encourage private immorality. On the contrary, to emphasize the personal and private nature of moral or immoral conduct is to emphasize the personal and private responsibility which a mature agent can properly be expected to carry for himself without the threat of punishment from the law³⁷.

Questo assunto del rapporto sembra proprio richiamare la distinzione di Mill tra affari privati e pubblici:

Ciascuna riceverà la parte che le spetta se le viene attribuito ciò che la riguarda più direttamente. All'individualità dovrebbe appartenere la sfera che interessa principalmente l'individuo; alla società, quella che interessa principalmente la società³⁸.

³⁷ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, cit., pp. 52-53.

³⁸ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 86.

Per Devlin, come visto, questa scissione è irrilevante. Difatti se una condotta concerne la morale, non ha alcuna importanza evidenziare se l'atto in questione è di dominio privato o pubblico. La morale è, per antonomasia, affare di tutti, anche se viene lesa a porte chiuse lontano da occhi indiscreti. Egli rafforza ulteriormente questa tesi paragonando gli atti immorali al tradimento e alla cospirazione contro le istituzioni. Anche se questi reati avvengono solitamente in segreto, essi mettono comunque a serio repentaglio gli ordinamenti statali, come tali sono correttamente inquadrati e qualificati, a livello giuridico, al pari di illeciti penali. Come le istituzioni possono difendersi da questi pericoli con le sanzioni comminate per legge; anche la società può tutelarsi integrando tutti gli atti immorali a fattispecie penali rilevanti, nonostante essi avvengano lontano da una platea pubblica o da un insieme di osservatori esterni:

The law of treason is directed against aiding the king's enemies and against sedition from within. The justification for this is that established government is necessary for the existence of society and therefore its safety against violent overthrow must be secured. But an established morality is as necessary as good government to the welfare of society. Societies disintegrate from within more frequently than they are broken up by external pressures. There is disintegration when no common morality is observed and history shows that the loosening of moral bonds is often the first stage of disintegration, so that society is justified in taking the same steps to preserve its moral code as it does to preserve its government and other essential institutions. The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities; it is no more possible to define a sphere of private morality than it is to define one of private subversive activity³⁹.

³⁹ P. DEVLIN, cit., pp. 13-14.

Sorge a questo punto una domanda: come è possibile discernere i casi in cui si tratti di un intervento legittimo del legislatore dai casi in cui si tratti di un atteggiamento tirannico? Orbene, per Devlin, il criterio per orientarsi in questi casi è stabilire *a priori* cosa la società consideri morale dominante, in un dato momento storico, in un dato spazio limitato. È possibile individuarla non dal consenso di ogni singolo componente del gruppo, né raccogliendo e valutando cosa la maggior parte della popolazione ritenga tale. Invece, l'operazione di cui servirsi risiede nell'interrogare un uomo qualunque, dotato di buon senso e ragionevolezza: «It is the viewpoint of the man in the street [...]. He might also be called the right-minded man»⁴⁰.

La tesi di Devlin può essere allora semplificata principalmente in due assunti di fondo: se esiste un diritto della società di proteggere la sua esistenza, allora esiste anche un diritto della comunità di utilizzare il diritto penale per proteggere la staticità della sua morale. La depenalizzazione dell'omosessualità, ad esempio, creerebbe un cambiamento inevitabile all'istituzione della famiglia, pietra basilare della società stessa. Se l'omosessualità viene accettata e si diffonde, l'esistenza della famiglia viene messa in pericolo, così come la società che su di essa è sorretta.

È chiaro che, se un solo individuo cede al vizio, quest'ultimo da solo non è in grado di creare danno alla società, ma ciò non toglie che se tutti, o una grande fetta di popolazione, adottassero questa condotta, la società tenderebbe al collasso. Ad esempio, se un uomo soltanto si ubriaca ogni sera in casa sua senza effettivamente recare danno né disturbo ad alcuno dei suoi vicini, possiamo certamente riscontrare che questa condotta non può turbare in alcun modo la società. Ma cosa accadrebbe se, invece, tutti si comportassero così? Lo Stato deve intervenire *ab origine* e sanzionare in

⁴⁰ Ivi, p. 15.

radice la condotta immorale. Infatti, non esiste, e neppure sarebbe possibile definirlo, un limite numerico o qualitativo oltre il quale la condotta diventa pericolosa. Il vizio non deve diffondersi e non può in alcun modo essere legittimato; contrariamente, la società diverrebbe sempre più debole. Così come non esistono per il legislatore ostacoli di nessun tipo quando si tratta di sanzionare il tradimento, l'eversione o la sommossa, così non dovrebbero essere posti limiti nell'attribuire rilevanza penale alle condotte immorali.

Lord Devlin fa presente che una nazione di persone deboli nello spirito, inclini al vizio, non avrebbe risposto con successo alla chiamata di Winston Churchill durante la II Guerra mondiale: «A nation of debauchees would not in 1940 have responded satisfactorily to Winston Churchill's call to blood and toil and sweat and tears⁴¹». La Gran Bretagna a quel punto avrebbe sicuramente perso la guerra, condannando il popolo inglese a perdere la sua libertà. Cedere alla corruzione e alla perversione, quindi, è sinonimo di decadimento di una società, che presto o tardi, in un modo o nell'altro, sarà condannata a perire. La morale, dunque, non è affatto questione privata che riguarda la persona nella sua intimità, bensì è affare di tutti; se danneggiata, anche in minima parte, mette a serio repentaglio la sopravvivenza del gruppo:

But if society has the right to make a judgement and has it on the basis that a recognized morality is as necessary to society as, say, a recognized government, then society may use the law to preserve morality in the same way as it uses it to safeguard anything else that is essential to its existence⁴².

⁴¹ Ivi, p. 111.

⁴² Ivi, p. 11.

A sostegno di tutto ciò, Devlin ritiene che nella maggior parte dei reati il danno portato in essere non sia mai solo verso la vittima, ma anche e soprattutto verso la società. A differenza degli altri campi, gli illeciti penali non presuppongono, ai fini dell'integrazione delle caratteristiche della fattispecie incriminante, il consenso della vittima. Ad esempio, nei casi di tentato omicidio, per avviare un processo penale, non importa indagare se vi fosse o meno l'approvazione della condotta da parte del soggetto leso. Il presunto reo sarà comunque perseguibile per legge, con o senza l'assenso della vittima. Il perdono di quest'ultimo non è sufficiente per estinguere ogni accusa di reato e il *nolle prosequi* spetta solo e unicamente al Pubblico Ministero: «the right to enter a nolle prosequi belong to the Attorrei-General alone»⁴³. Certo, Devlin fa presente che esistono tipologie eccezionali di reati in cui il mancato consenso della vittima occorre ai fini dell'integrazione della fattispecie, come nelle ipotesi di violenza sessuale, ma nella maggior parte dei casi detto consenso è completamente irrilevante. La spiegazione dietro questo fenomeno risiede nel fatto che i reati, spesso e volentieri, danneggiano non solo la vittima, ma soprattutto la società stessa.

Riassumendo potremmo schematizzare brevemente in tre domande e tre risposte la tesi di Devlin⁴⁴. La prima domanda da porsi è la seguente: la società ha diritto di esprimere dei giudizi sulle questioni morali? Si è analizzato che essenzialmente la risposta è positiva: la società ha diritto di occuparsi della morale poiché essa costituisce il suo tessuto primario. Secondariamente, essa ha anche il potere di imporla? La risposta è di nuovo

⁴³ Ivi, p. 6.

⁴⁴ Per una spiegazione esaustiva del pensiero di Devlin v. tra i tanti: P. CANE, cit., pp. 26-30; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 147 ss.; R. DWORKIN, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, in «The Yale Law Journal», 75, 6, 1966, pp. 986-1005; R.P. GEORGE, *Making men moral. Civil liberties and public morality*, Clarendon press, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 51-60; A. PORCIELLO, cit. pp. 402-413; P. TINCANI, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, L'Ornitorinco, Milano, 2009, pp. 130-140.

affermativa: si tratta di un processo di autodifesa. Il gruppo deve difendersi dai danni che può subire indirettamente attraverso la lesione della sua morale. Terza e ultima domanda: occorre sempre ricorrere all'arma del diritto penale o ci sono dei casi in cui è opportuno astenersi? Il limite che il legislatore dovrebbe adottare, secondo Devlin, è quello della più ampia tolleranza possibile della libertà altrui. La penalizzazione è accettabile solo nel momento in cui vi è una forte riprovazione sociale. Quando siamo certi che un comportamento provochi l'intolleranza, l'indignazione, il disgusto della collettività, allora sappiamo che la condotta dovrebbe essere punita legalmente. L'omosessualità, secondo il giudice, rientra proprio in questa categorizzazione: non si tratta semplicemente di un fatto che non incontra il favore della società, bensì essa viene considerata al pari di un vizio abominevole. Come tale, sarebbe dunque corretto mantenere viva la sua penalizzazione.

Per concludere, dunque, ogni ordinamento ha diritto a combattere per la sua sopravvivenza. Proprio per questo motivo, il gruppo è legittimato a utilizzare le aspre sanzioni comminate dal diritto penale per proteggere la sua morale. Allo stesso modo non esiste distinzione tra la morale pubblica e quella privata; i valori condivisi (quelli che l'uomo della strada percepisce come tali) sono sempre una questione che riguarda l'intera collettività e di cui la legge deve necessariamente occuparsi.

Hart, dal canto suo, non accetta affatto l'impostazione sostenuta da Lord Devlin secondo la quale la conservazione della coesione sociale deriva dalla protezione dei valori morali⁴⁵. Concorde invece con la tesi sostenuta dal *report*, accogliendo la visione di stampo liberale e milliano della distinzione tra peccato e reato, e, di conseguenza, tra diritto e morale. Non esiste in alcun

⁴⁵ Per la tesi di Hart v. R.P. GEORGE, cit., pp. 60-65; P. TINCANI, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, cit., pp. 143-152.

modo una connessione tra questi due mondi: se si influenzano reciprocamente e talvolta si sovrappongono fra loro, trattasi di puro caso fortuito. Una legge è tale solo se risponde a dei requisiti di carattere formale. Per due volte nell'arco di cent'anni è stato sostenuto il contrario da due esperti di *common law*: da Stephen prima e da Devlin poi. Stephen, infatti, sostenne che il diritto penale dovesse essere una «persecution of the grosser forms of vice»⁴⁶. La stessa tesi, spiega Hart, è sostenuta oggi da Devlin: «The suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities»⁴⁷. Le loro argomentazioni, da vicine, presentano tratti molto simili, anche se può benissimo affermarsi che Devlin mantenga una visione più moderata rispetto a Stephen, che accetta invece un moralismo legale estremo⁴⁸.

La tesi moderata di Devlin, come esaminato, sostiene che la morale sia il pilastro su cui la società è sorretta; senza i valori condivisi non avremmo alcuna istituzione, ma solo un aggregato di individui sconnessi fra di loro. Altrimenti detto, con un paragone utilizzato dallo stesso Devlin: il riconoscimento di una morale condivisa è tanto essenziale per l'ordinamento come lo è la formalizzazione del suo governo⁴⁹. La violazione di un principio morale indebolisce la società, cosicché essa non può fare nient'altro che proteggersi con il diritto penale.

La tesi estrema di Stephen, al contrario, non ritiene che la morale sia una componente essenziale al buon funzionamento della società. Proibire le condotte contrarie ai valori dominanti allora non è un meccanismo di difesa, bensì un principio valido in sé e per sé.

⁴⁶ J.F. STEPHEN, cit., p. 162.

⁴⁷ P. DEVLIN, cit., pp. 13-14.

⁴⁸ H.L. HART, *Law, liberty and morality*, Oxford University Press, London, 1963, P. 48-50.

⁴⁹ P. DEVLIN, cit. p. 13.

Per capire se stiamo adottando l'una, la visione moderata, o l'altra, la visione estrema, occorre porsi due domande. La prima domanda è: la condotta punita, oltre a ledere la morale condivisa, sta violando anche i diritti di un individuo? La seconda è: la condotta sta ledendo la moralità e quindi sta indirettamente indebolendo la società stessa? La tesi moderata richiede che, ai fini della legittimità dell'operato del legislatore, almeno alla seconda domanda venga data risposta affermativa; secondo la tesi estrema, invece, per comminare una sanzione penale, sono sufficienti anche due risposte negative.

Hart rifiuta, come visto, entrambe le tesi illustrate. Nel caso in cui una società accettasse come valori dominanti la tortura, la caccia alle streghe, l'uccisione dei bambini deformati alla nascita, verrebbe naturale concludere che sarebbe meglio che tale società, al posto di tutelare una morale simile, collassasse. È sempre giusto dunque ritenere che la società possa, in qualunque modo e a qualunque costo, difendere i propri principi? Hart non crede affatto che l'ordinamento abbia un innato diritto alla difesa della sua morale.

Inoltre, egli constata, il diritto penale protegge i diritti dei singoli, non della società. A questo proposito, riprende il pensiero di Devlin in cui viene spiegato che il consenso della vittima non è ritenuto essenziale, nella maggior parte delle ipotesi, per integrare le fattispecie penali. Il diritto, spiega, in questi casi non ha affatto la funzione di rafforzare la morale dominante: tutte quelle norme che non prendono in considerazione la volontà del soggetto leso altro non sono che banali norme paternalistiche, in cui lo Stato pretende di dettare, dietro presunte tutele inderogabili, il meglio per la vittima. Sono questi i casi in cui il potere agisce al mio posto perché sa qual è il mio bene, cosa è meglio per me, cosa sarebbe giusto e corretto fare,

secondo parametri non ben precisati. Impostazione che una visione liberale, come quella di Mill, rifiuterebbe categoricamente.

L'ultima argomentazione addotta per confutare questi tesi si aggrappa a un dato meramente fattuale: è difficile, se non impossibile, dimostrare che la morale sia meglio conservata e tutelata con l'imposizione di leggi penali. La maggior parte delle condotte appartenenti all'ambito valoriale, infatti, vengono rispettate senza l'ausilio e il deterrente delle sanzioni. A livello empirico, poi, è arduo dimostrare che il venire meno della conformità delle condotte conduca la società al declino e alla sua inevitabile estinzione. Se così è, la libertà del singolo verrebbe messa a repentaglio, al solo fine di sventare una mera eventualità⁵⁰. Al contrario Hart ritiene più plausibile che la diversità, invece che distruggere, unisca e arricchisca il gruppo:

society can not only survive divergences in other fields from its prevalent morality, but profit from them⁵¹.

È chiaro che, ad esempio, nel caso della depenalizzazione dell'omosessualità, la collettività cambierà senz'altro volto: muterà l'idea di famiglia e il mondo in cui i minori cresceranno; ma non ci è dato sapere in che termini e in che modalità, la possibilità di calcolo *a priori* è pressoché nulla. Ciò che è invece evidente è che non possiamo privare il singolo della sua libertà e penalizzare atti contrari alla morale a fronte di un mero rischio ipotetico. La conservazione delle tradizioni e delle abitudini non valgono il sacrificio delle libertà individuali.

⁵⁰ H.L. HART, cit., pp. 57-58.

⁵¹ Ivi, p. 71.

3. Le forme del principio del danno

3.1. Le ambiguità del bene giuridico e del danno

Nelle aree di *common law* il dibattito giuridico vertente il legittimo intervento legislativo è sempre stato guidato da queste due impostazioni teoriche: dal liberalismo giuridico (con il suo principio del danno) da un lato, e dal moralismo legale dall'altro.

Così non è stato per l'Europa continentale, che, a partire dall'Ottocento, ha iniziato a seguire un'impostazione del tutto differente⁵². L'ambito che qui viene preso in considerazione è sempre quello penalistico, in cui, proprio per la delicatezza delle libertà e degli interessi in gioco, si è cercato di orientare secondo criteri stringenti l'opera del legislatore. È in Germania, nella metà dell'Ottocento che nasce la teoria del cd. bene giuridico, formulata da Johann M.F. Birnbaum, poi integrata da Karl Binding. La dottrina tedesca in quel periodo ha l'obiettivo di procedere secondo un metodo giuspositivista: affibbiando al bene in oggetto la qualità "giuridica" è possibile riconoscergli, in via immediata, l'esigenza di una salda tutela. La teoria, in quegli anni, ebbe il pregio di poter incasellare al suo interno tutti quei reati contro la morale, la religione, il buon costume; considerati proprio alla stregua di beni giuridici, e dunque, meritevoli di protezione.

⁵² Sulla teoria del bene giuridico v. tra i tanti: A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 100 ss.; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari-Roma, 2017, pp. 51-60; P. TINCANI, *In difesa del principio del danno*, cit., pp. 22-24.

E infatti, il precedente filone dottrinale, che attribuiva al diritto penale la funzione di elargire sanzioni nel caso di violazione di diritti soggettivi, non riusciva a collocare e motivare adeguatamente la previsione di tali illeciti. La tesi del bene giuridico, invece, grazie alla sua funzionalità, ebbe grande successo, tanto da diffondersi anche nel nostro Paese e in tutta l'Europa continentale. Trattasi di una teoria elastica, perfettamente in grado di colorarsi di qualsiasi contenuto. Il che, se da una parte si tratta di un pregio, si rivela essere anche la sua stessa debolezza. La categoria dei beni giuridici è talmente ampia che è facile mascherare, dietro un'apparente esigenza di tutela, un pretesto prettamente paternalistico. Trattasi di un'impostazione che è senz'altro congegnale a qualsiasi legislatore, poiché solo illusoriamente ne limita il potere.

Si è dunque tentato, negli anni '50 e '60 del secolo scorso di tracciarne un confine più chiaro, affinché i consociati possano ambire a uno spazio di libertà scevro da interventi normativi illegittimi. Tra le tante soluzioni proposte: l'una sembra richiede che un bene giuridico, per essere ritenuto tale, risponda a presupposti autoevidenti; l'etichetta non è attribuita dal legislatore, ma insita nel bene per le sue caratteristiche intrinseche; l'altra, invece, attribuisce la responsabilità di cercare e identificare questi beni alla scienza penalistica, ovvero agli esperti del settore che dovrebbero così guidare correttamente l'autorità.

Ma anche il principio del danno, dominante nei sistemi anglosassoni, risente delle analoghe debolezze della tesi sul bene giuridico. Infatti, anche se le teorie di *civil law* e di *common law* operano su piani distinti, se non ben definite, finiscono per perdere di vista il loro obiettivo principale di vincolare entro uno spazio delimitato il potere del legislatore. Il concetto di "danno" (così come di "bene giuridico") è infatti intriso di presupposti valoriali: possiamo ritenere che un soggetto è stato danneggiato solo attingendo alle

diverse sensibilità di ciascuno. Ad esempio, se so che due persone stanno compiendo atti sessuali che io ritengo contrari ai miei valori, in questo preciso momento, nella *privacy* del loro appartamento, io potrei affermare che il solo fatto di conoscere che loro stanno effettivamente portando in essere questa condotta mi danneggia. Un altro soggetto con una scala valoriale diversa, invece, portato a conoscenza del fatto, potrebbe manifestare pura indifferenza. La tesi di Mill è allora fallace. Il principio del danno non sarebbe dunque in grado di confinare l'ambito di intervento legislativo legittimo da quello illegittimo e l'obiettivo non verrebbe centrato.

Nel tempo la dottrina ha tentato così di colmare questo vuoto, integrando il principio, attraverso una chiara definizione di danno e analizzandone al meglio i suoi presupposti essenziali.

3.2. Il danno come violazione di un diritto

La prima interpretazione che è bene analizzare è la più fedele al dato testuale del saggio di Mill: il verificarsi di un danno si manifesta solo a seguito di una condotta lesiva dei diritti, altrimenti definiti come interessi giuridicamente qualificati⁵³:

Questa condotta consiste, in primo luogo, nel non danneggiare gli interessi reciproci, o meglio certi interessi che, per esplicita disposizione di legge o per tacito accordo, dovrebbero essere considerati diritti; e, secondo, nel sostenere la propria parte (da determinarsi in base a principi equi) di fatiche e sacrifici necessari per difendere la società o i suoi membri da danni e molestie⁵⁴.

Anzitutto, Mill tratta prima genericamente della categoria degli “interessi”. In un secondo momento, specifica che sono solo gli interessi – che sono anche diritti – a poter essere legittimamente protetti con l'intervento dell'autorità. È il caso allora che si proceda a descrivere la differenza tra le due classi individuate.

Si tratta di due tipologie a cui possiamo attribuire l'ordine di *species* (i diritti) a *genus* (gli interessi): non tutti gli interessi sono diritti, ma tutti i diritti sono certamente anche interessi⁵⁵. Il *genus* è molto ampio. Ognuno di

⁵³ Per gli autori che sostengono che il danno sia una lesione di un diritto v. tra i tanti: D.O. BRINK, *Mill's deliberative utilitarianism*, in «*Philosophy & Public Affairs*», 21, 1, 1992, pp. 67-103, pp. 84-85; W. DONNER, *Autonomy, Tradition, and the Enforcement of Morality*, in L. TEN (edited by), *Mill's "On Liberty". A Critical Guide*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2008, p. 138-164, p. 161; A.E. FUCHS, *Mill's theory of morally correct action*, in H.R. WEST (edited by), *The Blackwell guide to Mill's utilitarianism*, Blackwell Publishing, Malden, Oxford, 2006, p. 139-158, p. 150; D. JACOBSON, *Mill On liberty, speech, and the free society*, in «*Philosophy & Public Affairs*», 29, 3, 2000, pp. 276-309, pp. 302 e p. 309; P. TINCANI, *In difesa del principio del danno*, cit., p. 15.

⁵⁴ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 86.

⁵⁵ R.A. EPSTEIN, cit., p. 376: «The problem here has to do with the different senses in which the term 'interest' may be used - subjective or legal. One sense of the term simply involves a statement that the

noi coltiva diversi interessi e non è affatto scontato che quelli che io ritengo tali siano gli stessi del mio prossimo. Anzi può accadere, spesso e volentieri, che essi collidano tra di loro. Si tratta perciò di una classe estremamente soggettiva e non predeterminabile. È chiaro che ognuno vorrebbe uno Stato che tuteli, protegga e custodisca i suoi stessi interessi: se tutte le norme giuridiche adottassero uno schema plasmato sulla base dei propri bisogni individuali, se ne ricaverebbe beneficio e profitto. Ma se una legge tutelasse i miei interessi, finirebbe quantomeno per svantaggiare quelli altrui⁵⁶. Se, ad esempio, ho agognato per tanto tempo alla vittoria di un concorso pubblico, ho interesse che gli altri iscritti perdano, affinché quel posto venga assegnato a me soltanto. Una norma però che impedisse agli altri di partecipare sarebbe un divieto illecito, nonché dispotico. Allo stesso modo se intendessi acquistare l'ultimo biglietto rimasto per il concerto del mio cantante preferito e qualcuno si presentasse prima e mi battesse sul tempo, non potrei certo affermare che vi è stata lesione di un mio diritto. Gli interessi in gioco erano molteplici ed è chiaro che non possono essere soddisfatti tutti simultaneamente. Le condotte descritte sono pienamente lecite: come io ho interesse a vincere un concorso o a comprare l'ultimo biglietto, allo stesso modo possono averlo gli altri intorno a me. Logicamente, non posso certo affermare che, se qualcuno vince al posto mio o arriva prima di me, mi ha creato un danno in senso strettamente giuridico: nessuna condotta illecita è stata posta in violazione della mia libertà di partecipare al concorso pubblico o della mia possibilità di acquistare il biglietto.

outcome of some event or process makes a difference to a person, so that the person has an interest in that outcome: 'interest' after all comes from the Latin *inter est*, to come between or to make a difference. A second sense is that the person has a stake in some person or property that is protected by law».

⁵⁶ Ivi, p. 377: «It is precisely because my subjective interest exceeds my legal interest that liberty is so difficult to preserve».

Ovviamente, questi ultimi sono casi in cui è molto facile distinguere il danno in senso strettamente giuridico da una mera lesione degli interessi. Nella realtà si possono configurare eventualità in cui è più complesso scinderli; si tratta di tutte quelle ipotesi in cui la morale e la diversa sensibilità di ciascuno hanno un ruolo chiave. In tutte queste situazioni ibride, per aiutarci ad effettuare un *discrimen*, è opportuno adottare un criterio chiamato «test del biasimo»⁵⁷: si tratta di capire se la ragione per punire un comportamento è giustificata perché vi è necessità di tutelare i diritti altrui o semplicemente dal fatto che la condotta in questione genera dei sentimenti spiacevoli nei più. È chiaro che nel secondo caso l'intervento del legislatore non sarà lecito secondo il principio del danno.

Per capire meglio facciamo tre esempi legati allo stato di ubriachezza. Il primo caso prospettato è quello di un soggetto che, abusando di bevande alcoliche, è diventato violento e aggressivo e ha ferito tutti i soggetti che incontrava per strada. Il secondo prende in considerazione un individuo che si è messo al volante in stato di ebbrezza. Il terzo soggetto è seduto su una panchina di un parco molto affollato ed è in evidente stato di confusione a causa dell'assunzione di troppo alcol. In tutti questi casi possiamo condannare moralmente le condotte tenute da questi tre soggetti: vi sarà chi sarà disgustato dalle scene descritte, chi si rattristerà, o ancora, chi potrebbe esserne indignato. È invece possibile prospettare una sanzione giuridica per il comportamento che hanno tenuto? Si provi dunque a indagare, se oltre il biasimo che questi tre soggetti hanno provocato, vi è stata una lesione in punto di diritto.

Nel primo caso vi è stata la violazione dell'integrità fisica altrui, il legislatore sarà perciò legittimato a intervenire. Nel secondo, nessuno è stato

⁵⁷ P. TINCANI, *Filosofia del diritto*, cit., p. 217.

ancora danneggiato, ma il pericolo che un altro guidatore metta a repentaglio la sua salute fisica, a causa del fatto che il soggetto in stato di ebbrezza non è lucido, è concreto e quantificabile. In questa situazione il rischio è tangibile e il legislatore dovrà dunque in tutti i modi tutelare il diritto a circolare per strada in sicurezza. Il terzo soggetto, invece, non crea danno nella sfera giuridica altrui, né lo crea potenzialmente a livello probabilistico. Certo, può indurre a distogliere lo sguardo, o può intristire constatare che qualcuno si sia ridotto in queste condizioni, ma questo non può legittimare a ledere la sua libertà di scelta. Oltre al biasimo, in questo caso, non vi è null'altro. La società sarà allora legittimata a condannare questo individuo con la mera e sola riprovazione, senza appellarsi ad una sanzione di legge. Altrimenti detto, con le parole stesse di Mill:

Gli atti di un individuo possono arrecare danno ad altri o non tenere in giusta considerazione il loro benessere, senza giungere al punto di violare alcuno dei loro diritti costituiti. In questo caso il colpevole può essere giustamente condannato dall'opinione, ma non dalla legge⁵⁸.

⁵⁸ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., pp. 86-87.

3.3. Il principio dell'offesa di Feinberg

Ma, se diamo un'occhiata agli ordinamenti giuridici contemporanei, siamo in grado di constatare che la stragrande maggioranza degli Stati penalizza molte condotte che, a rigore di questa prima interpretazione, non sembrerebbero creano danno. È il caso classico di tutti quei reati contro il buon costume, o ancora di tutti quegli illeciti penali contro la religione. Non si riuscirebbe in alcun modo a incasellarli all'interno della teoria come sopra esposta: non esiste alcun diritto leso o messo in pericolo, affinché si possa dire legittimo l'intervento legislativo.

Negli anni '80 del secolo scorso Joel Feinberg, con la sua poderosa opera di quattro volumi *The moral limits of the criminal law*, ha cercato di completare e approfondire gli studi di Mill, formulando una tesi liberale che accolga la legittimità di questi tipi di reati. Secondo la sua idea, un ordinamento giuridico dovrebbe includere, insieme al criterio dell'*harm principle*, anche quello concorrente e integrativo dell'*offense principle*.

Per chiarire la sua tesi, Feinberg definisce anzitutto tre tipi di significati di danno che vengono correntemente utilizzati. Il primo è quello definito esteso o derivato. Si tratta dei casi nei quali comunemente si afferma: “i vandali hanno danneggiato la finestra” o ancora “la grandine ha danneggiato il raccolto” ecc.. In questi ambiti, la finestra e il raccolto sono danneggiati solo in senso, appunto, derivato. Questo perché coloro che sono realmente coinvolti sono solo i proprietari di quegli stessi beni; sono loro, in realtà, che subiscono un danno alla proprietà. Il secondo concetto di danno analizzato è invece la lesione di un interesse. Si tratta degli interessi che contribuiscono al benessere di un individuo: che la sua famiglia sia in salute, che la società di cui possiede le azioni prosperi, che il suo Paese sia sicuro, ecc.. In questi

casi, il danno può verificarsi laddove una condotta altrui diminuisca questo benessere. Il terzo significato è invece strettamente connesso al secondo: si tratta del danno in senso normativo. Ad esempio: A danneggia B, quando A ha trattato B ingiustamente; A ha dunque violato un diritto attribuito e riconosciuto a B.

Secondo Feinberg, il danno dell'*harm principle* dovrebbe essere quello frutto della sovrapposizione delle definizioni del secondo e del terzo significato:

The sense of “harm” as that term is used in the harm principle must represent the overlap of senses two and three: only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense⁵⁹.

Solo la condotta che è una lesione di interessi (che diminuiscono il benessere di qualcuno) che anche è un'intrusione illecita, e la condotta che è illecita e che è anche una lesione di interessi può essere considerata alla stregua di un danno, nel senso inteso dall'*harm principle*. Detto altrimenti: sono danni, *harms*, quelle violazioni di diritti che sono anche torti agli interessi.

Ma Feinberg, come visto, accosta al fianco del principio di Mill, anche l'operatività di un secondo criterio: il cd. *offense principle*. E infatti, accanto al danno (*harm*) come sopra inteso, riconosce la rilevanza giuridica anche delle cd. offese (*offense*). Accoglie allora una visione di “danno” più elastica rispetto alla tesi tradizionale e letterale sostenuta dalla dottrina (il danno come lesione di un diritto: *harm*), autorizzando l'autorità ad intervenire anche in taluni casi in cui non vi è traccia di alcuna lesione di un diritto nel

⁵⁹ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Harm to others*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, New York, 1984, p. 36; v. sul tema anche P. TINCANI, *In difesa del principio del danno*, cit., p. 26-27.

senso positivo del termine. Sono queste le ipotesi in cui il “danno” riscontrato si colloca nell’ambito delle offese (*offense*).

L’offesa è uno stato mentale negativo; si tratta di tutte quelle sensazioni simili alla rabbia, al risentimento, al rimpianto, alla tristezza, allo sgomento, al disgusto, alla riprovazione (ecc...). Sono offese solo quelle durature, serie e consistenti nella loro entità, provocate da una condotta ingiusta, che presuppongono la mancanza del consenso della vittima:

Their victims are wronged even though they are not harmed. For that reason alone, it is morally legitimate for the criminal law to be concerned with their regulation⁶⁰.

Il danno penalmente rilevante (la categoria che ricomprende sia l’*harm* sia l’*offense*), secondo la sua tesi, consiste allora in una violazione di un interesse riferibile al benessere – o del singolo o dell’intera società – provocato da una condotta ingiusta. L’illecito in questione non viene più definito tale sulla base di un parametro legislativo, ma anche da quella che viene considerata una morale di tipo ragionevole⁶¹. L’interesse danneggiato, che il legislatore avrà così l’onore di proteggere, dunque, non coincide più, necessariamente e inevitabilmente, con un diritto. Gli interessi meritevoli di tutela divengono così quegli obiettivi che tutti, concordemente, ritengono tali per realizzarsi come individui. Si tratta di quei desideri durevoli che permettono di evolvere e maturare: rimanere in salute, avere una stabilità economica, vivere in un posto sicuro, coltivare delle buone relazioni, avere una famiglia, diventare scrittori, professori, avvocati ecc..

⁶⁰ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Offense to others*, vol. II, Oxford University Press, New York, Oxford, 1985, p. 49.

⁶¹ G. FIANDACA, cit., 71-77.

Nonostante Feinberg sia riuscito a ideare una teoria del principio del danno più contemporanea, che meglio si confà alle società odierne, parte della dottrina rifiuta questa tesi, allarmata dal fatto che essa pone poche restrizioni e limitazioni al legislatore. Il concetto di danno delineato è molto ampio e il dubbio è che il potere avrebbe così numerosi pretesti per mascherare norme di tipo paternalistico⁶². Prospettiva che, di certo, Mill voleva sventare ad ogni costo.

Il problema risiede anzitutto nel concetto di “benessere”, che è vago e generico, nonché estremamente soggettivo; il rischio è che potrebbe essere riempito di qualsiasi contenuto⁶³. Facciamo un semplice esempio: se dichiaro che il solo pensiero che qualcuno si presti ad atti sessuali contrari alla mia morale diminuisca il mio benessere, la condotta mi sta senz’altro provocando un danno. Così procedendo la tesi in questione, che ha proprio l’obiettivo di meglio definire il danno, non avrebbe alcuna funzionalità.

Potremmo allora tentare di meglio definire il concetto di “benessere” sul preciso versante quantitativo: solo quelle diminuzioni che lo impattano in mondo ingente possono essere considerate danni secondo l’*harm principle* e l’*offense principle*. Prendendo sempre come parametro di riferimento gli atti sessuali che avvengono in privato contrari alla morale, potremmo affermare che la sola conoscenza che essi avvengano non è in grado, di per sé, di avere un impatto così significativo sul benessere altrui. Per circoscrivere l’operazione, si dovrebbe allora individuare una soglia di lesione oltre il quale si possa, in termini milliani, parlare di “danno”. Ma, anche in questo caso la tesi si presterebbe a calcoli completamente arbitrari. Ci si chiede,

⁶² Per una critica sul punto v. ad esempio G. MANIACI, *Come interpretare il principio del danno*, in «*Ragion pratica*», 1, 2017, pp. 141-168, pp. 143-144; G. MANIACI, *Il concetto di danno nell’etica liberale*, in «*Rivista di filosofia del diritto*», 2, 2017, pp. 345-363, p. 349.

⁶³ Per ricostruire la seguente problematica ho preso spunto da N. HOLTUG, *The harm principle*, in «*Ethical Theory and Moral Practice*», 5, 4, 2002, pp. 364-380.

inoltre: come potremmo considerare che la proibizione di una condotta che produce un danno pari a “100” sia legittima, mentre un divieto di una condotta che produca danno pari a “99” graviti al di fuori della sfera di intervento legislativa? Certo, si potrebbe attribuire una sanzione la cui gravità è proporzionata alla diminuzione di benessere a cui la condotta conduce. Più grave sarà il danno subito, più aspra la punizione. Anche in questo caso, però, vi sarebbe la necessità di stabilire in modo non equo il livello standard di benessere da cui partire.

Un'altra soluzione ancora è di optare per la valutazione della lesione di benessere sul piano qualitativo. Il danno verrebbe così intercettato solo se effettivamente in grado di intaccare degli interessi prestabiliti ed essenziali per la vita umana. In questa categoria potremmo ricomprendere tutti i desideri e gli obiettivi duraturi che formano la personalità degli individui, come ad esempio: diventare uno scrittore, formare una famiglia, rimanere in salute. Risulterebbero esclusi da questa lista tutti quei desideri che invece sono spontanei ed effimeri: andare a pescare, leggere un libro, cucinare una torta. Tutto ciò che mette a serio repentaglio i mezzi per conseguire gli obiettivi di vita della persona, come la salute fisica, psichica, la stabilità finanziaria potrebbe essere considerato una condotta dannosa. Allora i danni sarebbero solo quelli che impediscono la realizzazione dei fini (duraturi, come sopra intesi) del soggetto.

La problematica di quest'ultima impostazione è che tutte quelle condotte lievemente dannose che non comportano effetti o conseguenze impeditive di questi obiettivi ne risulterebbero escluse. Ad esempio, se una persona in un parco lanciasse solamente dei piccoli sassi contro le gambe di tutti i passanti, ferendoli in minima parte e arrecando loro mero fastidio non sarebbe ipotizzabile presupporre una sanzione legittima. Sebbene il fatto sia lievemente doloroso e senz'altro lesivo, rimarrebbe fuori dal campo di

intervento del legislatore. È chiaro che, secondo una sensibilità qualunque, si tratta di un atteggiamento che un ordinamento giuridico contemporaneo non può tollerare. Allora anche questo approccio risulta essere in parte lacunoso.

Un altro grave problema che la teoria del danno come lesione del benessere comporta è il seguente: se anche fossimo in grado di stabilire concordemente un limite arbitrario (quantitativo o qualitativo che sia) oltre il quale la condotta può ritenersi ingiusta, si dovrebbero proibire non solo i comportamenti che diminuiscono il benessere di ciascuno, ma anche quelle condotte che ne impediscono un aumento. In base ad una controprova, infatti, potremmo notare che svariate azioni ostacolano all'incremento stesso del *welfare*. Questo accade in tutti i casi in cui le condotte sono omissive: ad esempio, se lasciamo che una persona soffra, quando potremmo, senza costi e rischi per noi stessi, aiutarla e porre fine al suo dolore, le staremmo senz'altro creando danno.

La difficoltà però è che quasi tutte le situazioni possono prestarsi a questa controprova. Infatti, ogni volta che il mio benessere non aumenta, sta, al contempo, subendo una diminuzione. Altrimenti detto: tutte le volte che qualcuno contribuisce all'incremento dello stesso, sta anche impedendo che esso diminuisca. Se ad esempio regalassi un biglietto per una crociera a qualcuno starei contribuendo al miglioramento del suo *welfare*. Cosa accadrebbe se cambiassi idea e decidessi di strapparli così privandolo del suo regalo? Gli starei procurando un danno?

Per ovviare a questi casi, e indi evitare questo paradosso, si potrebbe semplicemente constatare che bisognerebbe escludere dal concetto di danno tutte quelle situazioni in cui il soggetto agente è identificato con la fonte stessa generatrice di benessere. Se ad esempio distruggo il biglietto per la crociera che era stato regalato a mia madre da mio padre, le sto

effettivamente creando danno. E ciò perché, in questo caso, sono un soggetto esterno e non sono stato l'origine dell'aumento di benessere in gioco. Ma, ancora una volta, la tesi non sembra comunque avere basi solide. Ci sono infatti ipotesi ben precise in cui il danno si crea nonostante io sia al contempo colui che ha il compito di prevenire un fatto lesivo e la fonte stessa del benessere. Sono tali i seguenti casi: i genitori che lasciano che i figli muoiano di fame, allo stesso modo un medico che si rifiuta di prestare le cure, così come anche tutte le omissioni di soccorso.

3.4. Il danno nelle condotte omissive e pericolose

Posto che, date le numerose criticità e incertezze che l'*offense principle* comporta, in questa trattazione si preferisce sposare la visione di danno tradizionale e ristretta, è d'uopo soffermarsi nuovamente su Feinberg e sulle ulteriori specificazioni di *harm* che ha il pregio di aver compiuto, soprattutto in riferimento alle condotte omissive e pericolose.

Capire se solo le condotte commissive sono in grado di procurare danno è appunto questione spinosa; Mill non approfondisce oltremodo la questione⁶⁴. Secondo Feinberg, l'*harm principle* dovrebbe essere applicato ogniqualvolta un soggetto possa evitare il danno nella sfera altrui, a un costo basso o quasi nullo⁶⁵. A questo proposito, egli procede con l'esempio siffatto: Tizio cade in acqua e non sa nuotare, Caio è l'unica persona che si trova nei paraggi e a sentirlo chiedere aiuto. Caio ha la possibilità di lanciargli il salvagente: *ergo* se Caio agisce Tizio evita la morte, se Caio non agisce Tizio muore. La morte di Tizio può essere attribuita alla condotta omissiva di Caio? È vero che Tizio, se Caio non fosse stato presente proprio in quel momento, sarebbe comunque morto, ma Caio inevitabilmente c'era, ed aveva il potere di impedire l'evento-morte:

The principle involved is this: when one has the power to affect events one way or another depending on one's choice, then the way events are subsequently affected is a consequence of the way that power was exercised⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. R.A. EPSTEIN, cit., 395-399.

⁶⁵ J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., pp. 171-186.

⁶⁶ Ivi, p. 174.

Le omissioni, conclude Feinberg, sono dunque senz'altro in grado di provocare danno. Per evitare che esso si verifichi, il legislatore può imporre legittimamente, senza incorrere a pretesti dispotici, la commissione di determinate condotte, prive di rischi, costi, nonché inconvenienti:

It is always a good reason in support of criminal legislation that it is necessary either to prevent people from harming (causing harm to) others or to get them to make reasonable efforts to prevent others from being harmed⁶⁷.

Invece, *quid iuris* per le condotte meramente rischiose? Ci si vorrebbe soffermare brevemente sulla disamina della legittimazione di quelle norme penali che proibiscono delle condotte che solo potenzialmente, a livello probabilistico, possono provocare danno ad altri. Si tratta di capire se preferiamo sposare una versione *ex ante* dell'*harm principle* o una versione *ex post*. La prima concede più libertà al legislatore, poiché sarebbe così giustificato nell'esercizio della coercizione al fine di prevenire o attenuare l'eventualità che si verifichino danni; la seconda, invece, legittima l'intervento dell'autorità solo se le norme, nei fatti, empiricamente, riducono o evitano il danno⁶⁸. Dando un'occhiata all'impostazione degli ordinamenti giuridici contemporanei, possiamo ragionevolmente decidere di adottare la prima opzione. In ottica liberale, però, abbiamo comunque la necessità di comprendere quanto rischiosa dovrebbe essere la condotta affinché il legislatore sia legittimato a proibirla. Ciò al fine di sventare ogni intervento punitivo prettamente paternalistico.

A questo proposito, Feinberg spiega che, se adottiamo uno standard ragionevole, è facile attribuire, in taluni casi, il grado di pericolosità di

⁶⁷ Ivi, p. 186.

⁶⁸ N. HOLTUG, cit., p. 359.

determinate condotte. Ad esempio, se puntiamo la pistola in fronte a qualcuno e premiamo il grilletto, possiamo considerare che la condotta porterà certamente al danno morte. Se invece prendiamo in considerazione una persona che si reca al supermercato per fare la spesa, la probabilità che si verifichi un danno ad altri tende allo 0%. Il problema risiede in tutte quelle condotte che stanno nel mezzo, che non possono dirsi né completamente innocenti, né completamente pericolose; insomma, si tratta della legittimazione di tutti quei comportamenti che si trovano tra il colore bianco e il colore nero.

Allora, Feinberg indica il metodo che un legislatore avveduto dovrebbe adottare⁶⁹. Se il danno da evitare o attenuare è di ingente portata, più ampio può essere lo spazio di intervento per proibire quelle condotte che ne possono costituire un *incipit*. Ad esempio, sparare in aria può non danneggiare nessuno: difficilmente il proiettile cambierà traiettoria, ma è ragionevole proibirlo poiché si tratta di tutelare la vita umana e l'integrità fisica dei soggetti: il danno che si vuole evitare non è affatto di lieve entità. Allo stesso modo è consentito al legislatore di imporre il limite di 50 km/h di velocità nelle strade urbane: la probabilità di investire qualcuno a 60 km/h è discutibile, ma il fine è sempre quello di garantire sicurezza. Più grande l'impatto del danno da sventare, più ampio sarà il potere di intervento legislativo, nonostante la probabilità che il danno si verifichi sia bassa o minima. Al contrario, se il danno ha lieve portata, la probabilità che la condotta vietata lo provochi deve essere alta:

⁶⁹ J. FEINBERG, *Harm to others*, cit., pp. 190-193.

the greater the probability of harm, the less grave the harm need be to justify coercion; the greater the gravity of the envisioned harm, the less probable it need be⁷⁰.

I due fattori non devono essere considerati individualmente, bensì globalmente: dalla somma di entrambi ne risulterà il cd. rischio. In questa operazione, poi, verrà esaminato anche un terzo fattore: il valore della condotta rischiosa. Sparare in aria non può essere considerato, in alcun modo, un'azione virtuosa; al contrario, concedere alle ambulanze di superare i limiti di velocità, nonostante il forte rischio che può derivarne, porta in gioco interessi quali la vita umana e la sicurezza pubblica.

Dunque, un legislatore liberale può, prendendo in considerazione il rischio (entità del danno e probabilità che si verifichi) e il valore della condotta, opportunatamente proibire anche comportamenti meramente pericolosi, accogliendo così l'adozione di una prospettiva *ex ante* del principio del danno.

⁷⁰ Ivi, p. 191

3.5. L'importanza del consenso

Mill aveva l'obiettivo di circoscrivere un'area scevra da intrusioni statali. Il *discrimen* tra l'ambito di libertà e l'ambito di intervento legislativo secondo la dottrina più tradizionale sembra essere definito apparentemente dalle qualificazioni attribuite alle condotte: se *other-regarding* l'intervento dell'autorità è concesso, se *self-regarding* l'individuo deve essere lasciato nell'autonomia di esprimersi come più preferisce. Ma questa categorizzazione sembra portare con sé non pochi dubbi.

La critica a quest'impostazione è affatto risalente: già Stephen, nella seconda edizione di *Liberty, Equality, Fraternity* si aggrappa a questa debolezza di fondo. Secondo la sua opinione, distinguere gli atti *self-regarding* dagli atti *other-regarding* sarebbe come distinguere dei comportamenti che accadono nel tempo da quelli che si svolgono nello spazio. Tutte le condotte, spiega, avvengono sia nel tempo, sia nello spazio, così come esse producono al contempo conseguenze su noi stessi e sugli altri:

I think that the attempt to distinguish between self-regarding acts and acts which regard others, is like an attempt to distinguish between acts which happen in time and acts which happen in space. Every act happens at some time and in some place, and in like manner every act that we do either does or may affect both ourselves and others. I think therefore that the distinction [...] is altogether fallacious and unfounded⁷¹.

È questa l'argomentazione che viene soprannominata “*no-man-is-an-island*”: qualsiasi comportamento porta con sé degli effetti che si

⁷¹ J.F. STEPHEN, cit. p. X.

riverseranno, in modo più o meno marcato, nella sfera altrui. Se è così, l'ambito di libertà tanto agognato da Mill non riuscirebbe a emergere, né, di conseguenza, ad essere tutelato o valorizzato.

Per meglio chiarire il punto, si proceda per tentativi, ordinando in macrocategorie una moltitudine di azioni. Si potrebbe constatare che ci sono comportamenti che, a primo impatto, sembrano non ricadere giuridicamente né nell'alveo delle condotte *self-regarding*, né in quello *other-regarding*; così, ad esempio, respirare, sbadigliare, deglutire ecc.. Poi, ci sono atteggiamenti che riguardano l'agente in prima persona e solo indirettamente, in un momento successivo, chi gli sta intorno. È questo un caso: un mio amico fa uso di stupefacenti; questo comporta conseguenze anzitutto per la sua salute, e in secondo luogo anche sul mio stato mentale (potrei soffrirne o essere preoccupato per questa sua cattiva abitudine). Ancora, esistono condotte che impattano in prima battuta gli altri e solo indirettamente l'agente stesso: casi del genere sono identificabili in un tentato omicidio, in una rapina, in un atto persecutorio (ecc...). Il problema allora è che le due macrocategorie in cui si vorrebbero catalogare tutte le azioni ipotizzabili non sono esclusive; non sono cioè in grado di racchiudere e distinguere correttamente tutte le condotte. Alcune sono *self-regarding*, e solo indirettamente *other-regarding* e viceversa, altre ancora non posseggono né l'una né l'altra etichetta.

È d'uopo allora domandarsi se lo Stato possa intervenire in tutti i casi in cui le condotte siano ibride, ovvero in parte *self-regarding*, e in parte anche *other-regarding*. Si riproponga, dunque, il passaggio di *On liberty* in cui viene tracciata una linea di distinzione:

Con queste svariate modalità si può punire molto severamente un individuo per colpe che direttamente riguardano soltanto lui; egli però subisce gli effetti di queste

punizioni solo nella misura in cui sono le conseguenze naturali, e per così dire spontanee, delle sue colpe, non perché gli vengano inflitte espressamente per punirlo. Una persona sconsiderata, ostinata, presuntuosa; che non può vivere senza grandi ricchezze; che è incapace di autocontrollo; che persegue piaceri da animale ai danni di quelli morali e intellettuali; deve aspettarsi di perdere la stima altrui e di essere considerata con sentimenti meno favorevoli; ma non ha diritto di lamentarsene, a meno che non abbia dei meriti sociali e quindi abbia diritto a una speciale considerazione, non intaccata dai suoi demeriti verso se stesso. La mia tesi è che le sole sanzioni cui un individuo può essere legittimamente sottoposto per quella parte della sua condotta e del suo carattere che lo riguarda esclusivamente e non tocca gli interessi di chi abbia rapporti con lui, sono quelle strettamente inscindibili dal giudizio sfavorevole altrui. Gli atti che danneggino altre persone vanno trattati in modo completamente diverso⁷².

Mill non sembra affermare che tutte le azioni riferibili all'individuo che le porta in essere, anche quelle che in minima parte o indirettamente impattano la sfera altrui, possano legittimare un intervento statale. Tratta invece solo di una sfera di libertà protetta nel caso in cui i comportamenti riguardino direttamente soltanto l'agente. Indi, occorre procedere in questo modo: attribuire autorità allo Stato ogniqualvolta la condotta danneggi direttamente gli altri; negarla invece quando essa impatti in prima battuta la sfera personale di colui che ha agito (e che –solo indirettamente– produrrà conseguenze nella sfera altrui). Così facendo si potrebbe sempre attribuire un'etichetta e classificare ogni azione. Ma questa non sembra essere la soluzione suggerita da Mill; si evidenzia ancora una volta il dato testuale:

Ma vi è una sfera d'azione in cui la società, in quanto distinta dall'individuo, ha, tutt'al più, soltanto un interesse indiretto: essa comprende tutta quella parte della

⁷² J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., pp. 89-90.

vita e del comportamento di un uomo che riguarda soltanto lui, o se riguarda anche altri, solo con il loro libero consenso e partecipazione, volontariamente espressi e non ottenuti con l'inganno. Quando dico « soltanto » lui, intendo « direttamente e in primo luogo », poi ch  tutto ci  che riguarda un individuo pu  attraverso di lui riguardare altri⁷³.

Si pu  affermare che le due categorie che tradizionalmente vengono ricavate dal testo non sembrano poggiare sullo stesso piano di importanza; trattasi cio  di due gruppi che non possono essere parificati tra di loro. Ci  che Mill suggerisce   che se l'azione   *self-regarding* ha dirette conseguenze sul suo agente, mentre, se riguarda gli altri, ha poca importanza capire se gli effetti prodotti si riverseranno anche nella sfera di colui che ha portato in essere la condotta.

La categoria dei comportamenti *other-regarding* non pare aiutare realmente nell'operazione complessiva di espandere il pi  possibile l'ambito di libert  in cui l'individuo pu  esprimersi. Invece Mill sembra creare questo spazio ricomprendendo al suo interno sia le condotte che riguardano direttamente l'agente (quelle, cio , *self-regarding*), sia quelle che seppur impattino in modo diretto la sfera altrui (*other-regarding*), sono tuttavia eseguite con il consenso di tutti i soggetti coinvolti.

La distinzione che preme fare allora   la seguente. Lo Stato non pu  intervenire in tutti i casi in cui la condotta riguardi in primo luogo il soggetto coinvolto, perch  le conseguenze riguardano soltanto lui. Allo stesso modo l'autorit  non pu  intervenire se l'azione produce effetti sulla sfera altrui e vi   stato, sul punto, l'assenso di tutti i soggetti implicati. Sono dunque protette e tutelate tutte le occasioni in cui la condotta   *self-regarding*, ma anche quelle in cui i comportamenti, lungi dal poter essere considerati *self-*

⁷³ Ivi, p. 15.

regarding, hanno ricevuto il consenso dei soggetti coinvolti. Il *focus* dell'operatore del diritto non può dunque incentrarsi esclusivamente sulla distinzione più classica. Invece, vi è necessità di analizzare ogni volta se vi è la volontà di coloro che sono implicati nella dinamica presa in considerazione. Ad esempio, se Tizio produce un danno a Caio, e Tizio ha avuto il consenso di Caio, si può banalmente affermare che Caio ha operato insieme ad Tizio; Caio ha contribuito al verificarsi del danno; o ancora Caio ha agito attraverso Tizio.

Certo, è poi essenziale, come scrive Mill, che il consenso espresso sia libero e sia volontariamente espresso, cioè non coartato. È valida, secondo questo criterio, solo quella dimostrazione di volontà che proviene da un soggetto dotato di capacità d'agire (maggiorenne, secondo i canoni imposti dagli ordinamenti giuridici), capace di intendere e di volere, non ottenuta con la forza, né con il raggio.

Allora per comprendere se l'intervento statale è legittimo occorre anzitutto porsi il seguente quesito: la condotta presa in esame ha effetti diretti nella sfera dell'agente, è cioè *self-regarding*? E successivamente: c'è stato un consenso valido da parte di tutti i soggetti coinvolti? Per rispondere alla prima domanda dovremo capire a chi si riferisce il danno in esame. Dovremo invece rispondere alla seconda, solo ed esclusivamente se la prima ha avuto esito negativo: se anche la seconda risposta sarà negativa, sarà concesso e autorizzato lo spazio di potere del legislatore.

Ma sempre a proposito del consenso è d'uopo analizzare ancora altri due estratti del saggio di Mill. Ci sono infatti casi estremi in cui egli autorizza l'intrusione dell'autorità anche se le condotte sono prettamente e meramente *self-regarding*. Il primo caso descrive una persona che, del tutto ignara, sta attraversando un ponte pericolante, così mettendo a rischio la sua vita:

Ancora, è giusto compito dell'autorità pubblica prevenire gli incidenti: se un pubblico ufficiale, o chiunque altro, vede una persona che sta per attraversare un ponte che è stato dichiarato pericolante e non ha il tempo di avvertirla del pericolo, la può afferrare e bloccare, senza per ciò violarne realmente la libertà: poiché essa consiste nel fare ciò che si vuole, e la persona in questione non vuole cadere nel fiume⁷⁴.

Il secondo sottolinea la reazione che dovrebbe avere l'ordinamento di fronte alla volontaria riduzione in schiavitù della propria persona:

Ma vendendosi come schiavo, abdica alla sua libertà: rinuncia a ogni suo uso posteriore all'atto di vendersi. Quindi contraddice, con la sua stessa azione, proprio lo scopo che giustifica il permesso che ha di disporre di se stesso. Non è più libero, e appunto per questo si trova in una posizione che vanifica la presunzione che egli vi possa restare volontariamente. Il principio della libertà non può ammettere che si sia liberi di non essere liberi: non è libertà potersi privare della libertà⁷⁵.

Il primo esempio mette in evidenza un'eventualità in cui il danno è riferibile allo stesso agente della condotta. Da parte sua manca però qualsiasi volontà o accettazione delle conseguenze che si verificheranno. Il secondo descrive la condizione della schiavitù. Viene esclusa la legittimità di tale contratto, poiché lo schiavo (agente della condotta) si priva della libertà a lui innata, sempre e inequivocabilmente in modo inconscio: rinuncia a ciò che per natura dovrebbe proteggere, tutelare, salvaguardare, come tale, un negozio giuridico di tale calibro non avrà alcuna efficacia.

Entrambi sono casi in cui anche se il danno è riferibile solo all'agente stesso, l'intervento statale pare giustificato. Questo ci porta a concludere che

⁷⁴ Ivi, p. 111.

⁷⁵ Ivi, p. 118.

è più che mai essenziale indagare e valutare sempre il consenso, anche nel caso di condotte esclusivamente *self-regarding*.

Certo, per evitare interventi paternalistici e abusi da parte dell'autorità dovremmo delineare quale tipo di consenso sia sufficiente per potersi dire legittima una condotta. Se richiedessimo un alto livello di conoscenza per sventare l'intrusione statale, ogni comportamento diverrebbe inevitabilmente illegittimo, autorizzando ogni manifestazione di potere dispotico. Allora ciò che occorre fare è impostare un livello di conoscenza parametrato e adeguato alla tipologia di danno preso in considerazione. Più lieve sarà il suo impatto, meno gravoso il consenso; più ingente il danno, più ampia la conoscenza e l'informazione richiesta.

Concludendo, l'operazione per discernere correttamente l'intervento statale legittimo da quello illegittimo non è capire se la condotta è *self-regarding* o *other-regarding*, bensì comprendere a chi è riferibile il danno, e solo successivamente valutare il suo grado di accettazione delle conseguenze. Distinguere tra condotte *self* o *other-regarding* è dunque solo il primo passo di questo procedimento logico: *step* imprescindibile ed essenziale al fine di individuare il soggetto la cui accettazione e autorizzazione del danno sono da parametrarsi. Lo Stato allora non potrà mai intervenire ogniqualvolta, nelle condotte autolesionistiche, vi è stato un danno di tipo consensuale⁷⁶. Se vi è una volontà ritenuta valida il comportamento *contra legem* non è più tale, non vi è illecito, e, conseguentemente, il soggetto a cui il danno è riferibile non è leso giuridicamente.

⁷⁶ Sull'importanza del consenso nel principio del danno v. B. SAUNDERS, *Reformulating Mill's harm principle*, in «*Mind*», 125, 500, 2016, pp. 1005-1032.

3.6. Dal principio del danno al principio di sovranità

È bene affrontare, *ad summam*, per concludere la disamina delle teorie del danno, anche il cd. principio di sovranità, ideato da Arthur Ripstein⁷⁷. Questa tesi ha sempre a cuore l'obiettivo di ampliare la libertà, nonché l'autonomia degli individui, e al contempo limitare l'intervento dispotico e paternalistico del legislatore. Tuttavia, essa ha il pregio di riuscire a spiegare e comprendere la legittimità di talune tipologie di reato che né l'*harm principle* come interpretato tradizionalmente, né la tesi di Feinberg con l'integrazione del suo *offense principle*, riuscirebbero a giustificare.

Partiamo da un esempio tanto semplice quanto esaustivo della fattispecie in esame: Tizio decide di entrare in casa dell'estraneo Caio e dormire sul suo letto qualche ora durante il pomeriggio, mentre Caio è a lavoro. Dopodiché senza rubare nulla, né distruggere alcunché, Tizio rimette a posto le lenzuola, lasciandole esattamente come le ha trovate, esce di casa e chiude la porta dietro di sé.

È chiaro che una persona ragionevole, con una sensibilità qualunque, riterrebbe scorretto il comportamento di Tizio. Tizio ha leso Caio e merita di essere perseguito per legge. Possiamo constatare che non sembrano esserci tratti dispotici e paternalistici nel divieto di introdursi senza consenso nell'abitazione altrui. Se però provassimo a ricondurre la fattispecie al principio del danno (o dell'offesa) falliremmo nel tentativo. Tizio, infatti, nonostante abbia sfruttato un oggetto appartenente a Caio senza la sua volontà, non ha creato alcun danno nella sfera giuridica di Caio. Caio avrà sempre la stessa possibilità di usufruire della sua casa e del suo letto, come

⁷⁷ Per la ricostruzione del principio di sovranità v. A. RIPSTEIN, *Beyond the harm principle*, in «*Philosophy & Public Affairs*», 34, 3, 2006, pp. 215-245.

l'aveva prima che Tizio portasse in essere la condotta e accedesse alla sua dimora.

Di primo acchito, è naturale motivare argomentando che entrare in una casa altrui, senza consenso del proprietario, è in sé un'azione intrinsecamente sbagliata e illecita per il disvalore che comporta. Ciò però non ci soddisfa appieno per giustificare un divieto di legge. Se bastasse così poco per attribuire legittimità ad una norma potremmo vietare anche le mere intenzioni. Se Tizio quel giorno prima di entrare in casa di Caio avesse un imprevisto e cambiasse idea, secondo questo ragionamento, dovrebbe essere ugualmente punito per una condotta che non ha portato in essere e che non ha nemmeno provocato danno. L'*harm principle* verrebbe svuotato di senso. Non può attribuirsi una sanzione a Tizio solo per le sue cattive intenzioni: il reato non concerne i sentimenti o i desideri illeciti del reo, ma solo il fatto materiale che la condotta ha prodotto un torto nella sfera altrui. Certamente non possiamo nemmeno giustificare una punizione per il mero fatto che Caio, sapendo che Tizio è entrato furtivamente in casa sua, si è rattristato o si è spaventato. Evitare che i sentimenti negativi della maggioranza delle persone legittimassero l'intervento statale era senz'altro l'obiettivo principale di Mill.

Percorrendo una via alternativa, potremmo giustificare una sanzione sulla base della mancanza di consenso. Come analizzato⁷⁸, dovremmo procedere seguendo due passaggi logici. *In primis* capire a chi si riferisce il danno, e solo poi analizzare se il consenso di colui che lo ha subito è sufficiente per evitare che possa configurarsi un illecito. Il problema è che in questo caso la condotta posta in essere non è dannosa: Tizio dovrebbe essere punito solo se la condotta, in mancanza di consenso, integra una fattispecie penale. Dormire

⁷⁸ V. cap. 3 par. 5.

nel letto altrui non è un comportamento *contra legem*. Se, ad esempio, Tizio guarda i fiori del giardino di Caio senza il suo consenso, non può certo dirsi legittimo che Tizio venga punito.

Si potrebbe allora ricondurre la condotta di dormire nel letto altrui nell'alveo dei reati di pericolo. Entrare in casa di qualcuno e schiacciare un pisolino potrebbe essere vietato per evitare che si compia un danno all'interno dell'altrui dimora. Anche se la condotta non è di per sé lesiva, potrebbe potenzialmente esserlo. Ad esempio, anche se la guida spericolata in una strada deserta non ha comportato materialmente danno, possiamo imporre di adottare in futuro un limite di velocità per sventare qualunque pericolo. Sarebbe accettabile per prevenire il danno-morte e mantenere a un livello basso l'eventualità che esso si produca.

Ma il reato di pericolo deve essere parametrato dal rischio, che è il risultato di due fattori: dalla probabilità che il danno si verifichi e dall'entità del danno da sventare⁷⁹. Guidare veloce mette in pericolo la vita umana, dormire in casa altrui, invece, non può generare danni così gravi da legittimare una legge che restringe la libertà. Imporre a tutti di guidare piano diminuisce nei fatti la probabilità che si crei danno. Al contrario, ciò non accadrebbe se impedissimo a tutti di riposare nel letto di altri. Le probabilità di danno rimarrebbero le medesime, con o senza divieto.

Tizio potrebbe allora essere punito solo perché con la sua condotta mette in seria discussione la validità del concetto di proprietà. La sua istituzione come diritto reale potrebbe essere indebolita da tutte le intrusioni esterne operate da chi vuole schiacciare un pisolino. In questo modo però la norma sarebbe introdotta solo per saldare un costume o una tradizione che costituisce un baluardo sociale. Per garantire la stabilità della proprietà, dato

⁷⁹ V. cap. 3 par. 4.

che si tratta di un costrutto utile nonché essenziale alla collettività, allora il legislatore può proibire di dormire in casa altrui. Contrariamente, anche se fossimo certi che tante dormite non creino affatto danni alla proprietà, le persone inizierebbero comunque a mettere in discussione questo diritto reale assoluto. Per evitare che un'istituzione di tale portata venga indebolita piano piano con una condotta di per sé non dannosa, per garantirne il rispetto e la stabilità, si potrebbe presupporre il divieto di riposare nei letti altrui. Difatti, anche se il pisolino non genera un torto, proibirlo mette al sicuro la proprietà, evitando *ab origine* che si generi un danno di maggiore portata per tutti. Ma questo *modus operandi* trascinerebbe inevitabilmente nel legalismo morale di Devlin⁸⁰. È dunque necessario scartare anche questa impostazione, in quanto in netto contrasto con un ordinamento giuridico liberale.

Preso atto che non c'è modo di incasellare questa particolare fattispecie all'interno del principio del danno, analizziamo cos'è invece il principio di sovranità e come esso riesca a legittimare l'intervento del legislatore senza compromettere lo spazio di libertà dei privati cittadini.

Secondo questa tesi, l'unica restrizione legittima sulla condotta altrui è quella che assicura la indipendenza reciproca di soggetti liberi l'uno dall'altro:

The sovereignty principle rests on a simple but powerful idea: the only legitimate restrictions on conduct are those that secure the mutual independence of free persons from each other⁸¹.

Il concetto di indipendenza prende il significato di libertà e autonomia della persona di decidere come utilizzare i propri poteri e la propria capacità

⁸⁰ Cfr. cap. 2 par. 2.

⁸¹ A. RIPSTEIN, cit., p. 229.

per raggiungere degli obiettivi personali: un individuo è indipendente quando nessuno può sostituirsi a lui nella scelta dei suoi fini e nello sfruttamento dei suoi mezzi. Si è autonomi quando si intraprende una strada di successo, quando si sbaglia, quando si segue le proprie idee; senza necessità che un terzo abbia prima imposto un comportamento da seguire. In questo modo, se la mia libertà viene intesa come indipendenza dalle altre persone, allora essa non è mai in grado di confliggere con quella altrui. L'indipendenza deve essere un tratto distintivo dello *status* di ogni persona fisica: nessuno può essere utilizzato come uno strumento per realizzare gli obiettivi di qualcun altro, né può essere privato dei suoi mezzi e poteri, essenziali al raggiungimento dei suoi fini. Se tutti siamo per legge limitati in questo, tramite le sanzioni penali, siamo in grado di essere indipendenti l'uno dall'altro; siamo cioè liberi.

I mezzi e i poteri, secondo Ripstein, di cui siamo dotati per raggiungere i nostri obiettivi sono di due tipologie: ci sono quelli intrinseci alla persona, che possono essere affinati e sviluppati (intelligenza, conoscenza, salute ecc.); ci sono poi quelli esterni, che necessitano di essere acquistati e guadagnati, proprio come la proprietà. Sono entrambi poteri imprescindibili per realizzare la nostra autonomia e perciò nessuno può essere legittimato ad impossessarsene senza permesso.

L'illecito in questo senso prende la forma di una dominazione di qualcuno su di me, sui miei poteri e sui miei obiettivi. Se vengo leso sono soggetto alla scelta di un'altra persona, che sta usando i miei mezzi per obiettivi diversi da quelli che io mi ero inizialmente posto. Secondo questo ragionamento il "danno", in senso lato, si verifica ogniqualvolta qualcuno utilizzi uno dei miei poteri senza il mio consenso per realizzare i suoi scopi. Egli può anzitutto usurpare i mezzi che ho collezionato e raccolto, strappandomeli con la forza o raggirandomi con frode. O ancora provocarmi

“danno” quando o mi ferisce gravemente o mi uccide, mettendo fino a tutti i poteri intrinseci che avevo a disposizione per realizzare i miei desideri. Così facendo, egli non ha sfruttato direttamente i miei poteri, ma ha ridotto la mia persona a un mezzo di cui disporre per realizzare i suoi fini.

In tutti questi casi c'è un illecito, una manifestazione di dispotismo, poiché sono stato privato della possibilità di scegliere in modo indipendente. Per evitare che si configuri questo danno, io dovrei sempre avere la possibilità di veto nel momento in cui un terzo si appropri dei miei poteri. La condotta, altrimenti, è sempre *contra legem* e lo Stato può perfettamente, in modo liberale, intervenire attraverso le norme penali.

Se, ad esempio, un terzo tocca una persona inopportunamente senza il suo consenso, l'ha ridotta a un mezzo di cui disporre. Ha leso, cioè, proprio la sua indipendenza. Sarà punito anche se la vittima era addormentata o anestetizzata, anche se il danno materiale non si è creato. È proprio in questo senso che notiamo similitudini e differenze tra il principio del danno e il principio di sovranità. I danni autoinflitti non verranno puniti non perché il danno riguarda direttamente la mia sfera, né perché vi è stato il consenso del soggetto agente, ma perché con il mio comportamento non ledo affatto l'indipendenza altrui, privando un soggetto dei suoi poteri o sfruttando la sua persona per soddisfare un mio desiderio. L'esempio è valido anche nel caso di partecipazione a un concorso pubblico: ho il diritto di impiegare tutti i mezzi di cui dispongo per vincerlo, senza con ciò impossessarmi dei mezzi altrui o sfruttare l'autonomia di qualcun altro. I poteri dei partecipanti al concorso non verranno intaccati, né diminuiti a seguito della mia scelta di prendervi parte.

Dormire nel letto altrui è un esempio in cui Tizio sta usurpando il potere di Caio. L'agente sta interferendo con l'indipendenza stessa della vittima, disponendo in modo abusivo di un suo mezzo senza aver ottenuto

previamente il suo consenso. Il danno può essere configurato solo in questo senso, talché la condotta di Tizio è dunque illecita. Caio è proprietario di un oggetto facente parte dei mezzi esterni che egli si è procurato al fine di realizzare i suoi scopi personali. Se Tizio dorme nel letto di Caio senza il suo consenso, non sfrutta la persona di Caio, ma usurpa la sua indipendenza, privandolo della possibilità di utilizzare liberamente e come meglio crede i beni di sua proprietà.

4. Quale paternalismo per il principio del danno?

4.1. Il paternalismo in chiave storica e contemporanea

Secondo i punti di riferimento delineati nel precedente capitolo, per meglio identificare quale sia il campo di intervento legislativo in prospettiva liberale si dovrebbe così procedere: a) capire se nella situazione prospettata si è verificato un danno (verrà seguita e adottata la tesi tradizionale secondo cui il danno è una lesione di un diritto soggettivo), b) individuare chi ne sia la vittima (se l'agente della condotta stesso o un soggetto terzo, quindi distinguere tra comportamento *self-regarding* o *other-regarding*). Arrivati a questo punto, vi è necessità di soffermarsi sul consenso. Indi, b1) Se non vi è stato il consenso della vittima terza, o b2) se non vi è stata volontarietà nel portare in essere la condotta autoinflittasi. La legge sarà legittimata a occuparsi solo dei seguenti casi: b1) se non vi è simmetria tra agente e vittima, essa porrà una sanzione adeguata a carico del reo; b2) se il danno autoinflitto è involontario, l'autorità avrà la responsabilità di agire ponendo limiti e restrizioni più o meno marcate, affinché detta situazione contingente non venga replicata e ogni ulteriore danno involontario venga sventato. Se tutto ciò è vero, vi è la possibilità di chiarire ulteriormente argomentando anche *a contrario*: esiste un ambito di libertà e autonomia dal potere statale ogniqualvolta: a) non vi sia alcun danno o b) se anche esiste un danno: b1) esso è stato accettato dalla vittima terza nei casi di condotte *other-regarding*, b2) è stato voluto dall'attore della condotta.

Questo capitolo considererà solo il punto b2); orientandosi con tutto ciò che è stato argomentato poc'anzi. Verrà dunque tracciato il confine liberale

di intervento statale per il caso di comportamenti dannosi *self-regarding*. È solo ed esclusivamente prendendo in considerazione quest'ultimo ambito, infatti, che possiamo attribuire le etichette relative all'approccio paternalistico o antipaternalistico di un sistema giuridico.

Si è più volte incappati durante l'intera trattazione in questi due termini chiave; essi ruotano intorno all'idea se sia compito o meno dello Stato creare le leggi con l'intenzione e lo spirito che le stesse possano dettare la virtù ai suoi destinatari. Come già sottolineato, il paternalismo richiama l'allegoria di uno Stato appunto paterno e saggio, che ha l'alta responsabilità di guidare i figli ancora immaturi e acerbi, cioè i suoi cittadini, verso la retta via.

Ad oggi, in Occidente, una visione di questo tipo non è certamente popolare. La maggior parte della popolazione ha chiaro che per rendere gli uomini virtuosi non è sufficiente un precetto che imponga la tenuta di un comportamento moralmente legittimo. Fare la cosa "giusta" per conformarsi a un obbligo dettato dal legislatore, sorretto dalla minaccia di una sanzione, non contribuisce affatto a rendere l'essere umano una persona moralmente migliore. Colui che agisce per il bene, lo fa perché convinto che l'azione coincida con uno standard che lui stesso si è prefissato, non certo perché spinto dalla paura di incorrere in una sanzione giuridica. Ciò che conta realmente, dunque, non è tanto l'azione in sé e per sé, quanto invece le ragioni per l'azione stessa. La questione è sempre da rilevare nella coscienza del soggetto: la virtù non è mai tale se spinta da fattori esterni. Ancora, al di là di quest'ultimo punto, se volessimo adottare oggi un'impostazione paternalista dovremmo porci alcune domande fondamentali: come stabilire cosa coincide con il bene? Quali sono i precetti morali indiscutibili e imprescindibili? Come individuarli? Chi dovrebbe farlo? Il mondo contemporaneo globalizzato è contraddistinto dal pluralismo. Ci sono tanti

valori in gioco e non sarebbe affatto facile né individuarne ogni sfumatura, né stabilirne una gerarchia.

Non è sempre stato così⁸². Il paternalismo affonda le radici già nell'Antichità. Aristotele, per fare un esempio, scriveva nella *Politica* che la *polis*, per essere tale e non mera aggregazione di uomini ritrovatisi casualmente nello stesso tempo e nello stesso luogo, necessitava di avere cura della virtù dei suoi cittadini:

Viceversa quanti si preoccupano di un buon ordine politico sono molto attenti alla virtù e al vizio della cittadinanza, donde è anche evidente che la città, quella almeno che voglia chiamarsi veramente tale e non lo sia solo a parole, deve prendersi cura della virtù. Altrimenti la comunità diventa un'alleanza, diversa soltanto per il luogo dalle altre alleanze tra alleati distanti tra loro e la legge diventa una convenzione e (...) un garante di ciò che è giusto per gli uni verso gli altri, ma incapace di rendere buoni e giusti i cittadini⁸³.

La politica non doveva prestare solo attenzioni alla giustizia o alla corretta esecuzione degli scambi, ma soprattutto al fatto che i membri della città conducessero una vita retta, guidati da azioni mosse da pura bontà:

È quindi evidente che la città non è una comunità di luogo e nemmeno una comunità finalizzata a impedire l'ingiustizia reciproca e a favorire la mutua cessione di prestazioni. È bensì necessario che vi siano tutte queste condizioni, se ha da esservi una città; ma se anche vi sono tutte quante, non vi è ancora una città, che è invece la comunità del vivere bene per le famiglie e per le stirpi in vista di una vita compiuta e autosufficiente (...). Orbene, fine della città è il "vivere bene" e tutte queste cose sono in vista del fine. La città è la comunione di stirpi e di villaggi a

⁸² Per la breve disamina del pensiero di Aristotele e Tommaso D'Aquino v. R.P. GEORGE, cit., pp. 21-35.

⁸³ ARISTOTELE, Pol. III. 5. 1280b, in P. ACCATTINO, M. CURNIS (a cura di), *Aristotele. La politica*, «L'Erma» di Bretschneider, Roma, 2013, p. 93.

una vita compiuta e autosufficiente e questo coincide – come diciamo noi – con il vivere in modo felice e in modo “bello”. Si dovrà quindi porre che la comunità politica esista in vista delle “azioni belle” e non in funzione del convivere⁸⁴.

Vi era necessità, dunque, di rendere l’agire umano conforme alla morale. E Aristotele in questo senso spiegava che la mera argomentazione non fosse sufficiente per persuadere l’essere umano a comportarsi correttamente; ciò sarebbe potuto accadere solo qualora l’uomo fosse per natura già virtuoso. Così non è invece per la maggioranza di questi: i più sono infatti mossi non dal loro intelletto, bensì dalle loro passioni e dai loro istinti. L’imposizione esterna era dunque fondamentale per aiutare i meno avveduti ad apprezzare la retta via; solo in questo modo era loro concesso, seppur in minima parte, di coglierla e appropriarsene.

Circa 1500 anni più tardi, anche Tommaso D’Aquino giungeva a una simile conclusione. Nella *Somma teologica* si può leggere che è giusto ritenere che il compito del legislatore sia quello di stabilire cosa sia la retta via. Egli, inoltre, vi aggiunge una riflessione: la legge non deve proibire tutto ciò che devia da questa strada. Indi, egli dà conto della necessità che il potere modelli la disciplina penale alle forme della società a cui si applica. La proibizione deve adattarsi alle usanze e ai costumi di quello specifico tempo e luogo:

Quindi le leggi devono essere imposte agli uomini secondo la loro condizione: poiché, secondo S. Isidoro [Etym. 2, 10; 5, 21], la legge dev’essere «possibile, sia secondo la natura, sia secondo le consuetudini del paese». Ora, la capacità di agire deriva dall’abito o dalla disposizione interiore: poiché la stessa cosa non è ugualmente possibile all’uomo virtuoso e a chi è privo di virtù; come non è

⁸⁴ Ivi, 1280b, 1281a, p. 95.

ugualmente possibile al bambino e all'uomo maturo. E per questo motivo non si fissa una medesima legge per i bambini e per gli adulti: infatti ai bambini si permettono delle cose che sono punite o riprovate dalla legge negli adulti. E allo stesso modo si devono permettere agli uomini imperfetti nella virtù molte cose che sarebbero intollerabili negli uomini virtuosi⁸⁵.

La legge dovrebbe dunque essere indulgente, nonché accettare, alcuni vizi insiti nella natura umana. Tommaso spiega, infatti, che il mero divieto spesso e volentieri non conduce a null'altro se non all'esacerbazione dei comportamenti scorretti; obbligare le persone a evitare il male potrebbe loro impedire di conoscere spontaneamente cosa è il bene. Per evitare la ribellione verso ciò che costituisce la retta via è più opportuno, allora, invece di eradicarlo nettamente con una legge proibitiva, tollerare il vizio:

Altrimenti questa gente imperfetta, nell'incapacità di sopportare una legge simile, cadrebbe in mali peggiori: si legge infatti nei Proverbi [30, 33]: «Chi preme troppo il naso ne fa uscire il sangue»; e nel Vangelo [Mt 9, 17] si legge che se «il vino nuovo», cioè i precetti della vita perfetta, «viene messo in otri vecchi», ossia in uomini imperfetti, «gli otri si rompono e il vino si versa»: cioè i precetti vengono disprezzati e gli uomini di conseguenza cadono in mali peggiori⁸⁶.

Come risaputo, tutto ciò che è stato finora descritto verrà eradicato e spazzato via con la rivoluzione intellettuale imposta dai dogmi dell'Illuminismo; corrente ideologica che può essere definita, con le parole di Kant, come:

⁸⁵ T. D'AQUINO, *Somma teologica*, I-II, q. 96, a. 2, in P. TITO, S. CENTI, P. ANGELO, Z. BELLONI (a cura di), 2009.

⁸⁶ Ivi, a. 2.

*l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stesso è questa minorità, se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di far uso del proprio intelletto senza essere guidati da un altro. Sapere aude! Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! È questo il motto dell'illuminismo*⁸⁷.

Vengono così cancellate di netto tutte le riflessioni precedenti, favorevoli alla creazione di uno stato paternalista. L'uomo è invitato, per la prima volta, a uscire dal suo stato passivo, nonché a svegliarsi dal suo torpore mentale, al fine di riacquistare la libertà da tempo ormai perduta.

La definizione stessa di Illuminismo fornita da Kant sembra combaciare perfettamente con la valorizzazione del libero arbitrio e dell'autonomia descritta anche da Mill. Condizione, quest'ultima, conoscibile solo attraverso il rifiuto di qualsivoglia potere che condizioni o influenzi l'autodeterminazione. È chiaro quindi che, se volessimo applicare il principio del danno di Mill, quest'ultimo potrebbe vedere la luce solo ed esclusivamente in uno Stato dall'impostazione antipaternalista.

Ma, dopo aver dato uno sguardo al passato, è d'uopo concentrarsi invece sulla definizione contemporanea di paternalismo di Gerald Dworkin:

Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm⁸⁸.

⁸⁷ I. KANT, *Risposta alla domanda: cos'è l'illuminismo?*, in G. SASSO (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Emanuele Kant*, Il Mulino, Bologna, 2024.

⁸⁸ G. DWORKIN, *Paternalism*, 2020, in «*Stanford encyclopedia of philosophy*», disponibile su www.plato.stanford.edu/entries/paternalism/.

Non solo lo Stato, ma un qualunque attore: ogni persona che detta su di noi una influenza, credendo di agire per il nostro bene, contro la nostra volontà, sta adottando un atteggiamento paternalista. Possiamo dunque assistervi, esserne vittima o noi stessi portarlo in essere, anche al di là della dinamica prettamente giuridica. Trattasi di un comportamento tipicamente umano: quante volte ci capita di influenzare l'agire altrui senza prima averne ottenuto il consenso, perché, in fine dei conti, giustificati dal fatto di "agire per il loro bene"? I casi sono ovviamente innumerevoli; dopotutto, si tratta di tutte quelle situazioni in cui "il fine giustifica i mezzi". Ad esempio, un medico potrebbe mentire al suo paziente a proposito della sua condizione di salute, per evitargli uno stato mentale spiacevole. Ancora, una moglie può nascondere i farmaci calmanti che le servono per dormire per proteggere il marito che soffre di una grave depressione, al fine di evitare che egli ne faccia un uso scorretto.

Le caratteristiche di un comportamento paternalista sono dunque tre: 1) deve esercitarsi una certa influenza, più o meno marcata, sull'agire altrui, 2) l'individuo che ne è vittima non ha prestato il suo consenso, 3) l'attore è convinto di agire per il bene dell'altro. Se Tizio agisce in modo paternalistico nei confronti di Caio con azioni o omissioni, lo schema è il seguente: 1) Tizio sta interferendo con la libertà e l'autonomia di Caio, 2) Tizio sta agendo senza aver previamente ottenuto il consenso di Caio, 3) Tizio agisce solo e unicamente spinto dalla convinzione che la condotta o l'omissione in oggetto soddisferà al meglio la condizione, il benessere, o gli interessi di Caio.

4.2. L'antipaternalismo giuridico moderato

Delineate le premesse esplicitate poc'anzi, verrebbe spontaneo pensare che la realizzazione del sistema di libertà ideato da Mill venga sorretto da un impianto tendente, tutto sommato, all'antipaternalismo. Si è visto che il compito dello Stato è quello di limitarsi a ripristinare equità e giustizia solo allorquando e laddove si sia verificato un danno, non invece stabilire quali siano le condotte virtuose o imporre la retta via ai soggetti meno avveduti e illuminati. In un ordinamento liberale, ognuno dovrebbe poter esprimere la propria individualità; anche se ciò comporta l'inevitabile e insopprimibile possibilità di sbagliare. È solo così, mettendo a prova il proprio innato spirito di libertà, che gli esseri umani possono progredire, evolversi, cambiare e sviluppare. Diversamente, se il diritto all'autodeterminazione venisse messo a tacere, si contribuirebbe a esacerbare una condizione degradante di asfissiante conformismo. Lo stato di Mill, dunque, parrebbe rifiutare appieno l'atteggiamento paternalista; al fine di lasciare libertà ai cittadini di perseguire, nei modi e nei tempi in cui essi lo desiderano, i loro obiettivi. Diviene così illegittima, a monte, qualsiasi legge la cui *ratio* sia quella di descrivere e imporre cosa sia virtuoso o degno di approvazione per la maggioranza.

Se tutto ciò è vero, questa visione non è però completa. È stato già analizzato⁸⁹: in *On liberty* vengono descritti due casi eccezionali in cui la condotta, seppur autolesionista, legittima l'intervento statale⁹⁰. Il primo è il

⁸⁹ V. *supra* cap. 3 par. 5.

⁹⁰ R. COHEN-ALMAGOR, *Between Autonomy and State Regulation: J.S. Mill's Elastic Paternalism*, in «*Philosophy*», 87, 342, 2012, pp. 557-582; L. CORNEJO AMORETTI, *John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo*, in «*Derecho & Sociedad*», 48, 2016, pp. 13-32.

seguinte: un soggetto sta attraversando, ignaro, un ponte traballante pericoloso e non vi è il tempo materiale per avvertirlo del pericolo. Così, spiega Mill, è concesso a tutti coloro che lo vedono e si trovano nei paraggi di afferrarlo, bloccarlo e portarlo in salvo. Il secondo è il caso della riduzione in schiavitù della propria persona, la fattispecie è priva di efficacia; la libertà innata dell'uomo non concede: «che si sia liberi di non essere liberi: non è libertà potersi privare della libertà»⁹¹.

È chiaro allora che quello di Mill, contemplando eccezioni alla regola della non immistione dello Stato nelle fattispecie autolesionistiche, non si tratti di un antipaternalismo di tipo assoluto⁹². Diversamente, infatti, ogniquale volta la condotta sia *self-regarding* dovremmo poter vietare indiscriminatamente il poter di intrusione dello Stato. Sono invece concesse, seppur in modo limitato, interferenze. Trattasi allora, con il vocabolario di Feinberg, di un paternalismo debole (*weak/soft paternalism*), ovvero di uno Stato che protegge i suoi cittadini “per il loro bene” solo nei casi in cui il comportamento in oggetto non è, o non può essere considerato a livello empirico-probabilistico, a tutti gli effetti volontario. Secondo la visione del paternalismo debole, per le condotte autoinflittesi, l'ordinamento in modo legittimo può o bloccare l'individuo dal danneggiarsi in modo non volontario o limitare solo temporaneamente il soggetto, affinché si possa valutare il grado di coscienza e di consenso in gioco:

This seems to lead us to a form of paternalism that is so weak and innocuous that it could be accepted even by Mill, namely, that the state has the right to prevent self-

⁹¹ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., p. 118.

⁹² G. CLAEYS, *Mill and paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 48

regarding harmful conduct only when it is substantially nonvoluntary or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not⁹³.

Il *weak paternalism* sembra dunque essere la risposta in grado di valorizzare al contempo l'autonomia degli individui consci delle conseguenze protrattesi dalle loro azioni e l'esigenza di tutela di quei soggetti più ingenui e deboli che agiscono senza munirsi previamente di un adeguato e imprescindibile bagaglio di conoscenze. Il principio del danno di Mill viene così mitigato dall'idea del *volenti non fit iniuria*. Se c'è volontà piena, come visto, non esiste nemmeno un danno: lo Stato potrà intervenire solo laddove nelle condotte *self-regarding* si produca danno, ovvero solo in quei casi in cui manchi il consenso. L'*harm principle* diventa così in grado, non solo di proteggerci dalle condotte illecite degli altri a nostro danno, ma anche di proteggerci da quei comportamenti autolesionisti le cui conseguenze dannose non sono state precedentemente da noi né volute, né accettate.

Allora, il paternalismo rigettato da Mill è solo quello di tipo cd. forte. Quello, cioè, che vieterebbe ai soggetti di arrecarsi un male indipendentemente dal loro previo grado di volontarietà, consenso e accettazione del danno. Due sono le linee di argomentazioni che spingono Mill a rifiutare questa impostazione⁹⁴. La prima attiene a un piano empirico di tipo utilitarista e consequenzialista: nessuno, secondo l'autore, è in grado di conoscere ciò che è meglio per sé, se non l'io stesso. Qualora quest'ultimo assunto non venisse preso per buono, qualsiasi sforzo da parte della società per imporre ciò che è giusto risulterebbe vano in termini di efficacia e

⁹³ J. FEINBERG, *Legal paternalism*, in «*Canadian Journal of Philosophy*», 1, 1, 1971, pp. 105-124, p. 113.

⁹⁴ G. DWORKIN, *Paternalism*, cit., pp. 64-84, p. 76; per un approfondimento dell'argomentazione di Dworkin v. anche L. CORNEJO AMORETTI, pp. 13-22.

risultati. Ognuno di noi, infatti, non è altro che il migliore giudice di sé stesso:

Ma nessuno, e nessun gruppo, è autorizzato a dire a un adulto che per il suo bene non può fare della sua vita quel che sceglie di farne. Ciascuno è la persona maggiormente interessata al proprio benessere; l'interesse che chiunque altro può avervi, salvo che in casi di profondi legami personali, è minimo in confronto al suo; l'interesse che la società ha per lui in quanto individuo (cioè eccezion fatta per la sua condotta verso gli altri) è scarsissimo e del tutto indiretto, e inoltre l'uomo o la donna più ordinari hanno mezzi di conoscere i propri sentimenti e la propria condizione incommensurabilmente superiori a quelli di cui può disporre chiunque altro⁹⁵.

La seconda motivazione è invece di stampo deontologico: la libertà ha in sé un valore intrinseco indiscutibile. Non interessa qui analizzare a che tipo di conseguenze conduce una decisione invece che un'altra, tanto invece soffermarsi sull'importanza della scelta in sé e per sé. Si tratta di nuovo di difendersi dalla temuta tirannia della maggioranza: l'autonomia è una componente essenziale e ineludibile dell'individualità umana:

La difficoltà maggiore che si incontra nell'affermazione di questo principio non risiede nella determinazione dei mezzi necessari per raggiungere un fine riconosciuto, ma nell'indifferenza generale nei confronti del fine stesso. Se la gente si rendesse conto che il libero sviluppo dell'individualità è uno degli elementi fondamentali del bene comune; che non solo è connesso a tutto ciò che viene designato da termini come civiltà, istruzione, educazione, cultura, ma è di per sé stesso parte e condizione necessaria di tutte queste cose, non vi sarebbe il pericolo che la libertà venisse sottovalutata, e la definizione dei confini tra essa e il controllo sociale non presenterebbe enormi difficoltà⁹⁶.

⁹⁵ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., pp. 87-88.

⁹⁶ Ivi, pp. 65-66.

Adottando il paternalismo debole, siamo tutelati solo ed esclusivamente da tutte quelle scelte involontarie che abbiamo, nostro malgrado, compiuto incoscientemente. Queste condotte, in cui il consenso alla radice manca, producono un danno da cui lo Stato deve tutelarci. Sebbene vittima e attore coincidano, è come il comportamento pericoloso fosse estraneo a colui che lo subisce, proprio come se fosse eseguito a suo danno illecitamente da soggetti terzi.

Di seguito, si analizzino quali sono gli interventi legittimi di limitazione delle condotte autolesionistiche secondo l'impostazione del paternalismo debole⁹⁷. Il primo gruppo è costituito dagli interventi che potremmo nominare cd. classici (*"classic" soft paternalism*): non vi è possibilità per l'individuo del caso concreto, a causa delle sue caratteristiche intrinseche o della condizione in cui si ritrova, di esprimere un consenso valido. Per l'ordinamento giuridico egli non ha la possibilità di autodeterminarsi. Trattasi di: adulti che sono stati privati con provvedimenti giudiziari della capacità di agire; adulti che sono temporaneamente privi della stessa (incapaci naturali); minori, che non la hanno ancora acquistata.

Abbiamo poi delle restrizioni di tipo procedurale (*procedural paternalism*): lo Stato interviene prima che la condotta venga posta in essere, affinché si possa accertare che il consenso espresso sia valido. È questa la tipologia di intervento che integra l'esempio di Mill dell'uomo ignaro che si reca verso un ponte pericolante. Esistono anche nel nostro ordinamento: la domanda giudiziale per la rettificazione del sesso richiede l'allegazione di una documentazione psico-diagnostica e una medica che attestino la volontà irreversibile di intraprendere il percorso in oggetto, o ancora l'interruzione

⁹⁷ Per l'elenco degli interventi riportati e un loro approfondimento v. B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, *Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of "Soft Paternalism"*, in «*Ethical Theory and Moral Practice*», 17, 3, 2014, pp. 383-397, pp. 383-388.

volontaria di gravidanza richiede che il ginecologo, prima di effettuare l'operazione, rilasci il certificato che comprovi la volontà della donna di ricorrervi.

La terza categoria è costituita da tutti quei divieti posti per evitare in radice dei comportamenti da cui scaturiscono pericoli gravi non previsti o voluti dall'attore della condotta in comprovati termini probabilistici (*endangerment-paternalism*). Si tratta nella maggioranza dei casi di restrizioni generiche: anche se non è calcolato in concreto nel caso di specie, il rischio che l'entità del danno non sia stato considerato dal soggetto coinvolto è molto alto. Potremmo forse considerare di inserire all'interno di quest'ultima categoria la seconda eccezione descritta da Mill inerente all'inefficacia del contratto di schiavitù: in nessun caso in cui una persona si priva della propria libertà, la sua volontà potrà mai essere considerata priva di vizi. Un consenso puro non potrebbe accettare spontaneamente di perdere la propria innata libertà. Allo stesso modo, vi possono rientrare tutti quei casi in cui, nel nostro Paese, è dichiarata la nullità delle clausole vessatorie: anche se non viene provato che nello specifico il consumatore venga danneggiato, lo Stato ritiene la sua tutela imprescindibile. Egli è parte debole e la sua media diligenza non gli concede di comprendere e accettare appieno le conseguenze a cui si obbliga con la sottoscrizione di un contratto già predisposto.

Considerato l'obiettivo di Mill di rispettare appieno la libertà e l'autodeterminazione degli individui, si tratta, senza ombra di dubbio, della categoria di interventi la cui liceità può costantemente essere messa in discussione. Certamente il rischio⁹⁸ che si verifichi un danno dovrà essere alto. Ma non solo. Dovrebbero essere stabiliti criteri trasparenti affinché si

⁹⁸ V. *supra* cap. 3 par. 4: portata del danno e probabilità che la condotta possa provocarlo.

possa genericamente constatare che vi sia un'ampia probabilità che la vittima, nella maggior parte dei casi, non sia in grado di prestare un consenso ritenuto valido⁹⁹.

Per fare un esempio tra tanti, una *ratio* simile in Italia la ha anche il divieto dei contratti prematrimoniali. Comminando la nullità di simili patti, si intendeva proteggere il coniuge più debole che, forse, sotto la pressione dell'altro, avrebbe potuto accettare condizioni per sé svantaggiose. È d'uopo domandarsi se anche oggi, a livello probabilistico, il rischio di un consenso coartato sia ancora così forte. Il matrimonio oggi, quantomeno nella maggior parte dei casi, non è più fondato sull'unione di un coniuge che si occupa esclusivamente del nucleo domestico (quello considerato più debole), e un coniuge la cui carriera lavorativa è finalizzata al sostentamento della famiglia (quello più forte). Trattasi invece di un istituto sempre più tendente a un equilibrio tra i sessi. Se dunque non esiste più, a livello probabilistico, una distinzione netta tra la capacità economica dei due, un simile divieto potrebbe rientrare all'interno del paternalismo forte, fuoriuscendo dal sistema liberale ideato da Mill¹⁰⁰.

La quarta e ultima tipologia di intervento prevede invece l'uso del *nudge* (proprio del *libertarian paternalism*): uno strumento non coercitivo che, lasciando disponibili una pluralità di scelte per i cittadini, tenta di influenzarli e manipolarli verso quella per loro migliore (questa sua breve presentazione dovrà per ora soddisfarci, perché lo strumento e la sua liceità verranno ampiamente approfonditi nel prossimo paragrafo).

⁹⁹ V. *infra* cap. 5 questa tipologia di interventi, ad esempio, non sono compatibili con il divieto di ricorrere alla GPA.

¹⁰⁰ Sul tema, peraltro, si è recentemente pronunciata anche la Cassazione (Cass. civ., Sez. I, Ord., 20415, 2025) statuendo che gli accordi tra coniugi, che regolano i loro rapporti patrimoniali subordinandoli alle ipotesi di separazione o di divorzio, sono validi se considerati alla stregua di contratti atipici con condizione sospensiva lecita.

Chiarite le tipologie ammesse, vi è necessità di tornare a un aspetto fondamentale. Infatti, è strettamente necessario approfondire quando il consenso può essere considerato valido al fine di rendere superfluo l'intervento di tutela statale. A questo proposito giunge in aiuto lo schema di Feinberg, che richiede, ai fini della sua validità, la presenza di determinati requisiti¹⁰¹: 1) il soggetto da cui deriva la volontarietà deve essere «competente» (non un animale, non un bambino, privo di disturbi mentali, non in coma); 2) egli non sceglie sotto coercizione o perché costretto (non deve essere una scelta ottenuta dietro la minaccia di un male, di una pressione coercitiva, o imposta da una forte disparità contrattuale); 3) dietro la stessa non vi è alcuna sottile manipolazione (essa non è determinata da un suggerimento subliminale o post-ipnotico); 4) la decisione non deve essere dettata da ignoranza o credenze false e erronee (non per errore sulle circostanze fattuali, non per ignoranza sulla varietà di opzioni a sua disposizione); 5) l'individuo non deve scegliere sotto circostanze temporaneamente distorte (non deve aver scelto frettolosamente, non se stanco, se nervoso, agitato, eccitato, non sotto l'influenza di una grande passione come l'odio, la rabbia, la lussuria, non sotto l'effetto di un umore travolgente come la depressione o la mania, non sotto l'effetto di sostanze psicotrope, droghe o alcol, non deve scegliere in preda al dolore o la sofferenza, la scelta non deve essere di natura nevrotica e non deve essere fatta sotto forti pressioni temporali).

Una volta appurato che il consenso è valido e puro secondo i canoni analizzati, nessun danno può essere riconosciuto, e così lo Stato liberale perde qualsiasi potere di intervento. È questo, dunque, il paternalismo debole che dovrebbe adottare un ordinamento giuridico fondato sull'*harm principle*.

¹⁰¹ J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law, Harm to self*, vol. III, Oxford University Press, Oxford, New York, 1986, p. 115.

Addirittura, argomenta Feinberg, potrebbe anche essere messo in discussione che questa tipologia di approccio ricada *stricto sensu* nell'alveo del paternalismo. Secondo la sua visione, per una terminologia ancora più corretta, solo quello forte dovrebbe essere ricondotto al paternalismo *tout court*; quello che invece finora abbiamo conosciuto come *soft/weak paternalism* assumerebbe la nomenclatura, più corretta, di “antipaternalismo di tipo moderato”¹⁰².

¹⁰² Ivi, p. 15: «We could then adopt as our favored terminology that which identifies "paternalism" with what we have called "hard paternalism," and attaches the label "*soft anti-paternalism*" to what we have called "soft paternalism," the latter view being, after all, one which contradicts (hard) paternalism, but one which, like the harm principle, permits interference only in the absence of voluntariness or genuine consent».

4.3. Il paternalismo libertario

Come analizzato, si usa includere all'interno della corrente del paternalismo debole quattro differenti tipologie di interventi: quelli ricondotti al “*classic*” *soft paternalism*, quelli appartenenti al versante procedurale, quelli giustificati in termini probabilistici (che, come poc'anzi esplicitato, non sono peraltro privi di criticità), e il *nudge*, tipico del paternalismo cd. “libertario”. Ci si soffermerà in questo paragrafo proprio sulla liceità di quest'ultimo, illustrando di cosa si tratta ed esaminandone la sua compatibilità in rapporto al sistema liberale sinora disegnato.

Lo strumento del *nudge* è frutto dello studio sulle analisi psicologiche comportamentali svolto da Cass Sunstein e Richard Thaler. Per illustrare la loro tesi, i due autori partono da una premessa fondamentale: un uomo o una donna comuni, di fronte a una pluralità di scelte, utilizzano ripetutamente e inconsapevolmente degli schemi mentali (cd. *cognitive bias*) che offuscano la capacità di giudizio. Può trattarsi di ottimismo smisurato o fiducia eccessiva nelle proprie capacità di discernimento, tendenza a preferire lo *status quo* o avversione alla perdita; la loro combinazione o anche uno solo tra questi fattori sono in grado di nascondere quale sia la migliore decisione in termini razionali. La scoperta dell'esistenza di queste distorsioni prova non solo che l'essere umano non agisce solo ed esclusivamente guidato dalla sua ragione logica, ma anche che tutte le nostre scelte non sono affatto il frutto di un'attenta analisi costi-benefici, né tantomeno di un bilanciamento tra i propri mezzi e fini.

Essenzialmente, gli schemi che si ripetono possono essere raggruppati in quattro categorie¹⁰³. La prima è quella dettata dall'inerzia: tendiamo ad accettare la scelta predefinita (es. il contratto bancario o quello telefonico), ignorando tutte le possibilità di modifica, anche se il loro costo è pari a zero. La seconda attiene alla nostra sensibilità nei confronti del modo in cui le opzioni ci vengono presentate (cd. effetto *framing*). Se il medico ci descrive un'operazione che ha il 70% di possibilità di riuscita, siamo più inclini ad accettarla; allo stesso modo in cui, se ci dicesse che la possibilità di fallimento è del 30%, saremmo più propensi a rifiutarla. La terza fa leva sulla nostra inconsapevole attenzione verso le influenze sociali esterne: è difficile controbattere al fatto che un ristorante con tanti clienti seduti ai tavoli ci incuriosisce e ci attira molto di più rispetto a uno vuoto. Ultima fra queste, un ruolo determinante è dettato dall'incapacità umana di effettuare dei lucidi calcoli di probabilità di fronte a un bivio o all'indecisione. Insomma, nella vita reale l'essere umano è in preda alla totale confusione; egli perde di vista costantemente quali siano i suoi obiettivi e non è affatto in grado di capire quale sia il modo corretto per realizzarli.

La teoria di Sunstein e Thaler vorrebbe che dietro questo caos operi di nascosto un individuo terzo, più competente e lucido, che aiuti i soggetti a compiere una scelta. Il *nudge*, in italiano “pungolo”, spesso tradotto anche “spinta gentile”, servirebbe proprio a questo:

Un pungolo, nell'accezione che adotteremo in queste pagine, è [...] qualsiasi aspetto dell'architettura delle scelte che altera il comportamento degli individui in maniera prevedibile, senza proibire alcuna opzione o modificare in maniera significativa gli incentivi economici. Per essere considerato un semplice pungolo,

¹⁰³ Sulle scoperte dell'economia comportamentale v. M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica al paternalismo libertario*, IF Press, Roma, 2018, pp. 20-22.

l'intervento dev'essere evitato facilmente e senza costi eccessivi. I pungoli non sono imposizioni, sono spinte gentili¹⁰⁴.

Dei soggetti, chiamati “architetti della scelta”, avrebbero la responsabilità di “pungolare” i cittadini, spingendoli e direzionandoli gentilmente verso l'opzione migliore fra tutte. Così procedendo, il ventaglio di scelte rimarrebbe ampio e vario, ma verrebbe riorganizzato, di modo che la migliore fra tutte (per il portafoglio, per il benessere, per la salute), quella cioè che chiunque sceglierebbero in assenza di *bias* cognitivi, risulti più allettante. Non si tratterebbe né di interventi evidenti, né coattivi; i *nudges* non spingono verso l'azione e nemmeno verso l'inazione. L'individuo rimane comunque in grado di scegliere ciò che più gli aggrada, conservando la sua libertà di decidere.

Si veda un esempio concreto. In un ristorante *self-service* la cameriera nota che l'ordine con cui predispone le differenti portate influenza la scelta dei suoi clienti. Il cibo posizionato meglio, che per primo si nota entrando, viene preferito rispetto alle alternative del giorno. La cameriera, che ci tiene alla salute delle persone, decide allora che in quella postazione da ora in avanti inserirà il piatto più sano: ha individuato una distorsione nel ragionamento logico dei propri clienti; dopodiché ha selezionato l'opzione per loro migliore (quella più salutare); infine, ha modificato la disposizione delle portate. La nostra cameriera è diventata un architetto della scelta e sta utilizzando, senza esserne consapevole, un *escamotage* chiamato *nudge*. È chiaro che ognuno potrà sempre decidere di mangiare ciò che più ama, ma i

¹⁰⁴ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, trad. di A. Oliveri, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 12; a proposito del *nudge* v. anche G. DWORKIN, *Paternalism*, cit.; M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica al paternalismo libertario*, cit., pp. 20-61.

più pigri, i più indecisi, o coloro che non hanno una preferenza specifica saranno più inclini, grazie alla cameriera, a scegliere la portata più sana.

Anche lo Stato allo stesso modo, evitando di attribuire incentivi o comminare sanzioni, può intervenire per aiutare e spingere gentilmente verso un'opzione prestabilita. Se il legislatore avesse, per esempio, l'esigenza di incrementare il numero di donazioni di organi, potrebbe modificare la legge di riferimento attribuendo a tutti i cittadini di *default* l'etichetta di donatore. La libertà di sottrarsi verrebbe preservata attraverso un sistema di *opt-out*: coloro che alla propria morte non vogliono donare gli organi dovrebbero comunicarlo ad appositi uffici, per escludere il loro nome dall'elenco dei donatori. È certo che in questo modo, facendo leva sull'inerzia generale dei cittadini, le donazioni non farebbero che aumentare, senza che lo Stato abbia messo in atto alcun meccanismo coercitivo.

Trattasi di uno strumento che viene ricondotto, come già sottolineato, a un sistema di paternalismo debole¹⁰⁵, in particolare a una sottocategoria soprannominata “libertaria”. Il meccanismo è dunque “libertario” perché il sistema vorrebbe preservare la libertà di scelta, evitando di applicare la coercizione¹⁰⁶. Nondimeno, si tratterebbe pur sempre di “paternalismo”: si noti infatti che rientra appieno nella definizione di Dworkin¹⁰⁷, e così: 1) vi è un'influenza dettata dall'esterno sulle scelte altrui, 2) l'architetto è convinto di agire per il benessere dell'altro, 3) il tutto avviene senza il consenso di colui che è sottoposto al *nudge*. Chi si trova dietro questa strategia sta muovendo i fili, convinto di conoscere, meglio di colui che la

¹⁰⁵ B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, cit., pp. 383-388: il paternalismo libertario viene presentato come sottocategoria del paternalismo debole.

¹⁰⁶ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in «*The American economic review*», 93, 2, 2003, pp. 175-177.

¹⁰⁷ Cap. 4 par. 1.

subisce, cosa sia buono e giusto fare, dettando un'influenza non previamente approvata.

Il problema fondamentale che comporta il paternalismo libertario è che la struttura fondante il *nudge* stride totalmente con gli argomenti di *On liberty*, e più specificamente con l'assunto di Mill secondo il quale ogni individuo è il miglior giudice di sé stesso¹⁰⁸. L'intero meccanismo della spinta gentile, infatti, si contrappone alla ragione cd. epistemica¹⁰⁹. A livello esperienziale, infatti, Mill è persuaso del fatto che nessuno può conoscere, meglio di sé stessi, come raggiungere e soddisfare i propri obiettivi; invece, i *bias* di comportamento studiati da Sunstein e Thaler dimostrano l'opposto: l'essere umano può (e spesso e volentieri accade) fallire di fronte alle scelte. È così che verrebbe dunque a cadere una delle due ragioni fondamentali per rigettare gli ordinamenti di stampo paternalista. Difatti, accettare questo dato di partenza, cioè il fatto che non siamo da soli in grado di scegliere, perché mai abbastanza competenti e informati (a causa delle distorsioni cognitive a cui siamo soggetti), potrebbe essere pericoloso, poiché significherebbe giustificare potenzialmente ogni intervento statale, anche quello che più incide sulla nostra autonomia¹¹⁰.

Una volta dimostrato¹¹¹ come il principio del danno di Mill si confà al meglio in un sistema tendente al paternalismo debole o, ancor meglio, a

¹⁰⁸ C.R. SUNSTEIN, *Why nudge?*, Yale University Press, New Haven, London, 2014, pp. 1-24; v. sul punto anche M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica al paternalismo libertario*, cit., pp. 161-167.

¹⁰⁹ V. cap. 4 par. 2.

¹¹⁰ Ad esempio, è proprio questo il fondamento della tesi di paternalismo forte di S. CONLY, *Against autonomy. Justifying coercive paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 18-29: preso atto che da soli non siamo in grado di scegliere, ricorrere esclusivamente al *nudge* non sarebbe abbastanza efficace; con il paternalismo libertario chi vuole sbagliare continuerà a farlo a causa dello spiraglio di libertà che il sistema concede. Avremmo invece bisogno di adottare un paternalismo coercitivo che, come guida neutrale e terza, imponga a tutti la scelta migliore. L'autrice paragona ogni cittadino a quell'individuo ignaro, privo di conoscenze adeguate, ignorante del pericolo in corso, che attraversava il ponte in *On liberty*; noi tutti, proprio come lui, non possediamo le giuste competenze e abbiamo un urgente bisogno di un aiuto esterno proveniente dallo Stato.

¹¹¹ V. cap. 4 par. 2.

quello che abbiamo definito essere un antipaternalismo moderato, l'unico caso in cui un intervento statale può dirsi legittimo è quello in cui si verifichi un danno: o perché qualcuno ha violato illecitamente un diritto altrui, o perché l'agente stesso, involontariamente, se lo è autoinflitto. Nel caso di talune condotte *self-regarding* è dunque concesso che lo Stato agisca per bloccare temporaneamente il soggetto e accertarsi che il suo consenso sia puro o che la condotta sia perlomeno volontaria. Il *nudge* viene spesso associato, come visto, ai poteri di uno Stato che adotta un paternalismo di tipo debole; il problema però è che questo strumento non ha nulla a che vedere con i casi eccezionali in cui il consenso dell'agente è viziato. Infatti, a differenza degli altri interventi statali ammessi non mira alla tutela del danno autoinflittosi involontariamente. Piuttosto, esso presuppone sempre e *a priori*, a fronte di ogni scelta, la mancanza di competenza e lucidità. L'architetto della scelta non agisce per tutelare i cittadini da danni non voluti o accettati, bensì per indurli verso la scelta migliore, giustificandosi sulla base dei *bias* cognitivi che affliggono la popolazione. Se accettassimo la liceità del *nudge*, dunque, fuoriusciremmo dallo schema che abbiamo finora descritto e disegnato nei suoi tratti fondamentali.

Vi è poi un secondo aspetto critico. Si è detto che l'intenzione di Sunstein e Thaler è di creare un sistema liberale, scevro da interventi coercitivi; ebbene, è assai arduo provare in concreto che il *nudge* non ricada proprio all'interno di questi ultimi¹¹². Gli architetti vorrebbero infatti accompagnare il soggetto verso l'opzione che egli avrebbe scelto in assenza delle distorsioni cognitive che lo tormentano. Ma è assai arduo affermare che questo calcolo probabilistico sia privo di rischi¹¹³. È vero, la spinta gentile non

¹¹² M.D. WHITE, *The manipulation of choice. Ethics and libertarian paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013, pp. 81-96.

¹¹³ Cfr. M. GALLETTI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario. Spinte gentili ed etica della manipolazione*, in «Iride», 3, 2020, pp. 509-526, p. 521: si tratterebbe di un problema cd. «epistemico».

comporterebbe mai alcuna legge proibitiva né alcun divieto imposto dall'esterno, ma ciò non toglie che può comunque accadere che l'opzione indotta non coincida con quella che l'individuo avrebbe scelto in condizioni di neutralità.

Il paternalismo libertario, ponendosi l'obiettivo di realizzare il meglio per ciascuno in linea con la sua idea soggettiva di benessere, eviterebbe qualunque pretesa perfezionista: non c'è alcun intento di imporre dall'esterno un risultato finale che non rispecchi le ispirazioni dei cittadini. Ciò, per esempio, si verifica quando un soggetto indeciso, seppur influenzato, che non avrebbe in partenza alcuna preferenza specifica, decide affidandosi – anche e parzialmente – al *nudge*. Le criticità però si presentano allorquando la decisione verso la quale la spinta gentile ci direziona non coincida affatto con «l'identità pratica»¹¹⁴ dell'individuo. La libertà viene garantita solo nel caso in cui la scelta sia compatibile con l'indole di ciascuno: è solo se non si fuoriesce dalle proprie identificazioni che si può escludere di aver ricorso alla manipolazione.

Il problema è che gli architetti della scelta molto difficilmente riuscirebbero ad accedere a questo standard soggettivo e intimo. Non si può affatto provare che ciò verso cui spinge il *nudge* coincida con quello che gli individui avrebbero scelto in assenza degli inevitabili deficit di valutazione. Nel caso in cui «l'identità pratica» e il risultato finale non siano compatibili tra loro avremmo come conseguenza due effetti manipolatori che violano l'autonomia individuale: il primo è quello di distorcere le premesse e le circostanze in cui l'agente si trova a scegliere, il secondo è quello di nascondergli le vere ragioni per adottare la decisione.

¹¹⁴ *Ibidem*.

L'accettabilità della manipolazione attiene alla sfera dell'etica. Come potremmo evolverci, crescere e acquisire conoscenza dal dato empirico se siamo continuamente sottoposti, nostro malgrado, a queste spinte gentili? Difatti, se sto scegliendo a causa dell'influenza che esercita su di me il *nudge*, non sono in grado di appropriarmi delle ragioni per l'azione. L'effetto *framing*, ad esempio, mi induce a soffermarmi sulla scelta più appetibile dettata solo dallo schema di presentazione delle stesse. La mia attenzione viene focalizzata su aspetti non pienamente rilevanti, su cui forse, in assenza del *nudge*, non mi sarei affatto soffermato. È come se l'individuo fosse incentivato a non prendere in considerazione tutti i fattori importanti in gioco e bypassare *in toto* i difficili calcoli dei costi-benefici e dei mezzi-fini che avrebbe invece tentato di mettere in pratica in assenza di *nudges*.

Vediamone due esempi¹¹⁵. Tizio è in fin di vita e ha due possibilità: o accetta di passare i suoi ultimi giorni in compagnia dei suoi cari, o acconsente a sottoporsi a un'operazione chirurgica che potrebbe allungargli la vita di qualche settimana. Il medico Caio sa che sarebbe meglio che Tizio trascorresse il suo poco tempo a disposizione con chi ama. Caio decide allora di ricorrere all'effetto *framing*: presenta a Tizio solo gli effetti potenzialmente negativi dell'operazione, eludendone i positivi. Tizio, influenzato da queste immagini evocative, sceglie allora la strada fortemente consigliata dal medico. Il problema si porrebbe se il paziente, in condizioni neutrali, decidesse diversamente; in quest'ultimo caso il medico avrebbe leso la sua autonomia. Caio crede che Tizio debba trascorrere i suoi ultimi istanti con chi ama, Tizio invece sceglie di non sottoporsi all'operazione perché rischiosa: la ragione per l'azione del paziente è errata. Il mezzo per convincerlo di ciò non è coercitivo, ma è come se il fine ultimo lo diventasse.

¹¹⁵ Per i seguenti esempi v. M.D. WHITE, cit., p. 92; M. GALLETTI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario*, cit., 550-552.

Deviamo su un altro caso simile. Tizia segue una dieta pessima per la sua salute: compra solo cibi precotti, pieni di zuccheri, grassi e conservanti. La sua coinquilina Caia, che le vuole bene, desidera a tutti i costi migliorare la qualità dei pasti della sua cara amica. Le viene così un'idea brillante: scambia tutti i vecchi specchi di casa con degli specchi nuovi, in grado di aumentare il volume di tutto ciò che viene riflesso. Tizia si accorge, tutto d'un tratto, di essere ingrassata e decidere di iniziare a mangiare più sano. Il fine di Caia è stato così raggiunto: Tizia ha incominciato a curare la sua dieta. Il problema è che, quando Tizia si accorgerà del trucco, tornerà alle sue vecchie abitudini, e questo perché non ha affatto iniziato a curare la sua alimentazione per la ragione corretta. La coinquilina le ha imposto un obiettivo che non le appartiene, interferendo con la sua capacità di giudizio, nonché manipolandola.

Dunque, entrambi i casi evidenziati dimostrano come il *nudge*, seppur benefico, impedisca ai soggetti di appropriarsi dei giusti motivi per compiere un'azione. È vero che gli individui manipolati hanno piena libertà di decidere tra le varie opzioni disponibili, ma scelgono quella migliore per le ragioni sbagliate, mentre le reali rimangono loro ignote. Il giudizio non è in grado di tenere conto delle realtà che attiene alle premesse iniziali e del contesto circostante, perché questi ultimi sono stati modificati dagli architetti della scelta: nel primo caso dal medico, nel secondo dalla coinquilina. Sono loro a stabilire quali siano gli obiettivi da raggiungere, nonché a sostituirsi al loro giudizio. Il paternalismo libertario, quindi, non fa altro che ridurre gli individui a meri mezzi, imponendo loro la realizzazione di fini architettati da soggetti terzi, più saggi e competenti.

Quando un soggetto intraprende un percorso, seppur per lui benefico e ottimale, senza conoscere le vere ragioni che lo hanno spinto a sceglierlo, possiamo affermare che quell'individuo è stato manipolato. E se la spinta

gentile sortisce questo effetto, non rispettando alcuna trasparenza o nessun criterio di pubblicità, essa va oltre i suoi buoni propositi perché inizia a collidere sensibilmente con la libertà personale di ciascuno. La manipolazione deve essere necessariamente esclusa se si ha l'intenzione di rispettare il principio di autodeterminazione individuale.

Una volta stabilito i motivi fondamentali per evitare l'utilizzo di questo strumento è lecito però domandarsi se, appurata l'esistenza dei *bias* cognitivi, il *nudge* sia realmente evitabile¹¹⁶. Prendiamo in questo caso l'esempio fra tutti più famoso ed evocativo. Ognuno di noi sa che il prodotto posizionato all'altezza degli occhi in un supermercato sarà quello più venduto tra le sue alternative negli scaffali alti e bassi. Come potremmo dunque sottrarci a questo meccanismo? La scelta di quale merce occuperà quella postazione andrà inevitabilmente fatta. Ecco, quindi, un elenco tra alcune delle varie alternative a nostra disposizione: a) possiamo seguire il paternalismo libertario e inserirvi l'opzione più salutare, b) possiamo seguire un criterio casuale, c) possiamo tentare di adottare uno standard estetico, gradevole alla vista (magari in ordine di forma o colore), d) possiamo attuare una scelta in base al peso del prodotto, ovvero posizionare quello più leggero in alto e quello più pesante sullo scaffale più basso. Solo chi sceglie di seguire il primo ordine si impone di dettare un'influenza sulle decisioni altrui, mentre non lo farebbe chi adotta i metodi b), c) e d)¹¹⁷.

È vero, anche se stabiliamo l'illiceità del *nudge*, siamo pur consci che ogni criterio detterà inevitabilmente qualche effetto sulla scelta altrui: gli ambienti non sono mai del tutto neutrali. Il posto migliore, nel nostro caso, rimarrà sempre quello all'altezza del viso. Ciò che rileva però è solo l'atteggiamento

¹¹⁶ C.R. SUNSTEIN, *Why nudge?*, cit., pp. 1-24: l'autore sostiene più e più volte che si tratti di un'architettura inevitabile.

¹¹⁷ M.D. WHITE, cit., pp. 96-101.

che viene adottato proprio dall'architetto della scelta. Se il criterio è casuale, o dettato dall'estetica, o dal peso, l'intenzione non può essere manipolatoria. Ed è certo, le circostanze non saranno mai neutrali, ma può esserlo la selezione che è fatta a monte da chi riveste una posizione di potere e che ha il dovere morale di non ledere l'autonomia dei suoi cittadini¹¹⁸. Inoltre, anche se sostenessimo che talune spinte gentili intenzionali non fossero affatto evitabili, questo non basterebbe, né sarebbe in alcun modo sufficiente, per giustificare l'esistenza. Ogni *nudge* intenzionale di origine statale, per evitare di violare la libertà di scelta di ciascuno, dovrebbe costantemente essere monitorato nella sua funzionalità, nei suoi obiettivi, ma soprattutto nella sua trasparenza.

Per le cose dette e la visione sostenuta, è dunque preferibile sottrarre il paternalismo libertario dalla categoria del paternalismo *soft* e meglio inquadrarlo, invece, alla stregua di una sintesi tra il paternalismo forte e il paternalismo debole¹¹⁹. Così procedendo, è delineato un netto confine tra l'antipaternalismo moderato e lo strumento della spinta gentile. Quest'ultima, come provato, a causa dell'alto rischio di manipolazione, è sinonimo di lesione della libertà personale, ma soprattutto conduce alla sfiducia nei confronti delle capacità dell'essere umano; proprio per questi motivi è stata esclusa dal sistema liberale finora descritto, che vorrebbe invece riprodurre a suo fondamento i principi cardine esposti da Mill.

¹¹⁸ M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica al paternalismo libertario*, cit., p. 143.

¹¹⁹ Così viene inquadrato anche da M. GALLETTI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario. Spinte gentili ed etica della manipolazione*, cit., pp. 509-526.

5. Applicare il principio del danno: la gestazione per altri

5.1. Una proposta liberale per la bioetica

Nella presente trattazione si è analizzato come il saggio di Mill *Sulla libertà* propone un sistema giuridico fondato sulla valorizzazione dell'autodeterminazione e dell'autonomia individuale, il cui compito primario è tutelare e conservare la libertà di ciascuno. Evitando qualsiasi altro criterio plasmato o influenzato dall'etica comune, il legislatore liberale deve attenersi ai confini disegnati dal solo principio del danno (v. capitolo 1). Abbracciando la distinzione tra peccato e reato, poi, si è accolta la visione sostenuta da Hart nella sua diatriba con Lord Devlin: lo Stato non ha il compito di rinforzare né di donare nuova linfa alla morale dominante della società di un dato tempo e luogo. Le condotte valoriali, è sostenuto, meglio son rispettate senza attingere all'ausilio della legge, né vi è alcuna prova empirica che il cambiamento della morale possa condurre al declino e all'inevitabile estinzione del gruppo (capitolo 2). Sono state indi esposte le metodologie per approcciarsi e interpretare correttamente il principio del danno (capitolo 3); infine, è stato analizzato come l'antipaternalismo di Mill possa essere definito "moderato", accogliendo la legittimità dei soli interventi statali cd. classici, procedurali e probabilistici, per quelle condotte autolesionistiche caratterizzate da un consenso non ritenuto pienamente valido (capitolo 4).

In questo capitolo conclusivo mi propongo di applicare il principio del danno, così come studiato nella sua interpretazione cd. tradizionale, nell'ambito di una fattispecie concreta, entrando in punta di piedi nel delicato

contesto della bioetica¹²⁰. La scelta di riflettere la presente costruzione giuridica in questo campo non è affatto casuale. Invece, è l'approccio del legislatore italiano di fronte ai nuovi progressi tecnologici, scientifici, biologici e medici a destare qualche perplessità, nonché a imporre una riflessione sul tema. È d'uopo domandarsi, infatti, se il nostro Paese, allo stato attuale, garantisca una normativa bioetica fondata sui principi di libertà e autodeterminazione individuale¹²¹.

Si è pensato in particolare di avvicinarsi all'istituto della cd. gestazione per altri¹²², oggetto, tra l'altro, di recente intervento della legge del 4

¹²⁰ Trattasi della disciplina inerente al rapporto tra l'etica e le nuove scoperte nei campi della medicina e della biologia; essa si occupa del «comportamento dell'individuo, del medico e della società nei confronti di problemi essenziali che riguardano: la vita intrauterina (manipolazione genetica, eugenica, aborto preventivo e terapeutico), la morte (casi di senilità grave e irreversibile, sopravvivenza vegetativa di soggetti cerebrolesi, eutanasia), la sperimentazione e l'intervento chirurgico sull'uomo e sugli animali (sperimentazione di farmaci, psicoturgia, vivisezione), l'aumento demografico (controllo delle nascite, sterilizzazione), la tutela degli equilibri ecologici e dell'ambiente naturale», dizionario Treccani, definizione disponibile su www.treccani.it/vocabolario/bioetica/.

¹²¹ Sul punto v. L. BATTAGLIA, *Il manifesto per una bioetica liberale*, disponibile su www.istitutobioetica.it/l-istituto/il-manifesto-dell-istituto.

¹²² La dottrina italiana che si è dedicata al tema è innumerevole, tra i tanti v.: A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in «*Ragion pratica*», 1, 2021, pp. 193-223; R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in «*BioLaw Journal*», 2, 2016, pp. 1-6; T. BORTOLU, *La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica*, in «*Actualidad Jurídica Iberoamericana*», 17 bis, 2022, pp. 460-490; E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in «*BioLaw Journal*», 1, 2021, pp. 119-137; V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in «*Bioetica*», 1, 2016, pp. 267-278; G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*, in «*ConsultaOnline*», I, 2025, pp. 113-142; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022; E. LA ROSA, *Maternità surrogata*, in «*Diritto on line*», 2017, www.treccani.it/enciclopedia/maternita-surrogata_%28Diritto-on-line%29/; E. MESSINEO, *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediale*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022, pp. 2221-2259; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in «*Associazione italiana dei costituzionalisti*», 2, 2018, pp. 1-29; S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in «*Ragion pratica*», 1, 2021, pp. 161-191; D. ROSANI, «*The Best Interests of the Parents*». *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «*BioLaw Journal*», 1, 2017, pp. 109-134; B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionali*, in «*BioLaw Journal*», 2, 2016, pp. 39-71; C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, cit., pp. 119-141; A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in «*BioLaw Journal*», 2, 2016, pp. 131-155; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018; G. VIGGIANI, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in «*Ragion pratica*» 1, 2021, pp. 141-159.

novembre 2024, n. 169: modificando l'art. 12 della legge 40 del 19 febbraio 2004 (d'ora in poi: "legge 40") il legislatore, come ben noto, ne ha rafforzato la perseguibilità, qualora portata in essere dal cittadino italiano all'estero.

Lungi dal rispondere a una pretesa di esaustività espositiva e descrittiva sul vasto e variegato tema, si vorrebbe analizzare il significato di questo specifico istituto, nonché il suo attuale inquadramento normativo, proponendo una riflessione in merito all'approccio adottato dal legislatore nazionale indi, affidandosi agli insegnamenti liberali di Mill, offrire qualche spunto per una prospettiva giuridica *de iure condendo*.

5.2. La “maternità surrogata”

Con le sue innovazioni mediche, scientifiche e biotecnologiche, la modernità è diventata capace di interferire con i processi appartenenti al mondo della natura, modificandone i presupposti fondamentali. Anche i fenomeni di riproduzione e procreazione umana sono oggetto di questa manipolazione, assumendo, così, connotati sempre più artificiali: «Dove esistevano necessità, destino naturale, casualità, oggi sono possibili scelte»¹²³. Con la procreazione medicalmente assistita (PMA) il momento della nascita non è più dato dal frutto dell'unione carnale tra un uomo e una donna, bensì dall'intervento indefettibile delle strutture sanitarie:

Le moderne tecnologie medicali hanno infatti permesso di disarticolare la vicenda procreativa combinando e ricombinando gli elementi distintivi del rapporto genitoriale costituito dai geni, dalla biologia e dalle relazioni affettive. Si assiste alla c.d. coreografia della procreazione¹²⁴.

Produzione e raccolta dei gameti, fecondazione in vitro, conservazione e impianto degli embrioni: tante e svariate sono ormai le tecniche mediche a supporto dei futuri genitori. Anche la maternità surrogata, altrimenti detta gestazione per altri (GPA), viene inquadrata all'interno di questa categorizzazione. Tuttavia, essa si differenzia da tutte le altre per una peculiarità: accanto ai futuri genitori e al personale sanitario vi è la presenza imprescindibile di una donna terza, la cd. madre surrogata o gestante¹²⁵. È

¹²³ V. FRANCO, cit., pp. 269.

¹²⁴ E. MESSINEO, cit., pp. 2223-2224.

¹²⁵ Ivi, p. 2226: «In questo senso essa può essere classificata come tecnica maggiore di ausilio alla procreazione in cui l'intervento della tecnica si concretizza in una sostituzione – e non in un mero ausilio – delle fasi di fecondazione umana nell'impossibilità di una loro realizzazione naturale».

proprio quest'ultima, infatti, che porterà in grembo il nascituro per nove mesi, che lo darà alla luce e che rinuncerà alla sua responsabilità genitoriale in favore dei cd. genitori intenzionali (anche detti committenti o sociali)¹²⁶.

A onore del vero, *nihil sub sole novum*. Il concetto di “maternità surrogata” non è affatto ignoto alla storia dell'umanità; possiamo ricavare numerosi esempi del fenomeno *in nuce* dal nostro passato¹²⁷. La sua prima testimonianza appare nella Bibbia. Prima con la vicenda di Sara, che, devastata all'idea di non poter avere figli, supplicò Abramo di unirsi alla sua schiava Agar: «Ecco, il Signore mi ha impedito di aver prole; unisciti alla mia schiava: forse da lei potrò avere figli»¹²⁸. Poi con Rachele che, oppressa dall'idea che la sua sterilità non le avrebbe concesso di garantire una discendenza al marito, formula a Giacobbe la stessa richiesta: «Dammi dei figli, se no io muoio [...]. Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io una mia prole per mezzo di lei [...]. Dio mi ha fatto giustizia e ha anche ascoltato la mia voce, dandomi un figlio»¹²⁹.

Il mito di Atena ne racconta poi una fattispecie particolare: la nascita della dea, addirittura, prescinde la necessità di un ventre materno. Zeus, infatti, venuto a conoscenza che il figlio concepito con Meti, una volta nato, avrebbe potuto spodestarlo, ingurgita la donna incinta. Atena verrà dunque alla luce direttamente dal suo cervello, già adulta e munita di armi:

¹²⁶ Per la definizione di “maternità surrogata” e una presentazione di tutti i volti esistenti del fenomeno cfr: T. BORTOLU, cit., pp. 460-461; S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in «*Biolaw Journal*», 2, 2019, pp. 1-22, pp. 1-10; B. SALONE, cit., pp. 39-45; G. Viggiani, cit., pp. 141-143.

¹²⁷ Sul punto cfr. E. FALLETTI, *Una discussione che viene da lontano*, in S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Fandago Libri, 2017, pp. 13-14; S. CECCHINI, cit., pp. 4-5; L. CHIEFFI, *La gestazione per altri nella settima arte: spunti di riflessione sul bilanciamento tra aspettative di genitorialità e benessere del nascituro*, in «*Nomos*», 2, 2019, pp. 1-26, p. 4; S. POZZOLO, cit., p. 167; R. BIN, cit.; E. VITALE, «*Dammi dei figli, se no io ne muoio*» (Gn 30,1). *Dal desiderio di maternità alla maternità surrogata*, Tau, Perugia, 2022, pp. 37-39.

¹²⁸ Genesi, 16:2-4.

¹²⁹ Genesi, 30:1-6.

Colei che viene chiamata madre non è genitrice del figlio, bensì soltanto nutrice del germe appena in lei seminato. È il fecondatore che genera; ella, come ospite ad ospite, conserva il germoglio, se un dio non lo soffoca prima. Ti darò prova di quanto dico: può esserci un padre anche senza la madre. Proprio qui ne è testimone la figlia di Zeus Olimpio [...] ¹³⁰.

Ancora, presso i romani esisteva l'istituto della *locatio ventris*: un prestito della propria moglie per generare figli altrui. Insomma, tutti esempi ragionevolmente molto distanti dalla fisionomia assunta oggi dalla GPA: le società di riferimento erano tutte di stampo patriarcale, ne è prova il fatto che nella Bibbia le gestanti fossero entrambe due schiave. Dunque, quale spazio potrebbe trovare il fenomeno nella società moderna?

Anzitutto, la prima difficoltà di partenza è già insita nella sua definizione. Infatti, non esiste maniera univoca per riferirsi al fenomeno; i termini più conosciuti sono: maternità surrogata, maternità su procura, maternità su commissione, locazione di utero o utero in affitto, gestazione per altri ¹³¹. Il fatto è così controverso a livello etico che anche solo trovare un punto di accordo sulla sua nomenclatura è tentativo fallimentare ¹³². La scelta del nome con cui riferirsi all'istituto non può essere casuale, questo perché alcuni appellativi sono in grado, da soli e indipendentemente dal contesto, di svelare il giudizio di riprovazione morale che la pratica comporta.

La terminologia che ha adottato il nostro legislatore alla legge 40 è “maternità surrogata” e deriva dalla cultura anglosassone (*surrogacy*). Ma il giurista italiano potrebbe essere indotto facilmente in errore, accostandola

¹³⁰ ESCHILO, *Oresteia*, introd. di V. DI BENEDETTO, trad. e note di E. MEDDA, L. BATTEZZATO, M.P. PATTONI, Milano, BUR, 2018, *Eum.* vv. 658-661, pp. 524-527.

¹³¹ Per un'analisi approfondita di tutte le nomenclature cfr. G. VIGGIANI, cit., p. 143-146.

¹³² Sul punto v. anche: V. FRANCO, cit., pp. 268-269; E. FALLETTI, cit., p. 14; S. POZZOLO, cit., pp. 165-166.

all'art. 1201 c.c., rubricato: “Surrogazione per volontà del creditore”. Questo articolo disciplina una fattispecie di modifica soggettiva dal lato attivo nel rapporto obbligatorio. Il creditore originario, soddisfatto da un soggetto terzo, può farlo subentrare nei suoi diritti. Poco o nulla, se non la familiarità del nome, hanno in comune le due casistiche. Se applicassimo la disciplina civilistica alla GPA, surrogata nei diritti genitoriali ne risulterebbe la madre intenzionale da parte della madre gestante. Così non è nel lessico universale: la madre surrogata non è colei che ha intrapreso un «progetto genitoriale», ma sempre e solo la donna che porta avanti la gravidanza e partorisce per conto di terzi, accogliendo il mero «progetto riproduttivo»¹³³. Bisogna dunque scindere giuridicamente i due istituti: “surrogazione” è solo un sinonimo di “sostituzione”: la madre sociale incarica, per un periodo limitato di nove mesi, la gestante a prendere il suo posto.

Allo stesso modo, anche la locuzione “maternità su procura” non appaga il giurista. La procura non è infatti un contratto, bensì un atto unilaterale, con cui un soggetto conferisce al procuratore il potere di rappresentarlo. La gestante allora non si obbligherebbe a eseguire alcuna prestazione, avrebbe invece il solo potere di compiere un servizio per conto della madre sociale.

Il concetto di “maternità su commissione” è invece da evitare per motivi differenti. Si rimanda in questo caso direttamente all'art. 1731 c.c., che così recita: «Il contratto di commissione è un mandato che ha per oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario». Il mandato è qui peculiare perché ha a oggetto operazioni di compravendita: il committente risulterebbe essere la madre intenzionale, mentre il commissionario sarebbe la surrogata. Ovviamente, questa

¹³³ Il lessico utilizzato è di B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2017, pp. 183-245.

terminologia racchiude una riprovazione morale, la vendita di bambini, che non può fare altro che inorridire e terrorizzare.

Stesso ragionamento è da farsi, *mutatis mutandis*, per la “locazione di utero”, che seguirebbe i passi della *locatio ventris* romana. Ai sensi dell’art. 1571 c.c., la gestante, che prende le vesti del locatore, si obbliga a concedere alla locataria (la madre sociale) il suo utero per nove mesi, tutto ciò in cambio di un versamento periodico di un canone. Volendo poi essere ancora più precisi, preso atto che l’utero è un bene nient’affatto improduttivo, dovremmo meglio definirlo come “affitto di utero”, ex art. 1615 c.c.. si tratta nientemeno che di una «brutale sineddoche»¹³⁴, locuzione che è opportuno dunque evitare in contesti in cui il fenomeno è da analizzarsi scevro da valutazioni moralizzanti.

“Gestazione per altri” è senz’altro il concetto meno soggetto a fraintendimenti giuridici, nonché quello più neutrale fra tutti. Oltre ad avere il pregio di non svelare alcuna relazione sinallagmatica tra le parti, includendo al suo interno anche le ipotesi di GPA solidali, è privo di giudizi che svelano sdegno e riprovazione. Oltre a quest’ultimo, si è scelto poi di utilizzare all’interno del capitolo anche la locuzione “maternità surrogata” che, seppur impropria, è la più conosciuta, nonché la prescelta dal nostro legislatore.

Ciò chiarito, è importante sapere che, quando si parla di gestazione per altri, poi, non si può ridurre la fattispecie a uno schema tipico, perché il fenomeno è variegato ed è possibile che si configurino casistiche molto diverse l’una dall’altra. Una distinzione in premessa è quindi dovuta.

Anzitutto la GPA è detta “omologa” quando vi è piena corrispondenza genetica tra i genitori intenzionali e i gameti utilizzati, “eterologa” invece

¹³⁴ Ivi, p. 194.

quando almeno uno dei due gameti provenga da un donatore terzo estraneo. Poi, nell'ipotesi di maternità surrogata cd. gestazionale (*host* o *gestational surrogacy*), la madre gestante non avrà alcun legame genetico con il bambino, poiché nell'utero le è stato impiantato l'embrione. Si parla invece di maternità surrogata tradizionale (*straight, full* o *traditional surrogacy*) quando è la stessa donna gestante, madre in questo caso anche genetica, a sottoporsi a fecondazione artificiale.

Nonostante le differenze evidenziate, tutte le tipologie presentate sono accumulate dal fatto che la donna gestante, al momento della nascita del bambino, rinuncerà alla sua responsabilità genitoriale. Tutti ci ritroviamo spiazzati di fronte a questo fatto. L'ideologia della maternità, come sempre l'abbiamo concepita, vacilla. È vero, anche nei casi di PMA di tipo eterologo appaiono sia la madre genetica donatrice sia quella intenzionale, ma il principio sulla verità di parto mai viene meno: colei che assumerà la responsabilità genitoriale del bambino, la "madre", coincide con colei che lo ha partorito e gli ha dato la vita. Nella GPA, invece, il discorso è differente. Il numero di madri coinvolte sale potenzialmente a tre: c'è quella biologica (anche detta gestante o uterina), quella genetica (solo eventuale, di norma ignota, nel caso in cui il gamete femminile provenga da una donatrice), e infine, quella sociale. Così, a causa del fatto che madre sociale e biologica non corrispondono, la maternità surrogata mina il principio della filiazione naturale ex art. 269 co. 3 c.c.: "*mater semper certa est*"¹³⁵. È la prima volta, al di fuori dei casi di adozione, in cui la maternità non deriva dal parto. Di fronte a questi cambiamenti attuali, il diritto ha il preciso (seppur arduo)

¹³⁵ «La celebre definizione di maternità e paternità espressa dal brocardo latino si deve al frammento del IV lib. ad Edictum di Paolo inserito nel Digesto (D. 2.4.5): "Quia semper certa est, etiam si volgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant". Il passo stava, dunque, a significare che, anche con riferimento alle nascite extra coniugali, la madre "semper certa est", mentre il padre, sulla base di una presunzione giuridica, è "quem nuptiae demonstrant"», così S. CECCHINI, cit., p. 8, nota 27.

compito di non arrancare, bensì di tenere il passo con i progressi in corso. È perciò opportuno per il giurista prendere atto che talune norme, che fino a non molto tempo fa erano considerate immutabili per la loro aderenza ai dogmi del mondo naturale, non rispecchiano più la realtà dei fatti.

5.3. La disciplina della gestazione per altri

5.3.1. Una prospettiva comparata

Nell'odierno panorama globalizzato, per adottare un occhio critico in materia è bene visionare, per sommi capi ed esemplificativamente, l'approccio normativo adottato a livello internazionale¹³⁶.

Il nostro Paese non è l'unico ad aver optato per un divieto, a lui si accompagnano la Germania, la Francia, e la Svizzera. Altri scelgono una normativa più lasca: in Belgio non c'è alcun divieto normativo espresso, e, *de facto*, viene praticata, così come nei Paesi Bassi che, prevedendo solo una sanzione a carico degli intermediari che ne perseguono fini lucrativi, è tollerata nella sua versione gratuita.

L'approccio cambia radicalmente nei Paesi di *common law*, in cui si predilige una normativa più liberale. In Gran Bretagna, ad esempio, il *Surrogacy Arrangements Act* del 1985 sancisce la legittimità di tutti gli accordi di GPA solidale, criminalizzando esclusivamente la sua versione a pagamento. *L'Human Fertilisation and Embryology Act* del 2008, poi, disciplina la filiazione del bambino nato a seguito di maternità surrogata. Essa viene formalmente riconosciuta o con l'adozione o con un'ordinanza giudiziale (*parental order*) che deve essere richiesta dai genitori intenzionali (di cui almeno uno deve essere residente in territorio inglese) entro sei mesi dalla nascita. A tutela della madre gestante è previsto che la rinuncia ai suoi

¹³⁶ Sui dati riportati per ogni Paese cfr. *Note sur la gestation pour autrui, Allemagne – Belgique – Canada – États-Unis – Italie*, Étude de législation comparée n° 327, ottobre 2023, disponibile alla pagina del senato francese, www.senat.fr/lc/lc327/lc327.html?utm_source=chatgpt.com; per uno studio comparato sui Paesi di *common law* v. anche G. Giorgini Pignatiello, cit., pp. 127-140.

diritti genitoriali possa essere presentata solo trascorse sei settimane dal parto. Allo stesso modo, anche la normativa federale canadese autorizza la GPA gratuita; ogni provincia ha poi il compito di definire una propria e specifica disciplina sul punto.

Negli Stati Uniti invece non esiste alcuna normativa comune; ci sono persino Stati che ne ammettono e ne contemplano una versione commerciale. Si stima che in questi luoghi la cifra per ogni procedura di GPA oscilli tra i 110 mila dollari e i 170 mila dollari. Di questi, almeno 40/50 mila sono per i servizi offerti dalla clinica, almeno 35 mila per la madre surrogata, 20 mila per le agenzie intermediarie e circa 9 mila per le spese legali.

I dati non devono stupire: nei Paesi in cui la pratica è concessa in forma lucrativa è nato un vero e proprio *business* costituito dal lavoro clinico¹³⁷. Quest'ultimo è stato nel tempo delocalizzato nei Paesi più poveri per ridurre i costi; uno fra questi è proprio l'Ucraina, meta finora preferita dagli italiani per il fenomeno del cd. turismo procreativo.

¹³⁷ Per l'approfondimento della storia del lavoro clinico e del settore lavorativo della riproduzione e procreazione umana, con un'analisi delle problematiche in gioco v. M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, trad. di A. BALZANO, DeriveApprodi, Roma, 2015.

5.3.2. La legge 40

In Italia già dagli anni '80 del secolo scorso, nonostante il vuoto normativo, le cliniche iniziano a sfruttare le tecniche di PMA. È la sentenza n. 347 del 1998 della Corte costituzionale che, rilevando l'importanza dei diritti in gioco, esorta per la prima volta il legislatore a intervenire sul punto¹³⁸. Con la legge n. 40 del 19 febbraio del 2004, si stabilisce un nuovo rigore riguardo la disponibilità della vita futura: limiti, restrizioni e divieti sono i cardini portanti della disciplina¹³⁹.

Oggi, dopo più di vent'anni dalla sua entrata in vigore, la normativa ne risulta parzialmente smantellata dai numerosi interventi di modifica da parte della Corte costituzionale. Con sentenza n. 151 del 2009 viene dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 14 co. 2 nella parte in cui veniva imposto un limite numerico alla produzione degli embrioni¹⁴⁰. La restrizione risultava ingiustificata di fronte all'esigenza di salvaguardia della salute: nel caso in cui i primi tre embrioni non avessero attecchito, la donna avrebbe infatti dovuto nuovamente sottoporsi al ciclo, altamente invasivo, di stimolazione ovarica. Ad oggi, ogni medico ha la possibilità di effettuare una valutazione rapportata al caso concreto, proprio in base allo stato in cui si trova la sua

¹³⁸ Corte cost. n. 347, 1998: «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore».

¹³⁹ La legge pone divieti nei confronti di pratiche che venivano già ampiamente utilizzate dalle cliniche, ad esempio la PMA eterologa era *de facto* sdoganata nei centri privati.

¹⁴⁰ Corte cost. n. 151, 2009: «il divieto di cui al comma 2 dell'art. 14 determina, con la esclusione di ogni possibilità di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, e comunque superiore a tre, la necessità della moltiplicazione dei cicli di fecondazione (in contrasto anche con il principio, espresso all'art. 4, comma 2, della gradualità e della minore invasività della tecnica di procreazione assistita), poiché non sempre i tre embrioni eventualmente prodotti risultano in grado di dare luogo ad una gravidanza. Le possibilità di successo variano, infatti, in relazione sia alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza».

paziente. Ancora, con la sentenza n. 162 del 2014 viene sancita l'illegittimità del divieto di cui all'art. 4 comma 3, relativo alla fecondazione eterologa per quelle coppie affette da sterilità o infertilità assoluta e irreversibile¹⁴¹. Infine, nel 2015 con la sentenza n. 96, la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1-2; 4, comma 1. Così facendo, ha ampliato l'accesso alla PMA anche per le coppie fertili, ma portatrici di malattie genetiche trasmissibili, concedendo loro, inoltre, la possibilità di una diagnosi preimpianto¹⁴².

Cosa ne è rimasto della legge 40 nel 2025? Ebbene, sopravvivono ancora pochi precetti restrittivi originari. Il primo è costituito dai requisiti di accesso alle tecniche di PMA: la coppia deve essere formata da soggetti maggiori di età, entrambi devono essere viventi, di sesso diverso, sposati o conviventi e in età potenzialmente fertile (art. 5, legge 40). Il secondo è proprio inerente al reato di maternità surrogata (art. 12 co. 6):

Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è

¹⁴¹ Corte cost. n. 162, 2014: «Deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango (sentenza n. 332 del 2000). La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera».

¹⁴² Corte cost. n. 96, 2015: «La normativa denunciata costituisce, pertanto, il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata. Ciò al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni [...]».

punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

Rafforzato dall'intervento normativo dell'anno scorso, che vi aggiunge:

Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana.

5.3.3. Problematiche e rimedi *ex post*

Dal 2004 numerosi sono stati i connazionali ad aver aggirato il divieto recandosi all'estero. L'*iter* è sempre il medesimo: accedere alla gestazione per altri in quei Paesi che la mettono a disposizione anche per i non residenti e rientrare poi in Italia, con il proprio bambino. Al netto del fatto che né l'art. 12 co. 6 della legge 40, né alcuna altra norma nel nostro ordinamento si occupa di disciplinare lo *status filiationis* di questi bambini, si è creata una vera e propria disciplina di conio giurisprudenziale che interviene *ex post*, ovvero al momento successivo in cui la coppia ha già fatto ricorso alla GPA¹⁴³.

La problematica risiede nel fatto che l'ufficiale di stato civile non può riconoscere la validità del certificato formatosi all'estero, se quest'ultimo attesta che il bambino è nato a seguito di maternità surrogata. Negli effetti si configura una situazione di incertezza e precarietà per il minorenne, su cui naturalmente non possono ricadere le colpe dei genitori. Talvolta i giudici ne hanno dunque riconosciuto la validità, attestando che il principio del "superiore interesse del minore" (nonostante si tratti della traduzione erranea dei i cd. "*best interests of the child*", la locuzione è ormai entrata nel lessico giuridico comune) coincidesse, nei casi concreti loro sottoposti, con il mantenimento del legame affettivo con i genitori intenzionali.

¹⁴³ Per un approfondimento delle dinamiche *ex post*: S. CECCHINI, cit., pp. 10-18; M. DI MASI, M. VIRGILIO, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in «Minorigiustizia», 1, 2017, pp. 41-50; G. GIORGINI PIGNATIELLO, cit., pp. 121-125; C. LUZZI, *Sui "venuti al mondo" grazie alla surrogazione di maternità, la Corte Edu supporta le Sezioni unite, ma delude (comprensibilmente) qualche aspettativa. Osservazioni a partire dalla sentenza C. c. Italia*, in «Genius», 2024, pp. 1-15; E. MESSINEO, cit., pp. 2231-2242; G. MINGARDO, *Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?*, in «Nomos», 1, 2023, pp. 2-15, pp. 2-10; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in «ConsultaOnline», 2017, 2, pp. 325-332, pp. 328-331; C. TRIPODINA, cit., pp. 121-124; D. ROSANI, cit., pp. 116-126.

Nel 2014 è la stessa Corte EDU a statuire che, sebbene ogni Stato conservi ampia discrezionalità nel disciplinare la materia, ciò non significa che le autorità possano sottrarsi dall'effettuare un bilanciamento per tutelare al meglio i diritti dei minori, di volta in volta, coinvolti¹⁴⁴. Nel caso portato all'attenzione della Corte, infatti, i giudici individuano un *vulnus* all'art. 8 CEDU, perpetrato dalle autorità francesi che non avevano riconosciuto il certificato di nascita di due bambini nati in California da maternità surrogata. Questa valutazione deve essere calibrata ogni volta all'ipotesi concreta, escludendo qualunque automatismo. In effetti, è sempre la corte EDU nel 2017 a ritenere che l'Italia, affidando il minore a una casa-famiglia e rifiutando di trascrivere l'atto di nascita formatosi all'estero, non avesse leso l'art. 8 CEDU. Le autorità giudiziarie domestiche, infatti, solo dopo aver constatato la qualità e la quantità del tempo di vita che il bambino aveva trascorso con i genitori sociali, avevano statuito che mancassero gli elementi per rilevare un concetto di vita familiare meritevole di tutela¹⁴⁵.

Altra questione pregnante in materia di riconoscimento della documentazione estera attestante la filiazione derivante da GPA riguarda l'interpretazione del concetto di "ordine pubblico"¹⁴⁶. Sul rapporto tra

¹⁴⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Mennesson c. France*, 65192/11, 26 giugno 2014: «La Cour note que le Gouvernement soutient que, dans le domaine en litige, États contractants jouissent d'une marge d'appréciation importante pour décider ce qui est «nécessaire», «dans une société démocratique». Elle note également que les requérants le concèdent, mais estiment que l'ampleur de cette marge doit être relativisée en l'espèce [...]. Par ailleurs, les choix opérés par l'État, même dans les limites de cette marge, n'échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution [...]. Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer».

¹⁴⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 25358/12, 24 gennaio 2017: «La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce».

¹⁴⁶ Prima del 1995, il concetto di ordine pubblico era contenuto all'art. 31 delle preleggi: «Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessuno caso le leggi e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume», la norma è stata poi

suddetto principio e il divieto di cui all'art. 12 della legge 40 la giurisprudenza di legittimità si è infatti pronunciata con frequenza, talvolta adottando visioni tra loro contrastanti. Tra queste, la prima sentenza risale al 2014, allorquando una coppia italiana, utilizzando due gameti di donatori terzi, ricorre alla maternità surrogata in Ucraina. La Corte riconosce nel certificato di nascita formatosi all'estero la contrarietà all'ordinamento interno. L'art. 12 della legge 40, lo si esplicita, costituisce norma di ordine pubblico: il principio non coincide solo con i valori della comunità internazionale, bensì è funzionale a impedire che atti e provvedimenti stranieri possano permeare e minare così la coerenza sistematica e giuridica del Paese¹⁴⁷. È solo due anni dopo, nel 2016, che la Corte sembra effettuare un *revirement*. Si cerca di aprire uno spiraglio nei confronti degli effetti giuridici della GPA portata in essere in territorio straniero. Indi, è negato che il divieto di maternità surrogata faccia parte dell'ordine pubblico, trattandosi,

abrogata dall'art. 73 della l. 31 maggio 1995, n. 218; è la stessa legge a fornire oggi la sua definizione, ricavata dal combinato disposto degli art. 16 co. 1: «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico», 64: «La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: [...] g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico» e 65: «Hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa». Alla normativa del 1995 si aggiunge poi il d.p.r. n. 396, 2000, art. 18: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

¹⁴⁷ Cass. civ., Sez. I, Sent., 24001, 2014: «È certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con "i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno". L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna [...]. Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato».

invece, di mera scelta di politica legislativa¹⁴⁸. La Corte aggiunge che il giudice, per capire se l'atto di stato civile contrasti con l'ordine pubblico, non deve limitarsi a constatare se la normativa estera collida con quella italiana, bensì deve effettuare un'analisi di legittimità della norma straniera con quelli che sono i principi esposti nella Costituzione, nei Trattati fondativi, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Di avviso contrario è poi la sentenza del 2019: il divieto di GPA fa parte dei principi di ordine pubblico e ciò si pone a ostacolo della trascrizione del certificato di filiazione formatosi all'estero¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Cass. civ., Sez. I, Sent., 19599, 2016: «Ciò significa che un contrasto con l'ordine pubblico non è ravvisabile per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale, perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti (o abbia esercitato) la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario. La ricerca di tali principi - è opportuno precisare - richiede una delicata operazione ermeneutica che non si fermi alla lettera della disposizione normativa, seppure di rango costituzionale, com'è dimostrato dal fatto che esistono in Costituzione norme dalle quali non si evincono principi inviolabili e che, quindi, non concorrono ad integrare la nozione di ordine pubblico [...]. Il giudice, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali principi, dovrà negare il contrasto con l'ordine pubblico in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, quando questa rappresenti una delle possibili modalità di espressione della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico. Da tempo, infatti, questa Corte ha precisato che le norme espressive dell'ordine pubblico non coincidono con quelle imperative o inderogabili [...], sicché il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all'ingresso dell'atto straniero; il giudice deve avere riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti" [...], in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento. Si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari».

¹⁴⁹ Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 12193, 2019: «Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dalla L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dalla L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d)».

Al di là della trascrizione, poi, possiamo evidenziare che non si pongono particolari problemi per il padre sociale, se legato geneticamente al bambino. In Italia, infatti, è concesso il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio. Più problematica, invece, la condizione della mamma intenzionale. L'art. 269 co. 3 c.c. fonda il concetto di maternità sul momento del parto. Dunque, anche se il bambino discende geneticamente dalla madre sociale, se non è lei ad averlo dato alla luce, non potrà da lei essere riconosciuto.

L'unico rimedio possibile, in questi casi, rimane un provvedimento di adozione in casi particolari. Questo strumento sopperisce alla lacuna normativa, ma non appaga del tutto; non è in grado di riconoscere una parentela piena e, inoltre, necessita dell'assenso del padre intenzionale¹⁵⁰. Nel 2021, è la stessa Corte costituzionale ad aver dichiarato che l'adozione in casi particolari non riesce né a garantire effettività al rapporto, né a intervenire con tempestività, e per questi motivi non rappresenta un istituto capace di soddisfare al meglio il benessere del minore¹⁵¹. Il giudice delle leggi ha invitato dunque il legislatore a intervenire:

Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la

¹⁵⁰ Legge n. 184 del 1983, art. 44, co. 1: «I minori possono essere adottati anche [...]: b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge».

¹⁵¹ Corte cost., n. 33, 2021: «L'adozione in casi particolari non attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 cod. civ., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219 (Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali), che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 cod. civ. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. Essa richiede inoltre, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 della legge n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita».

legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco.

Invito che ha formulato l'anno dopo anche la Cassazione¹⁵²:

Il legislatore è rimasto finora inerte. Il monito giace inascoltato. Nell'attesa dell'intervento, sempre possibile ed auspicabile, del legislatore, il giudice, trovandosi a dover decidere una questione relativa allo status del figlio di una coppia omoaffettiva, non può lasciare i diritti del bambino indefinitamente sospesi, ma deve ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati, tenendo conto delle indicazioni ricavabili dalla citata sentenza della Corte costituzionale. Anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma è investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale come l'ordine pubblico internazionale, che rappresenta il canale attraverso cui l'ordinamento si confronta con la pluralità degli ordinamenti salvaguardando la propria coerenza interna, o di un principio, come il migliore interesse del minore, in cui si esprime un valore fondativo dell'ordinamento, il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore.

¹⁵² Cass. civ., Sez. Unite, Sent., 38162, 2022.

5.3.4. Il reato “universale”

Il legislatore, invece che disciplinare lo *status* dei nati da GPA, ha intrapreso la precisa scelta di ampliare la punibilità della fattispecie, probabilmente con la speranza di eradicare ogni problematica a riguardo:

Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana.

La descrizione della condotta rimane immutata. Tra i tanti volti della maternità surrogata (eterologa, omologa, gestazionale, tradizionale), la legge non effettua un distinguo, riducendo il fenomeno a un *unicum*, verosimilmente attribuendo a ogni variabile il medesimo disvalore. La norma non brilla poi per la sua chiarezza: un lettore poco informato sui fatti di cronaca potrebbe addirittura intendere che ad essere vietata non è la GPA, ma solo la sua “commercializzazione”.

La novella, si osserva, è stata voluta perché dall’entrata in vigore della legge 40 nessun genitore sociale è stato mai punito nei casi in cui la GPA veniva effettuata all’estero; principio cardine del diritto penale è infatti quello della territorialità (ex art. 6 c.p.). Inoltre, il progetto genitoriale intrapreso dalla coppia prima di lasciare il Paese non è mai stato riconosciuto al pari di una condotta preparatoria, cosicché l’intera fattispecie viene considerata svolgersi interamente all’estero.

Nonostante si sia parlato a lungo del carattere “universale” del reato nella sua nuova versione, la dottrina ritiene che esso non rientri nella disciplina dell’art. 7 del codice penale¹⁵³. Quest’ultima norma deroga, infatti, al principio di territorialità, ma vi sono ricondotte fattispecie che sono o lesive degli interessi dello Stato (ad esempio: contraffazione del sigillo, delitti di falsità in monete, delitti commessi da pubblici ufficiali) o caratterizzate da un’estrema gravità riconosciuta a livello internazionale (abbandono di minori, tratta di persone, etc.). La GPA non rientra nella prima, né nella seconda casistica, esistendo Paesi che ne riconoscono invece la piena legittimità.

La punibilità della maternità surrogata commessa all’estero meglio si adatta, dunque, alla disciplina di cui all’art. 9 c.p., rubricato: «delitti comuni del cittadino all’estero». In tal caso, essendo la pena prevista non superiore a tre anni di reclusione, il colpevole può essere punito solo dietro richiesta del Ministro della giustizia.

Solo il tempo saprà dire se la scelta legislativa sarà vincente nel suo intento di arginare del tutto la pratica. Nel frattempo, si puntualizza che le responsabilità penali dei genitori, se riconosciute, non pongono comunque limiti né al riconoscimento della paternità (nel caso il padre sia genetico), né al provvedimento di adozione in casi particolari.

¹⁵³ Sul punto v. G. BALDINI, *Gestazione per conto d'altri, tra proposte liberticide e tutela del minore*, in «Altalex», 2023, www.altalex.com/documents/news/2023/05/02/gestazione-per-conto-altri-tra-proposte-liberticide-e-tutela-minore; F. GALLO, F. RE, R. D'ANDREA, A. CICATELLI, E. ARDITO, M. MICELI, L.M.R. NEGRI, P. STRINGA, *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge “Meloni” e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in «Giurisprudenza penale web», 7, 2022, pp. 1-36; F. FUSCALDO, *Maternità surrogata, reato universale?*, in «Altalex», 2023, <https://www.altalex.com/documents/news/2023/10/07/maternita-surrogata-reato-universale>; M. ZINCANI, *Il turismo procreativo non è reato universale*, in «Giurisprudenza penale web», 2024, www.giurisprudenzapenale.com/2024/10/22/il-turismo-procreativo-non-e-un-reato-universale/.

5.4. Quali danni per il reato di maternità surrogata?

Come ha sottolineato la Corte costituzionale in un *obiter dictum* la GPA: «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»¹⁵⁴. Così è come tradizionalmente il bene giuridico posto a presidio del reato viene ricondotto al concetto di “dignità della gestante”: principio senz’altro evocativo, ma poco oggettivo, nonché alquanto fumoso. Allontanandosi dalla tradizione germanica, per chiarire se il reato previsto sia compatibile con un sistema liberale si vorrebbe dunque tentare di applicare alla fattispecie il principio del danno di Mill, così come è stato ampiamente esplorato. L’idea in *On liberty* è quella che l’autodeterminazione individuale, diritto funzionale non solo allo svolgimento della propria personalità ma anche allo sviluppo dell’intera società, sia da limitarsi con legge solo ed esclusivamente nei casi in cui altrui autonomia sia violata. Nell’ipotesi di GPA, indi, è necessario indagare se possano essere riscontrati dei danni a seguito delle condotte portate in essere dalle parti coinvolte. Allora, secondo l’interpretazione tradizionale dell’*harm principle*, è necessario evidenziare anzitutto se vi è stata una violazione dei diritti di soggetti terzi, intesi al pari di una lesione di interessi giuridicamente qualificati.

Né al momento in cui la madre gestante accetta di portare in grembo un bambino altrui per nove mesi, né al momento del parto, né al momento della rinuncia dei suoi diritti genitoriali si può considerato leso l’interesse dei genitori intenzionali, che, anzi, nutriranno per lei solo ed esclusivamente un sentimento di gratitudine. L’attenzione poi è massima anche nei confronti dei

¹⁵⁴ Corte cost. n. 272, 2017.

diritti del nascituro, l'unico che, mentre i fatti si svolgono, non può esprimere alcun consenso. Ebbene, al momento attuale non esiste alcuna prova scientifica che evidenzi che il bambino coinvolto riscontri qualche trauma, nemmeno se in età adulta verrà reso edotto della sua vera origine biologica¹⁵⁵.

Esclusi dunque i genitori sociali e il nascituro, non rimane che analizzare i diritti della gestante, considerata, almeno nell'immaginario comune, la principale vittima della vicenda. Si è visto come lo stesso Mill individuasse ipotesi in cui, a fronte di condotte autolesionistiche, fosse concesso l'intervento dello Stato. Si esamini, dunque, se il reato in questione possa combaciare con le intromissioni legittime proprie dell'antipaternalismo giuridico moderato. Queste ultime, lo si visto precedentemente, sono tutte caratterizzate e giustificate dalla presenza di una volontarietà ritenuta

¹⁵⁵ Così: E. CAPULLI, cit., p. 128; G. GIORGINI PIGNATIELLO, cit., p. 118; E. LA ROSA, cit.; rilevante sul punto anche uno studio del 2023, che ne analizza l'impatto su un campione di ragazzi, oramai ventenni: S. GOLOMBOK, C. JONES, P. HALL, S. FOLEY, S. IMRIE, V. JADVA, *A longitudinal study of families formed through third-party assisted reproduction: Mother-child relationships and child adjustment from infancy to adulthood*, in «*Developmental Psychology*», 59, 6, 2023, pp. 1059-1073; emblematica a questo riguardo anche una delle prime controversie americane in tema di GPA sottoposte all'attenzione dei media. Mary Beth Whitehead aveva stipulato un contratto con i genitori intenzionali: la donna avrebbe acconsentito a sottoporsi a inseminazione artificiale, avrebbe portato in grembo il bambino e avrebbe rinunciato alla sua responsabilità genitoriale a favore di William e Elizabeth Stern. Dopo aver dato alla luce la bambina (soprannominata dal pubblico "baby M"), si rifiutò però di rinunciarvi. Di tutta risposta, il signor Stern si rivolse ai tribunali per ottenere l'adempimento del contratto. La questione infiammò e divise in maniera radicale l'opinione pubblica. Dopo alcune pronunce di senso contrario da parte dei tribunali di grado inferiore, è la Corte Suprema del New Jersey a chiudere la vicenda, dichiarando il contratto di maternità surrogata contrario all'ordine pubblico e privo di effetti di legge. La Corte stabilì che, per quanto potesse presupporre che la donna gestante fosse a conoscenza delle conseguenze a cui avrebbe condotto la sua scelta al momento della sottoscrizione del contratto, il consenso espresso in quel momento risultasse del tutto irrilevante, aggiungendo che allo stato dei fatti non fosse dato conoscere gli effetti sul lungo termine di un tale contratto: quale impatto emotivo avrebbe avuto la bambina, una volta cresciuta, venuta a conoscenza di essere stata comprata dai genitori intenzionali? Quali conseguenze avrebbe riscontrato la madre biologica e genetica in futuro? Si sarebbe pentita di aver venduto il proprio corpo? E ancora, i genitori sociali avrebbero mostrato qualche segno di rimorso? A fronte della mancanza di prove empiriche e della presenza di probabili e ipotetici danni futuri, la Corte aveva dunque ritenuto di affidare la custodia della bambina alla sua madre genetica e gestante, preferendola ai genitori intenzionali. William e Elizabeth sono poi spariti dai riflettori, ma è proprio dopo aver raggiunto la maggiore età che Melissa, la ormai cresciuta "baby M", ha rilasciato un'intervista pubblica dichiarando di aver revocato i diritti genitoriali della madre Mary Beth tramite un procedimento legale e di aver invece formalizzato la sua adozione in favore della coppia intenzionale.

lacunosa e claudicante: è come se l'attore della condotta coincidesse con la vittima stessa, proprio perché non perfettamente in grado di comprendere quali conseguenze avranno le sue azioni. L'intervento classico limitativo proibisce all'individuo di provocarsi danno autonomamente a causa del fatto che il suo consenso, per l'ordinamento giuridico, non può considerarsi valido. Ebbene, non sembra affatto che una donna maggiorenne che esprima l'intenzione di diventare madre surrogata, capace di intendere e di volere, non sottoposta a un provvedimento giudiziario che la privi della sua capacità di agire, possa rientrare in questa categoria.

Forse il reato meglio si adatta, allora, a quegli interventi appartenenti al cd. *endangerment-paternalism*. Seguendo questa teoria però dovremmo dare per presupposto che il legislatore si sia accertato che il rischio di danno involontario per la donna gestante, in termini empirico-probabilistici, sia molto alto. È proprio in questo frangente che si è scelto di inserire la fattispecie proposta da Mill dell'invalidità dei contratti di schiavitù volontaria: non è ipotizzabile un soggetto che, privandosi della propria libertà, non stia danneggiando un suo interesse giuridicamente qualificato. In termini probabilistici, in tutti i casi in cui l'individuo si priva del proprio diritto di autodeterminazione, egli agisce in modo inconsapevole. La sua tutela è perciò così forte, che lo Stato non riconoscerà l'efficacia di tali contratti.

Sono molti, dalla Chiesa Cattolica¹⁵⁶ fino a una parte dei movimenti femministi¹⁵⁷, a ritenere che la maternità surrogata rappresenti il volto

¹⁵⁶ V., ad esempio, E. VITALE, cit..

¹⁵⁷ L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Castelvechi, Roma, 2017; K.E. EKMAN, *Essere ed essere comprate. Prostituzione, maternità surrogata e identità divisa*, trad. di M. ALDUINO, Meltemi, Milano, 2024; della stessa posizione, poi, anche la Carta per l'abolizione universale della maternità surrogata firmata a Parigi nel 2016, promossa dai movimenti femministi di tutto il mondo; di avviso contrario, favorevole a una disciplina che regolamenti la gestazione per altri e valorizzi la libertà di autodeterminazione della donna è invece altra parte del movimento femminista, v., ad esempio: M. MURGIA, *Dare la vita*, Mondadori, Milano, 2024: la GPA non

contemporaneo della schiavitù. Il consenso della gestante non dovrebbe mai essere ritenuto valido, perché coartato dalle sadiche dinamiche del mercato, che si approfitta delle donne ridotte in condizioni di povertà e indigenza. Certo, è innegabile constatare che il fenomeno tocchi soprattutto il mondo femminile avente una bassa fascia di reddito, ma la disuguaglianza economica comporta il pericolo di sfruttamento per qualsiasi essere umano, ben al di là della gestazione per altri. Anche le donne e gli uomini che accettano di lavorare oltre il limite di fascia oraria consentita o quelli che si sottopongono a lavori degradanti e sottopagati sono alla *mercé* di tutto questo. È innegabile che si tratti di un problema sociale, di cui lo Stato deve sempre farsi carico, ma ciò non giustifica da solo la proibizione in oggetto. Al contrario, la criticità verrebbe meglio appianata ideando una disciplina *soft* che garantisca chiare tutele alla gestante. Inoltre, non è un bene generalizzare: il fenomeno, è stato sottolineato, non si riduce allo scambio economico, esistendo invece molte madri surrogate che lo fanno gratuitamente, con spirito di solidarietà.

Oltre il rischio di danno involontario derivante dallo sfruttamento, che come si è visto, oltre che ineliminabile per qualunque prestazione lavorativa, non può dirsi certo e indefettibile se rapportato a qualsiasi esperienze di GPA, non è ben chiaro, poi, quale sia la lesione giuridica che il reato si propone di evitare. Sul piano dell'integrità fisica non sembra che le preoccupazioni possano essere giustificate. In fondo, se la gestazione procede in modo lineare, successivamente al parto la donna non dovrebbe riscontrare alcun danno, tanto che fisiologicamente in futuro potrebbe affrontare anche nuove gravidanze. Per quanto riguarda la sfera attinente alla sua dignità, invece, si

sarebbe altro che una gravidanza indesiderata, solo che, al posto di mettervi fine, quest'ultima viene portata a termine. È paradossale, spiega l'autrice, che la stessa legge che accetta che la gravidanza venga interrotta, vieti di darvi inizio.

tratterebbe di un danno psicologico, e questo non può attenersi alla sfera più intima della singola donna. Al contrario del pregiudizio diffuso, sono numerose le testimonianze di madri gestanti che si dichiarano fiere e orgogliose di aver aiutato coppie pronte ad accogliere un bambino¹⁵⁸. Nuovamente, il divieto deve fondarsi su termini probabilistici e il danno involontario deve essere provato nei fatti, non presunto.

Esclusa quindi ogni lesione in punto di diritto anche nei confronti della gestante, appellarsi alla legge penale non sembra essere la soluzione più condivisibile. Il reato non appare compatibile con un ordinamento di stampo liberale, che, in modo contrario, dovrebbe invece valorizzare ogni scelta individuale. L'unica ragione per punire sembrerebbe allora essere il biasimo e la riprovevolezza che la pratica genera nella maggioranza. Il reato di maternità surrogata, lungi dal rispondere ai principi di *On liberty*, si imporrebbe allora ai cittadini per garantire uno standard morale, assumendo sfumature eticizzanti.

¹⁵⁸ S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Fandango, Roma, 2017: l'autrice si è proposta di intervistare le dirette interessate, coloro che vengono considerate vittime della maternità surrogata, riportando in maniera diretta e senza filtri le loro esperienze positive.

5.5. Peccare non è reato

Una volta messo in atto il “test del biasimo”, viene svelato come all’interno della dinamica della GPA non vi sia alcuna violazione di interessi giuridicamente qualificati, bensì solo lesioni sul piano etico. Questo accade perché la maternità surrogata è un’anomalia del sistema: sconvolge, cioè, l’ordine naturale delle cose, contraddicendo le convenzioni sociali¹⁵⁹. La società, per proteggere il suo *status quo*, non può fare altro che stigmatizzare e rifiutare la pratica. Non è certo un caso che, come visto poc’anzi, nell’immaginario collettivo la madre surrogata sia sempre colei che è priva di mezzi di sostentamento; una donna che non ha la possibilità di scegliere, ma che accetta di portare in grembo un bambino per conto d’altri costretta dalle pressioni economiche. La colpa è sempre attribuita alle disuguaglianze sociali. Al contrario, non viene mai preso in considerazione che esistano donne che accettino volontariamente di gestire una gravidanza per conto terzi¹⁶⁰.

Questo errato preconconcetto deriva dalla necessità di tutelare la «sacralità della figura materna»¹⁶¹. A fronte della frammentazione della maternità in tre componenti distinte (genetica, biologica e intenzionale), è lecito domandarsi quale fra queste donne possa oggi essere considerata “madre” a tutti gli effetti del nascituro. E la GPA spaventa proprio per questo motivo, perché dissacrando il ruolo genitoriale femminile, tanto idealizzato dalla collettività, minaccia direttamente la prima certezza che acquisisce ogni essere umano

¹⁵⁹ Cfr. E. TEMAN, *Birthing a mother. The surrogate body and the pregnant self*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2010, pp. 6-9.

¹⁶⁰ C.S. GUERZONI, T. MOTTERLE, *Sul corpo delle surrogate. Analisi del discorso pubblico italiano sulla gestazione per altri*, «Gender/sexuality/Italy», 5, 2018, pp. 160-180, pp. 174-176.

¹⁶¹ D. BRUNO, L. CALZOLARETTI, E. FONDI, S. OLIVA, A. SCANU, *Nuove genitorialità: la gestazione per altri. Temi e problemi*, in «Richard e Piggie» 24, 3, 2016, pp. 251-273, p. 259.

sulla propria origine familiare dal lato materno. Considerato il progresso scientifico-tecnologico in corso vi è dunque da formulare un nuovo quesito, prima d'ora del tutto superfluo: quali caratteristiche deve avere una donna per essere ritenuta “madre”? È sufficiente aver affrontato una gravidanza e un parto per diventarlo? È forse abbastanza aver ideato un progetto genitoriale di GPA?

Tanto si è speso e tanto si dirà ancora in futuro sul significato di maternità, ma vi è un passo biblico particolarmente adatto al caso concreto¹⁶². La vicenda narra di due prostitute che vivevano insieme e che avevano entrambe partorito l'una a pochi giorni di distanza dall'altra. Una notte uno dei due bambini perde la vita; la mattina seguente, la madre non riconosce il proprio figlio nel volto del neonato deceduto e accusa l'altra di averli scambiati nella culla, mentre lei stava dormendo. La controversia viene posta all'attenzione del re che ordina di uccidere il bambino superstite, tagliare il suo corpo in due e distribuirne una metà ad ognuna. Una delle due si arrende alla decisione, l'altra, per evitare che il bambino muoia, accetta di affidarlo all'altra donna, rinunciandovi. È proprio questo il gesto di amore incondizionato che svela l'identità della vera madre. Come si tradurrebbe questa vicenda nella dinamica della GPA? Chi sarebbe la madre disposta a rinunciare a crescere il suo bambino pur di garantirgli la salvezza? Chi sarebbe invece colei che è disposta a tutto pur di non vedersi negato il ruolo materno? La madre intenzionale è forse colei che pur di poter donare amore a un bambino rinuncia all'esperienza della gravidanza e del parto? O sarebbe invece colei che trascende il bene del proprio figlio, pur di avere un bambino

¹⁶² 1Re, 3:16-28, «Allora il re ordinò: “Prendetemi una spada!”. Portarono una spada alla presenza del re. Quindi il re aggiunse: “Tagliate in due il figlio vivo e datene una metà all'una e una metà all'altra”. La madre del bimbo vivo si rivolse al re, poiché le sue viscere si erano commosse per il suo figlio, e disse: “Signore, date a lei il bambino vivo; non uccidetelo affatto!”. L'altra disse: “Non sia né mio né tuo; dividetelo in due!”. Presa la parola, il re disse: “Date alla prima il bambino vivo; non uccidetelo. Quella è sua madre”».

a tutti i costi? L'interpretazione è soggettiva, poiché la maternità surrogata comunica in modo differente alle sensibilità di ciascuno.

È innegabile, dunque, che la gestazione per altri comporti innumerevoli obiezioni sul piano etico; tuttavia, almeno secondo il punto di vista di Mill, queste ultime non sono da sole sufficienti per giustificare la criminalizzazione. Contrariamente a quanto sosteneva Lord Devlin, infatti, la società non ha il compito di proteggere la propria morale appellandosi al diritto penale. In un ordinamento liberale, invece, l'unico atteggiamento legittimo con cui la società può disincentivare il ricorso alla GPA deve limitarsi alla sua condanna e riprovazione generale:

Gli atti di un individuo possono arrecare danno ad altri o non tenere in giusta considerazione il loro benessere, senza giungere al punto di violare alcuno dei loro diritti costituiti. In questo caso il colpevole può essere giustamente condannato dall'opinione, ma non dalla legge¹⁶³.

¹⁶³ J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, cit., pp. 86-87.

5.6. Libertà e prospettive *de iure condendo*

Per evitare i tratti paternalistici dell'attuale proibizione e tutelare in modo ottimale tutti i diritti delle parti coinvolte, sarebbe auspicabile, in una prospettiva *de iure condendo*, adottare una disciplina *soft* della gestazione per altri¹⁶⁴. In quest'ottica, sono numerosi gli studiosi che avanzano la proposta di accogliere l'istituto nella sua sola forma solidale¹⁶⁵. Secondo questo inquadramento, si troverebbe il giusto bilanciamento tra valorizzazione dell'autodeterminazione individuale e tutela della gestante esposta ai rischi di sfruttamento: il pericolo di prestare un consenso viziato, poiché coartato da situazioni di indigenza, verrebbe così evitato in radice.

Questa prospettiva però non appagherebbe le esigenze di un ordinamento dai tratti liberali. Lo si è analizzato, il rischio prospettato non è provato nei fatti, in quanto esistono tante donne che, nonostante lo scambio di denaro, trovano appagamento nell'aiutare altre coppie alla ricerca di un figlio. La limitazione assumerebbe, dunque, tratti eticizzanti, tentando di suggerire alle gestanti la corretta via per realizzare il loro stesso benessere. Non solo, ci sono almeno altri tre motivi validi per evitare una disciplina di questo tipo. Il primo di questi è che, anche se accettassimo che la madre surrogata non riceva alcun tipo di pagamento, esisterebbero comunque soggetti che lucrerebbero sul fenomeno (ad esempio le cliniche mediche o le agenzie legali e assicurative). Risulterebbe perciò del tutto irragionevole escludere il compenso per la gestante, protagonista assoluta della vicenda in quanto

¹⁶⁴ Della stessa opinione anche I. CORTI, *Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?*, in «GenIUS», 2024, pp. 1-13, p. 13; F. FUSCALDO, cit..

¹⁶⁵ B. PEZZINI, cit., p. 227; A. VALONGO, cit., p. 140; G. ZAGREBELSKY, *Maternità surrogata "reato universale": quella formula ipocrita che danneggia i bambini*, in «La Repubblica», 25 maggio 2023, www.repubblica.it/politica/2023/05/25/news/zagrebelisky_maternita_surrogata_reato_universale-401622113/.

prestatrice di un servizio¹⁶⁶. Il secondo motivo attiene alla psiche dei genitori intenzionali: riconoscere un corrispettivo economico alla gestante aiuta *in primis* la coppia a non sentirsi oppressa dal peso della riconoscenza e, poi, a meglio scindere i ruoli tra la madre sociale e quella gestante, contenendo le invidie, le rivalità e le fantasie incestuose spesso ricorrenti in questa particolare dinamica¹⁶⁷. In ultimo, l'alto rischio di elusione del divieto svela poi l'inefficacia della limitazione: è comprensibile che i genitori sociali vogliano sdebitarsi nei confronti della donna che ha contribuito a donare la vita al loro bambino, come si potrebbe poi stabilire se si tratti di un mero dono, di un rimborso spese o di un vero e proprio pagamento? Il confine è eccessivamente labile.

Taluna dottrina, poi, per giustificare il divieto in forma lucrativa, ha paragonato la maternità surrogata alla fattispecie di trapianto di organi, accettata e legittimata in Occidente solo nella sua forma gratuita¹⁶⁸. Unicamente la versione solidale della maternità surrogata, dunque, risulterebbe compatibile con la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina del 1997 e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000. Queste ultime rispettivamente all'art. 21 e all'art. 3 co. 2 lett. c vietano che il corpo e le sue parti possano generare fonte di profitto. Tuttavia, la GPA e la donazione di organi presentano tratti marcatamente differenti l'uno dall'altra: a seguito di un trapianto vi sarà un individuo che perderà definitivamente e per sempre una parte di sé, mentre ciò non accade con la maternità surrogata. La gestante non perderà né la sua capacità riproduttiva, né la disposizione del proprio corpo, così com'era prima della gravidanza. Il paragone non trova allora fondatezza; la madre surrogata, nelle

¹⁶⁶ Cfr. J. SHAPIRO, *For a Feminist Considering Surrogacy, Is Compensation Really the Key Question?*, in «*Washington Law Review*», 89, 2014, 1345-1373.

¹⁶⁷ D. BRUNO, L. CALZOLARETTI, E. FONDI, S. OLIVA, A. SCANU, cit., p. 263.

¹⁶⁸ V., ad esempio, G. BALDINI, cit..

ipotesi commerciali, riceve un compenso non per la vendita e il commercio del proprio corpo, ma per un servizio che lei stessa sceglie di mettere a disposizione.

Constato che non vi siano ragioni, almeno sul piano liberale, per escluderne la forma commerciale, si veda come si potrebbero regolare dunque i rapporti tra le parti in gioco.

Anzitutto tra genitori intenzionali e madre gestante dovrebbe instaurarsi, sia nelle ipotesi solidali, sia in quelle onerose, un rapporto di «mutua assistenza»¹⁶⁹. La madre surrogata tiene al corrente la coppia fornendole tutte le informazioni necessarie e richieste; i genitori sociali, dal canto loro, devono contribuire con supporto morale ed economico (quest'ultimo solo se previsto).

Per quanto riguarda invece i rapporti familiari che si creano tra il bambino e la sua madre biologica è auspicabile l'introduzione di una nuova figura che possa rappresentare al meglio il ruolo della gestante. Si è proposto di individuare un istituto rappresentativo del «nome della madre»¹⁷⁰, in questo modo verrebbe riconosciuta formalmente la derivazione biologica del bambino. Si tratterebbe di una tutela indirizzata soprattutto ai nati a seguito di GPA. Verrebbe così rafforzato e garantito loro l'accesso alle informazioni sulla propria origine, essenziali per la costruzione della propria identità e il corretto sviluppo della persona. Tuttavia, ciò non impedirebbe di riconoscere il diritto della madre surrogata di voler rimanere nell'anonimato, possibilità garantita anche oggi nei casi in cui il figlio venga dato in adozione¹⁷¹. Il bambino, una volta cresciuto, avrebbe comunque, anche nel caso in cui si

¹⁶⁹ Così lo definisce B. PEZZINI, cit., p. 226.

¹⁷⁰ Ivi, p. 221.

¹⁷¹ Ai sensi dell'art. 30 comma 1, d.p.r. n. 396/2000: «La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

tratti di madre biologica, il diritto di interpello, proclamato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 178 del 2013; con questa richiesta, intermediata da un'autorità pubblica, vi è la possibilità di accertarsi se sia ancora persistente la volontà della donna di non essere nominata.

Nell'ideare una legge liberale, poi, è imprescindibile saldare forti garanzie per la madre gestante, colei i cui diritti sono più esposti al rischio di lesione. Per evitare danni ai suoi interessi giuridicamente qualificati, il consenso della donna inerente alla rinuncia al suo ruolo di madre sociale deve essere considerato pieno e valido solo al perfezionamento della fattispecie, indi a seguito del parto. La possibilità di recesso della gestante, fino a questo momento, deve essere pienamente riconosciuta come suo diritto indefettibile e irrinunciabile¹⁷².

È indiscutibile che ciò creerebbe instabilità e insicurezza per i genitori sociali, ma si tratterebbe di una tutela fondamentale per ripristinare equità. In questo modo, diverrebbe possibile garantire alla gestante tutte le scelte che ogni donna può legittimamente effettuare durante la gravidanza: fino a riconoscerle la stessa possibilità di interromperla. Solo alla fine dei nove mesi e dopo il parto potrà considerarsi consolidata la sua volontà di diventare madre surrogata. Così, il suo servizio non potrà mai dirsi né coercibile, né esigibile.

Al contrario, come prevede attualmente la legge 40 all'art. 3 co. 6, non sarebbe possibile per i genitori sociali, dal momento della fecondazione dell'ovulo, revocare il consenso prestato; essi stanno acconsentendo a diventare genitori e dare amore incondizionatamente, non certo per ottenere il bambino perfetto con il volto da loro sempre sognato¹⁷³.

¹⁷² B. PEZZINI, cit., pp. 227-230; J. SHAPIRO, cit., pp. 1363-1369; A. VALONGO, cit., p. 152.

¹⁷³ A. VALONGO, cit., pp. 152-153: l'autrice riporta un triste fatto di cronaca in cui una coppia australiana aveva rifiutato di assumere la responsabilità del bambino nato a seguito di GPA a causa del fatto che

Riguardo poi all'assunzione di responsabilità genitoriale da parte dei genitori sociali nei confronti del bambino, una deroga all'art. 269 co. 3 c.c., dunque una filiazione che trascenda il momento del parto, non pare incompatibile con la nostra Carta costituzionale. Il criterio ispiratore deve corrispondere a quello applicato attualmente ai casi di adozione e di PMA eterologa, in cui il consenso ad assumere la qualità di genitori prevale sul legame genetico¹⁷⁴. *A fortiori*, nei casi di GPA omologa la maternità biologica dovrebbe passare in secondo piano nel caso in cui la madre sociale sia anche quella genetica. Beninteso, tutto ciò sempre a patto che la madre surrogata abbia prestato il suo consenso dopo il parto, adeguatamente accertato tramite il rilascio di un provvedimento giudiziale.

In prospettiva futura, sia nel caso in cui il legislatore abolirà il divieto paternalistico, sia nel caso in cui rifiuti di adottare un punto di vista liberale perseguendo la scelta di politica legislativa attuale, è d'uopo in ogni caso interrogarsi sui motivi per i quali tante coppie in Italia hanno ricorso alla GPA all'estero, nonostante il Paese da tempo rifiuti e condanni la pratica. In Italia, infatti, esiste già un istituto che permette, a chi lo desideri, di diventare genitori. Trattasi dell'adozione, che, oltre a soddisfare l'amore della coppia, risponde ai bisogni e ai diritti di tutti quei bambini che sono in condizioni di abbandono morale e materiale. A differenza della GPA, però, l'adozione ha il pregio di porre fine a una condizione problematica, in cui, invece che dare un bambino a una famiglia, si dà la famiglia al bambino¹⁷⁵. Risulta alquanto paradossale osservare che tante coppie che hanno ricorso alla maternità surrogata, l'hanno fatto proprio perché interdetti ad accedere all'adozione in

quest'ultimo risultava affetto da una grave malattia, durante la gravidanza i genitori intenzionali avevano inoltre preteso che la gestante stessa ricorresse all'IVG.

¹⁷⁴ Ivi, p. 141.

¹⁷⁵ E. VITALE, cit., p. 94.

Italia, a causa dei requisiti stringenti che impone la legge vigente¹⁷⁶. In una prospettiva *de iure condendo*, risulta quantomai necessario e prioritario ripensare anche all'istituto dell'adozione e ai suoi presupposti.

Non solo, la questione è ancora più ampia. Bisogna chiedersi quale sia la ragione che spinge tante coppie a cercare il concepimento di un bambino nel momento in cui l'età del corpo più non lo consente. Vi è dunque da individuarne le cause (accesso tardivo al mondo del lavoro, precarietà economica, pochi aiuti e sostegni alle famiglie...) e ripensare poi globalmente alla politica demografica del Paese¹⁷⁷. La GPA non è il problema, anzi è solo un rimedio a una situazione di crisi già avviata e su cui vi è l'urgenza di riflettere.

¹⁷⁶ Cfr. S. POZZOLO, cit., p. 176; D. ROSANI, cit., p. 129.

¹⁷⁷ V. sul punto C. TRIPODINA, cit., p. 141.

Conclusioni

Si è dato conto di come il principio del danno può essere ancora oggi funzionale nell'esaminare quanto una norma specifica sia in grado di rispettare l'autonomia e la facoltà di autodeterminazione dell'individuo. Non solo. In un'ottica più estesa, attraverso questa lente è possibile determinare quanto un ordinamento giuridico tenda al rispetto dei principi liberali.

Per parametrare la legittimità delle norme penali è allora sicuramente proficua, anche a livello domestico, una stretta collaborazione tra la tesi del bene giuridico e quella tradizionalmente adottata dai sistemi di *common law*. Tuttavia l'utilità dell'*harm principle*, come dimostrato, non si riduce all'ottica penalistica o al campo della bioetica. Si tratta infatti di un criterio potenzialmente efficace anche per misurare il grado di libertà del cittadino di fronte alla disciplina degli istituti giuridici appartenenti a svariate branche del diritto.

La tentazione di appellarsi al diritto per rafforzare il rispetto delle norme morali è un'inclinazione naturale umana, ma si tratta di un atteggiamento sbagliato e irragionevole. È dimostrato che la maggior parte dei consociati non ha alcuna necessità di un obbligo o di un divieto per comportarsi conformemente al codice etico dominante; si tratta di valori che vengono seguiti spontaneamente, poiché essi rispondono direttamente alla coscienza di ciascuno. Secondariamente, non vi è alcuna necessità di imprigionare la morale cristallizzandola al suo stato attuale. Il cambiamento e lo scorrere del tempo la modificheranno inevitabilmente, ma non vi è alcuna ragione per temere che essa assumerà caratteristiche peggiori, decretando il declino della popolazione.

L'ordinamento giuridico non può conoscere cosa è meglio e virtuoso per tutti i suoi cittadini, deve limitarsi dunque a concedere le più ampie libertà possibili, affinché tutti possano scegliere senza restrizioni, condizionamenti o manipolazioni esterne. Ciò naturalmente a patto che nessuno crei danno nella sfera giuridica altrui, in modo che tutti possano essere ugualmente liberi di determinarsi. Quanto detto vale anche per le condotte autolesionistiche. Certo, lo Stato potrà o intervenire nel caso in cui il consenso sia viziato secondo i criteri di legge, o limitare temporaneamente la condotta affinché possa accertarsi che vi sia volontarietà. Avrà inoltre la possibilità di impedire tutti quei comportamenti che probabilisticamente ne difettano, ma il rischio calcolato deve essere trasparente, evitando che il legislatore possa attingere alle percezioni soggettive.

Il giurista, nondimeno, dovrà sempre tenere a mente che l'applicazione del principio del danno avrà esiti distinti a seconda di quale interpretazione ne verrà seguita. Come la tesi del bene giuridico, infatti, il principio del danno necessita di essere ben definito. Accogliendo un'interpretazione eccessivamente elastica, il criterio potrebbe anche condurre a risultati paradossalmente contrari ai precetti del liberalismo. E, inevitabilmente, ciò finirebbe per frustrarne la funzionalità.

Beninteso, rimane sempre ferma la possibilità di accettare la tesi del moralismo legale affinché il legislatore detti ai cittadini le modalità per cogliere ciò che è bene; diversamente, la libertà concessa dal liberalismo non potrà impedire che i più fragili vengano indotti all'errore. Cionondimeno, forse, potrebbe nuovamente valere la pena nutrire fiducia – e un certo qual ottimismo – nelle capacità di ogni essere umano.

Bibliografia

- A. APOSTOLI, *La gestazione per altri e il Giudice delle leggi*, in «*Ragion pratica*», 1, 2021.
- J.G. AÑON, *John Stuart Mill: justicia y derecho*, McGraw-hill, Madrid, 1997.
- ARISTOTELE, Pol. III. 5. 1280b, in P. ACCATTINO, M. CURNIS (a cura di), *Aristotele. La politica*, «L'Erma» di Bretschneider, Roma, 2013.
- G. BALDINI, *Gestazione per conto d'altri, tra proposte liberticide e tutela del minore*, in «*Altalex*», 2023, www.altalex.com/documents/news/2023/05/02/gestazione-per-conto-altri-tra-proposte-liberticide-e-tutela-minore.
- L. BATTAGLIA, *Il manifesto per una bioetica liberale*, disponibile su www.istitutobioetica.it/l-istituto/il-manifesto-dell-istituto.
- R. BIN, *Maternità surrogata: ragioni di una riflessione*, in «*BioLaw Journal*», 2, 2016.
- T. BORTOLU, *La gestazione per altri tra diritto alla procreazione, dignità umana e superiore interesse del minore. Una riflessione comparatistica*, in «*Actualidad Jurídica Iberoamericana*», 17 bis, 2022.
- D.O. BRINK, *Mill's deliberative utilitarianism*, in «*Philosophy & Public Affairs*», 21, 1, 1992.
- D. BRUNO, L. CALZOLARETTI, E. FONDI, S. OLIVA, A. SCANU, *Nuove genitorialità: la gestazione per altri. Temi e problemi*, in «*Richard e Piggie*» 24, 3, 2016.
- A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.
- P. CANE, *Taking law seriously: starting points of the Hart/Devlin debate*, in «*The Journal of Ethics*», 10, 1/2, 2006.
- E. CAPULLI, *Gestazione per altri: corpi riproduttivi tra biocapitale e biodiritto*, in «*BioLaw Journal*», 1, 2021.
- TH. CASADEI, G. ZANETTI, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Giappichelli, Torino, 2019.
- S. CECCHINI, *Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*, in «*Biolaw Journal*», 2, 2019.

- L. CHIEFFI, *La gestazione per altri nella settima arte: spunti di riflessione sul bilanciamento tra aspettative di genitorialità e benessere del nascituro*, in «Nomos», 2, 2019.
- G. CLAEYS, *Mill and paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- R. COHEN-ALMAGOR, *Between Autonomy and State Regulation: J.S. Mill's Elastic Paternalism*, in «Philosophy», 87, 342, 2012.
- S. CONLY, *Against autonomy. Justifying coercive paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- M. COOPER, C. WALDBY, *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera*, trad. di A. Balzano, DeriveApprodi, Roma, 2015.
- L. CORNEJO AMORETTI, *John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo*, in «Derecho & Sociedad», 48, 2016.
- L. CORRADI, *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, Castelvechi, Roma, 2017.
- I. CORTI, *Gravidanza per altri e reato "universale": quali effetti su bimbe e bimbi, mamme e papà?*, in «GenIUS», 2024.
- T. D'AQUINO, *Somma teologica*, I-II, q. 96, a. 2, in P. TITO, S. CENTI, P. ANGELO, Z. BELLONI (a cura di), 2009.
- P. DEVLIN, *The enforcement of morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1972.
- M. DI MASI, M. VIRGILIO, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in «Minorigiustizia», 1, 2017.
- W. DONNER, *Autonomy, Tradition, and the Enforcement of Morality*, in L. TEN (edited by), *Mill's "On Liberty". A Critical Guide*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2008.
- R. DWORKIN, *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, in «The Yale Law Journal», 75, 6, 1966.
- R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- G. DWORKIN, *Paternalism*, 2020, in «Stanford encyclopedia of philosophy», disponibile su www.plato.stanford.edu/entries/paternalism/.
- L. EINAUDI, in G.S. MILL, *La libertà*, Piero Gobetti Editore, Torino, 1925.

- K.E. EKMAN, *Essere ed essere comprate. Prostituzione, maternità surrogata e identità divisa*, trad. di M. ALDUINO, Meltemi, Milano, 2024.
- R.A. EPSTEIN, *The harm principle – And how it grew*, in «*The University of Toronto Law Journal*», 4, 1995.
- ESCHILLO, *Oresteia*, introd. di V. DI BENEDETTO, trad. e note di E. MEDDA, L. BATTEZZATO, M.P. PATTONI, Milano, BUR, 2018
- E. FALLETTI, *Una discussione che viene da lontano*, in S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Fandago Libri, 2017.
- B. FATEH-MOGHADAM, T. GUTMANN, *Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of "Soft Paternalism"*, in «*Ethical Theory and Moral Practice*», 17, 3, 2014.
- J. FEINBERG, *Legal paternalism*, in «*Canadian Journal of Philosophy*», 1, 1, 1971.
- J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Harm to others*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, New York, 1984.
- J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law. Offense to others*, vol. II, Oxford University Press, New York, Oxford, 1985.
- J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal law, Harm to self*, vol. III, Oxford University Press, Oxford, New York, 1986.
- F. FERRARO, *L'utilità dei diritti. Diritti morali e giuridici in una prospettiva etica utilitarista*, ETS, Pisa, 2013.
- G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Bari-Roma, 2017.
- V. FRANCO, *Gestazione per altri e bioetica*, in «*Bioetica*», 1, 2016.
- A.E. FUCHS, *Mill's theory of morally correct action*, in H.R. WEST (edited by), *The Blackwell guide to Mill's utilitarianism*, Blackwell Publishing, Malden, Oxford, 2006.
- F. FUSCALDO, *Maternità surrogata, reato universale?*, in «*Altalex*», 2023, <https://www.altalex.com/documents/news/2023/10/07/maternita-surrogata-reato-universale>.
- M. GALLETTI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica al paternalismo libertario*, IF Press, Roma, 2018.
- M. GALLETTI, *Il volto manipolatorio del paternalismo libertario. Spinte gentili ed etica della manipolazione*, in «*Iride*», 3, 2020.
- F. GALLO, F. RE, R. D'ANDREA, A. CICATELLI, E. ARDITO, M. MICELI, L.M.R. NEGRI, P. STRINGA, *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di*

regolamentazione. *Riflessioni a margine del progetto di legge “Meloni” e della proposta di legge dell’Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in «Giurisprudenza penale web», 7, 2022.

- R.P. GEORGE, *Making men moral. Civil liberties and public morality*, Claredon press, Oxford University Press, Oxford, 1993.

- G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Comparare per differenza: lo statuto giuridico della gestazione per altri in Italia e negli ordinamenti di common law*, in «ConsultaOnline», I, 2025.

- S. GOLOMBOK, C. JONES, P. HALL, S. FOLEY, S. IMRIE, V. JADVA, *A longitudinal study of families formed through third-party assisted reproduction: Mother-child relationships and child adjustment from infancy to adulthood*, in «Developmental Psychology», 59, 6, 2023.

- A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022.

- C.S. GUERZONI, T. MOTTERLE, *Sul corpo delle surrogate. Analisi del discorso pubblico italiano sulla gestazione per altri*, «Gender/sexuality/Italy», 5, 2018.

- H.L. HART, *Law, liberty and morality*, Oxford University Press, London, 1963.

- N. HOLTUG, *The harm principle*, in «Ethical Theory and Moral Practice», 5, 4, 2002.

- D. JACOBSON, *Mill On liberty, speech, and the free society*, in «Philosophy & Public Affairs», 29, 3, 2000.

- I. KANT, *Risposta alla domanda: cos’è l’illuminismo?*, in G. SASSO (a cura di), *Antologia degli scritti politici di Emanuele Kant*, Il Mulino, Bologna, 2024.

- E. LA ROSA, *Maternità surrogata*, in «Diritto on line», 2017, www.treccani.it/enciclopedia/maternita-surrogata_%28Diritto-on-line%29/.

- G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in «ConsultaOnline», 2017.

- C. LUZZI, *Sui “venuti al mondo” grazie alla surrogazione di maternità, la Corte Edu supporta le Sezioni unite, ma delude (comprensibilmente) qualche aspettativa. Osservazioni a partire dalla sentenza C. c. Italia*, in «Genius», 2024.

- G. MANIACI, *Come interpretare il principio del danno*, in «Ragion pratica», 1, 2017.

- G. MANIACI, *Il concetto di danno nell’etica liberale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2017.

- S. MARCHI, *Mio tuo suo loro. Donne che partoriscono per altri*, Fandango, Roma, 2017.
- E. MESSINEO, *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediale*, in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI, S. ORLANDO (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022.
- J.S. MILL, *M. De Tocqueville on democracy in America*, in J.S. MILL, *Dissertations and discussions. Political, philosophical, and historical*, Vol. II, John W. Parker and son, London, 1859.
- J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, prefazione di G. Giorcello e M. Mondadori, trad. di S. MAGISTRETTI, Il Saggiatore, Milano, 1991.
- J.S. MILL, *Utilitarianism*, The floating press, 2009.
- G. MINGARDO, *Le Sezioni Unite si pronunciano (nuovamente) sulla gestazione per altri: è stato detto davvero tutto?*, in «Nomos», 1, 2023.
- M. MURGIA, *Dare la vita*, Mondadori, Milano, 2024.
- E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in «Associazione italiana dei costituzionalisti», 2, 2018.
- B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall'analisi di genere della gravidanza per altri*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2017.
- A. PORCIELLO, *Patrick Devlin y el populismo penal contemporaneo*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 56, 2022.
- S. POZZOLO, *Locatio ventris. Il corpo come mezzo o come fine*, in «Ragion pratica», 1, 2021.
- J. RILEY, *Mill, On liberty*, Routledge, London, New York, 1998.
- A. RIPSTEIN, *Beyond the harm principle*, in «Philosophy & Public Affairs», 34, 3, 2006.
- D. ROSANI, *"The Best Interests of the Parents". La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in «BioLaw Journal», 1, 2017.
- B. SALONE, *La maternità surrogata in Italia: profili di diritto interno e risvolti internazionalprivatistici*, in «BioLaw Journal», 2, 2016.
- B. SAUNDERS, *Reformulating Mill's harm principle*, in «Mind», 125, 500, 2016.

- J. SHAPIRO, *For a Feminist Considering Surrogacy, Is Compensation Really the Key Question?*, in «*Washington Law Review*», 89, 2014.
- J.F. STEPHEN, *Liberty, equality, fraternity*, Elder & co, London, 1874.
- C.R. SUNSTEIN, *Why nudge?*, Yale University Press, New Haven, London, 2014.
- E. TEMAN, *Birthing a mother. The surrogate body and the pregnant self*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London, 2010.
- R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in «*The American economic review*», 93, 2, 2003.
- R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, trad. di A. Oliveri, Feltrinelli, Milano, 2009.
- P. TINCANI, *Harm principle, Il principio del danno*, in F. SCIACCA (a cura di), *L'individuo nella crisi dei diritti*, Il Melangolo, Genova, 2009.
- P. TINCANI, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, L'Ornitorinco, Milano, 2009.
- P. TINCANI, *Droga, le ragioni per non proibire*, in «*Il Mulino*», 6, 2011.
- P. TINCANI, *Filosofia del diritto*, Le Monnier, Firenze, 2017.
- P. TINCANI, *In difesa del principio del danno*, in N. RIVA (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Carocci, Roma, 2020.
- C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.
- A. VALONGO, *La gestazione per altri: prospettive di diritto interno*, in «*BioLaw Journal*», 2, 2016.
- A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- G. VIGGIANI, *Alcune questioni preliminari in materia di gestazione per altri*, in «*Ragion pratica*» 1, 2021.
- E. VITALE, «*Dammi dei figli, se no io ne muoio*» (Gn 30,1). *Dal desiderio di maternità alla maternità surrogata*, Tau, Perugia, 2022.

- M.D. WHITE, *The manipulation of choice. Ethics and libertarian paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.
- G. ZAGREBELSKY, *Maternità surrogata “reato universale”: quella formula ipocrita che danneggia i bambini*, in «La Repubblica», 25 maggio 2023, www.repubblica.it/politica/2023/05/25/news/zagrebelsky_maternita_surrogata_reato_universale-401622113/.
- M. ZINCANI, *Il turismo procreativo non è reato universale*, in «Giurisprudenza penale web», 2024, www.giurisprudenzapenale.com/2024/10/22/il-turismo-procreativo-non-e-un-reato-universale/.

