



MIMESIS ELEPHAS. TESTI FILOSOFICI DI DIRITTO, MORALE E POLITICA

Collana diretta da Marina Lalatta Costerbosa e Andrea Porciello

N. 4







H.L.A. HART

DIRITTO, LIBERTÀ
E MORALITÀ

A CURA DI
MARINA LALATTA COSTERBOSA



MIMESIS



Law, Liberty, and Morality by H.L.A. Hart published in English
by Stanford University Press.

Copyright © 1963 by the Board of Trustees of the Leland Stan-
ford Junior University. All rights reserved.

This translation is published by arrangement with Stanford
University Press, www.sup.org.

Traduzione di Marina Lalatta Costerbosa

I volumi della collana sono soggetti a doppio referaggio
anonimo.

Questo volume è stato stampato con il contributo del Diparti-
mento di Filosofia e Comunicazione dell'Università di Bologna.


MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Elephas*, n. 4
Isbn: 9788857590288

© 2023 – MIM EDIZIONI SRL
Piazza Don Enrico Mapelli, 75
20099 Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 21100089



INDICE

- 7 INTRODUZIONE
di Marina Lalatta Costerbosa
- 23 *Notizia sulla vita e le opere*
- 27 DIRITTO, LIBERTÀ E MORALITÀ
- 31 PREFERAZIONE
- I
- 35 La protezione giuridica della moralità
- 41 Cospirazione per corrompere
la morale pubblica
- 50 Prostituzione e omosessualità
- 56 Moralità positiva e moralità critica
- 




II

- 65 L'uso e l'abuso di esempi
- 71 Paternalismo e protezione della moralità
- 77 La graduazione morale della pena
- 82 Immoralità privata e indecenza pubblica
- 94 La tesi moderata e la tesi estrema

III

- 101 Tipi di imposizione
 - 110 Retribuzione e denuncia
 - 122 La preservazione della moralità e il conservatorismo morale
 - 133 Populismo morale e democrazia
 - 138 Conclusione

 - 141 Bibliografia selezionata
 - 143 *Indice dei nomi e delle materie*
- 

INTRODUZIONE

Anche se opprimo un solo uomo, in lui tutta l'umanità mi appare come pura cosa; se un uomo è una formica che si può schiacciare senza scrupoli, l'insieme degli uomini non è che un formicaio.

Simone de Beauvoir, *Pour une morale de l'ambiguïté*, 1947.

Scegliamo di aprire queste pagine introduttive con una frase che Gustav Radbruch inserì tra le riflessioni conclusive del suo importante testo del 1948 *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Con la modestia e l'onestà intellettuale proprie dell'autocritica, Radbruch riconosce che “il crollo dello Stato di illegalità nazionalsocialista pone la giurisdizione tedesca sempre dinanzi a nuove questioni che il positivismo tradizionale non è capace di risolvere”¹.

Ci pare questo un buon punto di partenza per anticipare la lettura di un libro che raccoglie tre splendide lezioni tenute da uno dei

¹ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: “Rechtsphilosophie III”, a cura di Winfried Hassemer, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1990, pp. 121-228: 226.

più grandi filosofi del diritto giuspositivisti del Novecento, H.L.A. Hart. L'opera unisce con grande coesione e stringenza argomentativa, il contenuto di tre incontri rivolti agli studenti, offerti da Hart alla fine degli anni Cinquanta nell'ambito delle *Harry Camp Lectures* dell'Università di Stanford: un ciclo specificamente dedicato al tema della dignità e del rispetto dell'individuo umano.

Si tratta di una breve, ma assai serrata, analisi del problema del rapporto tra diritto e morale, una lunga riflessione da leggersi quasi tutta d'un fiato. Al centro un tema con cui il filosofo di Oxford si era già cimentato in quella *lectio magistralis* pronunciata a Harvard nel 1956, poi pubblicata sulla "Harvard Law Review" con il titolo *Positivism and the Separation of Law and Morals*, insieme alla risposta di Lon Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: a Reply to Professor Hart*².

Non siamo qui semplicemente al cospetto di un autore che si confronta con uno dei temi classici della filosofia del diritto; piuttosto siamo testimoni del suo interesse crescente per un nodo teorico che la tragedia del nazismo ha riproposto nel modo più forte e concreto. Sul terreno giuridico in senso

² "Harvard Law Review", 71, 4, rispettivamente alle pp. 593-629 e alle pp. 630-672.

stretto, la questione trova espressione pratica con la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del '48, con i processi ai criminali nazisti e con l'introduzione nel diritto penale internazionale della fattispecie dei crimini contro l'umanità: momenti di svolta questi, convergenti nel riconoscere valore giuridico alla dignità umana.

Assunto di fondo è l'implicita o esplicita adozione di un concetto di diritto che per essere tale deve assolvere a una pretesa di correttezza minima. Questo Radbruch lo sa bene, da giuspositivista quale era negli anni Trenta, e tale è la sua consapevolezza e convinzione da indurlo a consegnare i suoi ultimi anni all'elaborazione di un'idea di diritto profondamente rivista, e alla più recisa critica di ogni forma legalistica di giuspositivismo.

Hart un decennio più tardi si manterrà nel solco del positivismo giuridico, ma senza eludere o negare la rilevanza per la convivenza democratica del problema del rapporto tra diritto e morale. Tale atteggiamento teorico affiorerà da alcuni luoghi di *The Concept of Law*³, soprattutto dalle pagine del famoso

3 Cfr. in particolare il capitolo IX di H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, II ed. with a *Postscript* a cura di Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon, Oxford 1994 (trad. it. *Il concetto di diritto*, a cura di Mario A.

Postscript alla seconda edizione (apparso postumo nel 1994), ma già proprio nelle lezioni americane, poi pubblicate come saggio autonomo intitolato: *Law, Liberty, and Morality*. Tale fu la rilevanza dell'approdo hartiano da indurre la storiografica a leggervi il gesto iniziale di quella che poi sarebbe stata definita una versione inclusiva del giuspositivismo, in contrapposizione alla più tradizionale e radicale sua versione formalistica, quella denominata più di recente "esclusiva".

Il tratto peculiare della prospettiva di analisi di Hart non si risolve tuttavia in questa parziale riconsiderazione del nesso tra diritto e morale, poiché contestualmente egli intese porre in evidenza, a fronte di una proposta di connessione "forte", le insidie a questa sottese per il rispetto del valore fondamentale della libertà dell'individuo. Se il fulcro tematico dell'opera *Il concetto di diritto* sarà la natura del diritto, il suo concetto, la domanda che risuona lungo l'intero sviluppo delle tre lezioni raccolte in *Diritto, libertà e moralità* è diversa. Potremmo riassumerla così: quali limiti l'attività dello Stato deve avere, sotto il profilo penale, nella sua risposta a condotte non dannose ma ec-

Cattaneo, con un postscritto dell'autore, Einaudi, Torino 2002).

centriche o contrarie rispetto agli standard della morale dominante in società? Per chi ha frequentato le vecchie pagine del giovane Wilhelm von Humboldt questo sembra un *déjà vu*; in realtà siamo al cospetto di scritti diversissimi, non però lontani nel nocciolo normativo in gioco.

Nel capitolo XIII dedicato al diritto penale, nel suo splendido *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, Humboldt scriveva infatti che “i cosiddetti reati a sfondo sessuale (escluso lo stupro), provochino essi scandalo o meno, i tentati suicidi etc. non possono essere puniti, e persino l'uccisione di un altro con la sua autorizzazione dovrebbe rimanere impunita se in quest'ultimo caso la possibilità di un abuso pericoloso non rendesse necessaria una norma penale”⁴. Sullo sfondo per lui l'idea che “il vero scopo dell'uomo [...] è la formazione più elevata e più proporzionata delle sue forze tendente all'unità. Per questa formazione la libertà è la prima e indispensabile condizione. Ma oltre alla libertà lo sviluppo delle forze umane richiede ancora qualcosa d'altro, per quanto

4 Wilhelm von Humboldt, *Ideen zu einem Versuch die Grezen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen* (1792); trad. it. *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, a cura di Marina Lalatta Costerbosa, Rubbettino, Soveria Mannelli 2004, pp. 41-200: 154.

di strettamente legato a essa: la molteplicità delle situazioni. Anche l'essere umano più libero e più indipendente, posto in una condizione uniforme, progredisce di meno nella sua formazione"⁵. Da qui l'importanza decisiva di fissare tersi limiti all'attività dello Stato affinché essa non si trasformi in un'indebita ed esiziale ingerenza.

Come sappiamo John Stuart Mill, il faro di Hart nelle lezioni alla Stanford, aveva ravvisato proprio nel filosofo prussiano la sua vera fonte, tanto da sostenere che "il libro [il saggio del 1859] che porta il mio nome non aveva pretese di originalità per nessuna delle dottrine in esso contenute e non era diretto a scriverne la storia, l'unico autore che mi aveva preceduto nella loro formulazione per il quale ritenni opportuno dire qualcosa fu Humboldt"⁶.

Ma facciamo un passo indietro, per cominciare dall'inizio di questa storia.

Il Secondo conflitto mondiale aveva riaperto il vaso di pandora della questione del contenuto minimo di moralità del diritto e della non coincidenza tra diritto e leg-

⁵ Ivi, p. 49.

⁶ John Stuart Mill, *Autobiography* [parz. 1873; 1924], trad. it., *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari 1976, p. 199.

ge. La rimessa in discussione, con Gustav Radbruch, del giuspositivismo legalistico o dell'assolutizzazione del formalismo nel diritto, portò a un recupero di istanze morali da vagliare, argomentare, giustificare. Radbruch si arresta, anche per la sua morte precoce, sulla soglia della rievocazione di un diritto naturale a contenuto variabile, utile almeno per riconoscere ciò che è troppo ingiusto per essere ritenuto diritto. La posta in gioco è enorme: da un lato l'esigenza di introdurre un vincolo minimo di moralità nel definire che cosa possa dirsi diritto, dall'altro l'esigenza di non prestare il fianco alla possibile grave deriva moralistica sempre in agguato. Le istanze democratiche si trovano nel terreno di mezzo tra il relativismo bruto del giuspositivismo formalistico e il realismo dogmatico del moralismo giuridico.

Ma il dibattito non si arena, continua o meglio è vivo e ha una sua autonomia teorica in area anglosassone, un'autonomia che si manifesta nella centralità delle questioni civili legate al tema della relazione tra diritto, morale e politica. Il diritto e lo Stato come devono porsi nei confronti della moralità dei cittadini per essere ritenuti legittimi democraticamente, ovvero per non tradire il vincolo normativo del rispetto del valore fondamentale della libertà individuale?

Una nuova tappa della grande questione rilanciata con vigore nel secondo dopoguerra, dunque, trova in Hart il suo protagonista. Il punto di innesco è mutato rispetto a quello radbruchiano; non è il desiderio di dimostrare la presenza di una pretesa minima di moralità del diritto, bensì, sul versante opposto, di rivelare l'illegittimità del moralismo giuridico-politico. Sullo sfondo la legislazione in materia sessuale nell'Inghilterra degli anni Cinquanta, una legislazione che, mentre Hart parla agli studenti americani, reputa ancora l'omosessualità un reato penale. Nella prefazione alla seconda edizione del testo, egli riconoscerà però di essere stato troppo pessimista negli anni precedenti, nell'intervallo di tempo che divide le due edizioni, dunque tra il 1963 e il 1969: l'omosessualità verrà infatti finalmente depenalizzata con il *Sexual Offences Act* nel 1967.

Le riflessioni del filosofo oxoniense trovano nel saggio del 1859 di John Stuart Mill *On Liberty* la matrice teorica privilegiata. Egli sembra quasi far rivivere un secolo dopo la prospettiva dell'utilitarista londinese, pur nella parziale diversità delle prospettive filosofiche e in parte delle conclusioni pratiche. La struttura del suo discorso è rigorosamente argomentativa, tutta giocata

nell'intenso e sintetico confronto con le tesi di due affermati giuristi conservatori.

Il primo risponde al nome di Sir James Fitzjames Stephen, il quale dopo essere stato incaricato di organizzare l'assetto legislativo nella Colonia delle Indie, nella seconda metà degli anni Settanta dell'Ottocento, divenne giudice del Regno e docente di *Common Law* agli Inns of Court. Hart, che pure si richiamerà nelle sue lezioni all'opera imponente in tre volumi *History of the Criminal Law in England* (1883), entrerà in dialogo con numerosi luoghi e più in generale con gli assunti di fondo, nonché le contraddizioni del testo *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), scritto per l'appunto in aperta polemica con il saggio milliano sulla libertà. Il secondo giurista chiamato in causa da Hart è il più noto Patrick Devlin, suo coetaneo, giudice della High Court, aspro critico del Wolfenden Report, una figura influente e dalla vita privata non scevra da ombre inquietanti. Nel saggio *The Enforcement of Morals* (1965) Lord Devlin sistematizza la propria posizione conservatrice, avversando fermamente gli esiti del rapporto della Commissione Wolfenden (dal nome de suo Presidente sir John Wolfenden), impegnata nel redigere un resoconto sulla condizione dell'omosessualità e della prostituzione, a di-

stanza di quasi settant'anni dall'emanazione del *Criminal Law Amendment Act* del 1885; atto legislativo con il quale l'omosessualità maschile era stata trasformata in un reato penale. Sul tema specifico la commissione concluse i propri lavori raccomandando la depenalizzazione dell'omosessualità e una maggiore raffinatezza del diritto in materia di prostituzione, sì da colpire specificamente la crescente diffusione della prostituzione nelle strade.

Punto di partenza normativo della risposta hartiana alla teoria conservatrice può essere senz'altro quel luogo celeberrimo del saggio *Sulla libertà*, in cui Mill enunciava il principio del danno quale unico criterio che può legittimare l'intervento del diritto pubblico nel vincolare l'esercizio della libertà di un individuo. Un faro al riguardo è la pagina in cui leggiamo che “il solo scopo per il quale l'umanità è giustificata a interferire, individualmente o collettivamente, nella libertà d'azione di chiunque, è quello di autoprotettersi. Il solo scopo per il quale si può legittimamente esercitare un potere su un qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è quello di impedirgli di nuocere agli altri. Il bene, fisico o morale, di questo individuo non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può

costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà più felice, perché, secondo l'opinione altrui, ciò sarebbe più saggio o persino più giusto"⁷. Contro il paternalismo, il conformismo e la pretesa di universalizzare standard etici controversi e sostanzialistici, Mill difende l'autonomia di ciascun individuo contro le ingerenze dello Stato, ma anche contro la pressione della società e dell'opinione della maggioranza delle persone. "Il solo aspetto della condotta di un individuo, per il quale egli deve rispondere alla società, è quello che riguarda gli altri (principio del danno). Per ciò che concerne soltanto lui, la sua *indipendenza è di diritto assoluta*. Su se stesso, sul suo corpo e sulla sua mente, l'individuo è sovrano"⁸.

Quest'ultimo principio teorico sarà una guida per le argomentazioni hartiane volte non solo a contestare la legittimità della pretesa di proteggere la moralità positiva di una data società, attraverso il ricorso al diritto penale, ma anche a smontare e a porre a nudo sul piano delle contraddizioni interne, dei pregiudizi reconditi e dei *non sequi-*

7 John Stuart Mill, *On Liberty* (1859); trad. it. Sulla libertà, SugarCo, Milano 1990, pp. 32-33.

8 Ivi, p. 33.

tur esiziali le tesi difese dai due avversari teorici privilegiati, appunto Sir Stephen e Lord Devlin. Hart riesce a isolare le argomentazioni decisive sostenute dai due avversari e a portarle a convergere su due tesi portanti da lui definite: tesi moderata e tesi estrema, entrambe a supporto della teoria generale della legittimità del *legal enforcement of morals*: della protezione giuridica della morale.

“Secondo la tesi moderata, una moralità condivisa è il cemento della società; senza di essa vi sarebbero aggregati di individui ma nessuna società”; così, secondo Devlin, “benché un atto particolare di immoralità possa non danneggiare o porre in pericolo o corrompere altri, né, se fatto in privato, turbare o arrecare oltraggio ad altri, la questione non è chiusa. Non dobbiamo infatti guardare il comportamento isolandolo dal suo effetto sul codice morale: se ricordiamo questo, possiamo vedere che una persona la quale ‘non è una minaccia per altri’ nondimeno per la sua condotta immorale ‘può minacciare uno dei principi morali più grandi su cui si basa la società’. [...] Questa è la ragione per cui ‘la soppressione del vizio è affare del diritto tanto quanto lo è il contra-

9 *Infra*, p. 95.

sto di attività sovversive”¹⁰. “Al contrario, la tesi estrema non guarda alla moralità condivisa come a un valore meramente strumentale in analogia con il governo costituito, e non giustifica la punizione dell’immoralità, come la punizione del tradimento, in quanto passo compiuto per preservare la società dalla dissoluzione o dal collasso. Piuttosto, la protezione della moralità è considerata una cosa di valore; anche se gli atti immorali non danneggiano nessuno direttamente, o indirettamente per l’indebolirsi del cemento morale della società”¹¹. Solo semplificando Hart ritiene che la tesi estrema possa essere attribuita a Stephen e quella moderata a Devlin, vera la confusione non rara dell’una con l’altra e le ambiguità rintracciabili nei saggi dei due giuristi conservatori. Hart concentrerà i suoi sforzi per riuscire a far affiorare in modo nitido queste sovrapposizioni e le numerose debolezze argomentative.

Assunto che per una liberal-democrazia l’infelicità umana è un male e la libertà individuale un valore, ogni aumento della prima e ogni riduzione della seconda per iniziativa dell’autorità statale devono essere giustificati. Ma proprio la ragione che adducono

¹⁰ *Infra*, p. 95.

¹¹ *Infra*, p. 96.

Stephen e Devlin, nel ruolo quasi di portavoce del moralismo al tempo assai diffuso tra i giuristi e le Corti di giustizia, non ha la forza per fornire la giustificazione richiesta. E così, le lezioni di Hart pubblicate qui in versione italiana possono essere considerate il contributo più alto che sia stato offerto contro la sostenibilità teorica e giuridico-politica della *legal enforcement of morals* dopo Mill.

Il testo che presentiamo è la traduzione italiana del volume di H.L.A. Hart *Law, Liberty, and Morality* (Oxford University Press, Oxford 1963). Nel 1968 l'opera era stata prontamente tradotta in italiano da Giacomo Gavazzi per l'editore Bonanno di Acireale, ma mai più ripubblicata e oggi di difficile reperibilità. Da qui l'idea di una traduzione italiana completamente nuova. L'abbiamo condotta seguendo fedelmente il testo hartiano: mantenendo i termini "moralità" e "morale" ove compaiono, rispettivamente, "morality" e "morals" e rendendo il termine chiave di tutto il libro: "enforcement" quasi sempre con "protezione" piuttosto che "imposizione", "promozione" o "rafforzamento", perché crediamo restituisca in modo sufficientemente preciso il significato originario attribuitogli nei tre

testi principali del cosiddetto *Hart-Devlin debate* ai quali abbiamo fatto cenno: *Liberty, Equality, Fraternity* di Stephen, *The Enforcement of Morals* di Devlin, *Law, Liberty and Morality* di Hart. Il termine “imposizione” non solo avrebbe rischiato, a nostro avviso, di apparire ridondante in associazione con l’aggettivo “giuridica”, ricorrente nello scritto, e quindi troppo forte, finendo per coincidere con “coercizione”, inoltre esso avrebbe potuto suggerire anche una potenziale non corrispondenza con la morale positiva, che viceversa, in particolare per Devlin, pare il punto di vista morale da assumere a riferimento. L’“imposizione” della morale potrebbe significare cioè l’obbligatorietà di standard anche non dominanti in società. Termini come “promozione” o “rafforzamento” d’altro canto potrebbero aprire pure a eventuali azioni positive di potenziamento della moralità positiva, mentre per Hart anche il solo intervento statale negativo e correttivo o “protettivo” della moralità personale, nello specifico, della moralità sessuale che non arreca danno ad alcuno, non può essere considerato legittimo.

M.L.C.



NOTIZIA SULLA VITA E LE OPERE

Herbert Lionel Adolphus Hart (ma si firmava H.L.A. Hart) è considerato uno dei più grandi filosofi del diritto giuspositivisti della seconda metà del Novecento.

Nasce a Harrogate (Yorkshire) nel 1907, in una famiglia di emigrati ebrei di seconda generazione; muore a Oxford nel 1992. Studiò all'università di Oxford grazie a una borsa di studio, e lì si laureò in Giurisprudenza nel 1929. Dopo la laurea intraprese la professione legale che abbandonò al ritorno alla normalità dopo il '45. Negli anni della guerra, giudicato non adatto al servizio militare, entrò nell'MI5, i Servizi di sicurezza e del controspionaggio britannici (la *Military Intelligence*, sezione 5, per la sicurezza interna). E proprio il ruolo di agente per l'Intelligence gli offrì l'occasione di iniziare uno scambio filosoficamente proficuo con Stuart Hampshire e Gilbert Ryle, a loro volta agenti dell'MI6 (il Servizio di Intelligence che con la sezione 6 si oc-

cupava dei rapporti della Gran Bretagna con l'estero). Dopo la guerra divenne professore di Filosofia (1946-1953) e poi di *Jurisprudence* (1953-1970) all'Università di Oxford. Ebbe quattro figli dalla moglie Jenifer Williams, che sposò nel 1941¹.

Oltre a *Il concetto di diritto* e al libro che presentiamo ora in traduzione italiana, è sua la paternità di scritti rilevantissimi come, tra gli altri, il volume *Punishment and Responsibility* (1968) dedicato alla concezione della pena in relazione al concetto di responsabilità, tema quest'ultimo indagato in senso ampio e non meramente giuridico. E ancora *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* (1982) e *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983)².

Con la sua opera, fondamentale per la cultura giuridica non solo anglosassone, Hart rappresenta insieme a Hans Kelsen

1 La rocambolesca e tormentata, per certi aspetti, monotona, per altri, biografia di Hart trova un significativo approfondimento nella biografia scritta, sulla scorta anche dello studio delle lettere e dei diari, da Nicola Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford 2004.

2 In traduzione italiana sono disponibili tra i testi ora ricordati: *Il concetto di diritto*, a cura di Mario A. Cattaneo, cit. e *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, traduzione e introduzione di Mario Jori, Edizioni di Comunità, Milano 1981.

Notizia sulla vita e le opere

uno dei punti di riferimento del dibattito giusfilosofico internazionale del quale è ancora oggi una delle voci più influenti.

M.L.C.



H.L.A. HART
DIRITTO,
LIBERTÀ E MORALITÀ





THE HARRY CAMP LECTURES

L'Harry Camp Memorial Fund venne istituito nel 1959 per rendere possibile con continuità presso la Stanford University cicli di lezioni su temi riguardanti la dignità e il valore dell'individuo umano.





PREFAZIONE

Il *Suicide Act* del 1961, benché possa coinvolgere direttamente le vite di poche persone, è una pietra miliare nella nostra storia giuridica. È da almeno un secolo a questa parte il primo atto del Parlamento, volto a rimuovere in una volta sola le sanzioni previste dal diritto penale per una pratica tanto condannata chiaramente dalla moralità cristiana convenzionale quanto punibile col diritto. Molti auspicano che al *Suicide Act* possano far seguito ulteriori misure di riforma e che certe forme di aborto, di condotta omosessuale tra adulti consenzienti in privato, e certe forme di eutanasia cessino di essere reati; poiché essi pensano che, qui, come nel caso del suicidio, la sofferenza causata direttamente e indirettamente dalla pena giuridica oltrepassi ogni eventuale danno queste pratiche possano arrecare. Ma il destino delle raccomandazioni della Commissione Wolfenden non incoraggia a ritenere tali riforme probabili in un futuro prossimo. Come la nostra storia mostra in modo sin

troppo chiaro, è relativamente facile creare il diritto penale e straordinariamente difficile abrogarlo.

I difensori della riforma si trovano prima o poi al cospetto di un argomento generale relativo allo scopo precipuo del diritto penale; e queste tre lezioni, tenute lo scorso anno alla Stanford University, sono un piccolo contributo a questo tema. Esse concernono principalmente la critica di una concezione espressa con coerenza degna di nota negli ultimi cent'anni da autorevoli giudici inglesi contro gli argomenti riformistici. Si tratta della concezione secondo la quale il diritto penale può essere usato specificamente per punire l'immoralità in quanto tale, anche se essa non causa danno ad altri. Deviazioni dalla moralità sessuale convenzionale in quanto tale come l'omosessualità offrono gli esempi più chiari di reati che non danneggiano gli altri, e sono pertanto il focus privilegiato di questo argomento. È per tale ragione, e non per la convinzione che altre riforme del diritto siano meno urgenti, che queste lezioni riguardano principalmente queste ultime.

H.L.A. Hart

Nota dell'Autore

Le opinioni espresse nella Prefazione scritta nel 1963, concernenti le prospettive di ulteriore riforma del diritto penale, appaiono, nel 1967, troppo pessimistiche. Il *Sexual Offences Act* del 1967 stabilisce che, con alcune eccezioni, un atto omosessuale in privato non sarà reato se le parti sono consenzienti e hanno raggiunto l'età di venti anni. L'*Abortion Act* del 1967 permette a un medico professionista registrato di effettuare un aborto se due di tali professionisti sono dell'opinione che la continuazione della gravidanza comporterebbe un rischio per la vita o per la salute mentale della madre (una questione sulla determinazione della quale può essere tenuto in considerazione il contesto di vita della madre) oppure che vi è un rischio sostanziale che il bambino che nascerebbe soffrirebbe di anomalie fisiche o mentali tali da renderlo gravemente handicappato.

H.L.A. Hart, Maggio 1969.

Diritto, libertà e moralità

Abbreviazioni

- A.C. Law Reports (The). Appeal Cases (House of Lords).
A.E.R. American Economic Review.
CMD Command Papers (UK Parliamentary Papers).
Lofft Lofft's King's Bench Reports 1772-1774.
W.L.R. Weekly Law Reports.

La protezione giuridica della moralità

Queste lezioni vertono su una questione relativa alle relazioni tra diritto e morale. Affermo esplicitamente “una questione”, perché nella foga della controversia che spesso si genera quando diritto e morale vengono intese in connessione, non di rado si trascura che non vi è solo una questione concernente le loro relazioni, ma molte questioni diverse che richiedono di essere trattate separatamente. Comincerò pertanto col distinguere quattro e a identificare quella sulla quale mi concentrerò nel prosieguo.

La prima è una questione storica e causale: l'evoluzione del diritto è stata influenzata dalla morale? La risposta a tale questione è chiaramente “sì”; benché ovviamente questo non significhi che una risposta affermativa non possa essere data anche all'interrogativo inverso: l'evoluzione della moralità è stata influenzata dal diritto? Quest'ultima domanda non è stata indagata ancora in modo adeguato, ma vi sono adesso molti encomiabili studi

americani e inglesi sulla prima questione. Essi mostrano le molteplici vie in cui la moralità ha determinato il corso del diritto, talvolta in modo nascosto e lento attraverso il processo giudiziario, talvolta in modo manifesto e repentino tramite la legislazione. Non dirò altro qui su tale questione storico-causale, salvo segnalare che la risposta affermativa che può essere data a essa, e al suo inverso, non significa che una risposta affermativa debba essere data alle questioni affatto differenti riguardanti le relazioni tra diritto e morale.

La seconda questione può essere definita analitica o definitoria. In un'adeguata definizione di diritto o di sistema giuridico deve rientrare qualche riferimento alla moralità? Oppure è solo un fatto contingente che diritto e morale spesso si sovrappongano (come nella loro comune condanna di certe forme di violenza e disonestà) e che essi condividano un vocabolario comune dei diritti, degli obblighi e dei doveri? Queste sono questioni note nella lunga storia della filosofia del diritto, ma forse non sono così importanti quanto suggerisce la quantità di tempo e di inchiostro spesi per loro. Due cose hanno cospirato per rendere la discussione su di esse interminabile o quasi. La prima è che il problema è stato offuscato dall'uso di parole magniloquenti ma vaghe come "positivismo" e "dirit-

to naturale”. Stendardi sono stati sventolati e partiti costituiti in un dibattito acceso ma spesso confuso. In secondo luogo, nel clamore, è stato detto troppo poco sui criteri per giudicare l’adeguatezza di una definizione di diritto. Tale definizione dovrebbe stabilire cosa, se qualcosa vi è, l’uomo comune intende esprimere quando usa i termini “diritto” o “sistema giuridico”? O piuttosto dovrebbe mirare a ottenere, distinguendo alcuni fenomeni sociali da altri, una classificazione utile o illuminante per finalità teoriche?

Una terza questione concerne la possibilità e le forme della critica morale del diritto. Il diritto è aperto alla critica morale? Oppure l’ammissione che una norma sia una norma giuridicamente valida preclude la critica morale o la sua condanna sulla scorta di standard o principi morali? In pochi forse in questo uditorio rileverebbero una qualche contraddizione o un paradosso nell’asserire che una norma del diritto è valida e purtuttavia in conflitto con alcuni principi morali vincolanti, relativi a comportamenti contrari a quanto prescritto dalla norma giuridica. Tuttavia nei nostri stessi giorni Kelsen¹ ha

1 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge 1945, pp. 374-376, 407-410.

sostenuto che sussiste una contraddizione logica in tale asserzione, a meno che essa non sia interpretata semplicemente come una dichiarazione autobiografica o un resoconto psicologico di chi parla di sue opposte inclinazioni sia di obbedire al diritto sia di disobbedirgli seguendo il principio morale.

Entro questa terza questione se ne trovano molte altre subordinate. Anche se ammettessimo, come farebbero i più, la possibilità di una critica morale del diritto, potremmo domandarci se vi siano forme della critica morale che siano unicamente o esclusivamente rilevanti per il diritto. La critica in termini di giustizia esaurisce tutte le forme rilevanti? Oppure “diritto buono” significa qualcosa di differente e di più ampio di “diritto giusto”? La giustizia, come Bentham sembra aver pensato, è solo un nome per la distribuzione efficiente dell'utilità o del benessere, oppure è riconducibile a essi in modo diverso? Chiaramente in questione qui è l'adeguatezza dell'Utilitarismo come critica morale delle istituzioni sociali.

La quarta questione è il tema di queste lezioni. Esso concerne la protezione giuridica della moralità ed è stato formulato in molti modi diversi. Il fatto che un certo comportamento sia immorale secondo standard comuni è sufficiente per giustificare il renderla

una condotta punibile dal diritto? È moralmente lecito imporre la moralità come tale? L'immoralità in quanto tale dovrebbe essere un reato?

A tale questione John Stuart Mill diede una solenne risposta negativa nel suo saggio *On Liberty* un secolo fa, e il famoso assunto sulla base del quale egli formulò la sua risposta rappresenta la tesi centrale del suo saggio. Egli affermò: "L'unico scopo per il quale il potere può essere legittimamente esercitato su un membro di una comunità civile contro la sua volontà è quello di evitare un danno ad altri"². E per specificare le molte cose diverse che egli intende escludere, aggiunge, "il suo bene personale, fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Egli non può legittimamente essere costretto a fare o a non fare perché sarebbe meglio per lui fare così, perché ciò lo renderebbe più felice, perché secondo l'opinione di altri fare così sarebbe saggio o persino giusto"³.

Questa tesi, Mill ci dice, deve essere fatta valere per gli esseri umani solo "raggiunta la maturità delle proprie facoltà": non deve essere applicata ai bambini o a società arre-

2 John Stuart Mill, *On Liberty*, John W. Parker and Son, Londra 1859, cap. 1.

3 *Ibidem*.

trate. Eppure, essa è stata oggetto di molte critiche accademiche sulla scorta di due motivazioni differenti, e a dire il vero incompatibili. Alcuni critici hanno sostenuto che la linea che Mill cerca di tracciare tra azioni in cui il diritto può ingerirsi e quelle in cui non può è illusoria. “Nessun uomo è un’isola”; e in una società organizzata è impossibile individuare classi di azioni che non danneggiano nessuno o nessun altro oltre all’individuo che le compie. Altri critici hanno ammesso che una tale suddivisione tra le azioni può essere compiuta, ma evidenziano che è semplicemente dogmatico da parte di Mill limitare la coercizione giuridica alla classe di azioni che arrecano danno ad altri. Vi sono buone ragioni, pretendono quindi questi critici, per imporre il conformarsi alla moralità sociale e per punire le deviazioni da essa anche quando queste non arrecano danno ad altri.

Considererò questa disputa principalmente in relazione al tema specifico della moralità sessuale ove *prima facie* sembra plausibile che vi siano azioni immorali secondo standard condivisi e tuttavia non dannose per altri. Ma per prevenire fraintendimenti desidero introdurre un *caveat*; non propongo di difendere tutto ciò che Mill afferma; poiché io stesso penso che

potrebbero esserci ragioni ulteriori, rispetto alla prevenzione del danno ad altri, le quali giustificano la coercizione giuridica di un individuo. Ma sul tema più specifico rilevante per la protezione della moralità, Mill mi pare abbia ragione. È possibile ovviamente asserire solo che la protezione giuridica da parte della società della sua moralità condivisa non richieda argomenti per giustificarsi, perché è una moralità vigente. Ma i critici di Mill non si sono nascosti dietro questa asserzione grossolana. Hanno infatti avanzato molti argomenti differenti per giustificare la protezione della morale, ma questi, come cercherò di dimostrare, rinviano tutti ad assunzioni non provate da dati di fatto, oppure a talune valutazioni la cui plausibilità, a causa in larga misura di ambiguità o vaghezza o scarsa accuratezza delle proposizioni, diminuisce (per quanto non scompaia del tutto) se sottoposta a vaglio critico.

Cospirazione per corrompere la morale pubblica

In Inghilterra negli ultimi anni la questione se il diritto penale debba essere impiegato per punire l'immoralità "in quanto tale" ha acquisito una nuova rilevanza pratica; si è assistito, a mio giudizio, a un

revival di quello che potrebbe essere definito *moralismo giuridico*. Alcuni giudici tanto nella loro funzione giudiziaria quanto nelle loro dichiarazioni extra-giudiziarie hanno fatto di tutto per esprimere il punto di vista secondo il quale la protezione della moralità sessuale è una parte effettiva della sfera di competenza del diritto – allo stesso modo in cui è suo compito, così un giudice ha sostenuto, la repressione del tradimento. Non è chiaro cosa abbia provocato questa rinascita del moralismo giuridico: devono aver contribuito più fattori e, tra gli altri, forse, l'idea che l'inasprimento delle sanzioni previste per qualsiasi forma di immoralità possa essere una via per fronteggiare l'incremento della criminalità che tanto turba tutto noi. Ma quale che sia la causa, questo movimento d'opinione dei giudici è andato molto avanti. Lo scorso anno la House of Lords nel caso *Shaw vs. Director of Public Prosecutions*⁴ riesumò ciò che molti avevano pensato avesse trovato la propria tomba nel XVIII secolo: la concezione (essa stessa una creatura della Camera stellata) secondo la quale “una cospirazione per corrompere la morale pubblica” è un reato di *common law*. Come effetto di

4 (1961) 2 A.E.R. 446. (1962) A.C. 223.

questa decisione i pubblici ministeri in Inghilterra adesso possono affrontare i loro problemi complessi servendosi del *dictum* di Lord Mansfield risalente al 1774 e invocato nei discorsi di alcuni giudici del caso Shaw.

Tutto ciò che è *contra bonos mores et decorum* i principi delle nostre leggi lo proibiscono e la Corte del Re in quanto censore generale e custode della morale pubblica è tenuta a reprimerlo e punirlo.⁵

Naturalmente il codice penale della California, come quello di molti Stati dell'Unione, include nel novero dei reati la cospirazione contro la morale pubblica, e può sembrare strano agli americani sentire rappresentato come un nuovo approdo il riconoscimento da parte della House of Lords inglese di questo reato. Ma gli americani sono abituati, a differenza degli inglesi, a vedere inclusi tra le loro prescrizioni di legge molta zavorra giuridica in forma di norme penali non più vigenti, e sono convinti che, perlomeno in California, la norma la quale stabilisce che la cospirazione per corrompere la morale pubblica sia un reato può con

⁵ *Jones vs. Randall* (1774) Lofft 385.

certezza essere considerata lettera morta. Non è così adesso in Inghilterra, e tanto l'uso recente del diritto nel caso Shaw quanto il futuro uso prevedibile di esso da parte della House of Lords meritano la massima attenzione.

I fatti nel caso Shaw non sono tali da suscitare simpatia nei confronti dell'accusato. Ciò che Shaw aveva fatto era stato comporre e pubblicare una rivista chiamata *Ladies Directory* con i nomi e gli indirizzi di prostitute, in alcuni casi fotografie di nudo, e un'indicazione in codice delle loro pratiche. Per questo Shaw fu incriminato e ritenuto colpevole di tre reati: 1) pubblicazione di un articolo osceno, 2) mantenimento attraverso i guadagni delle prostitute che pagavano per l'inserzione dei loro annunci in *Ladies Directory*, 3) cospirazione per corrompere la morale pubblica servendosi di *Ladies Directory*.

Tutto questo può apparire una macchina a tre braccia alquanto poderosa per essere usata soltanto per assicurare la condanna e l'incarcerazione di Shaw; ma il diritto inglese ha sempre preferito la prassi del rigore. I giudici nella House of Lords non solo non sollevarono obiezioni all'inclusione dell'imputazione di cospirazione per la corruzione della morale pubblica, ma con un solo dissenziente (Lord Reid) essi con-

fermarono la tesi dell'accusa secondo la quale si trattò di un reato già noto al diritto inglese e insistettero nel sostenere che fosse una cosa salutare che così dovesse essere. Fecero dunque una ricognizione, rara per i giudici inglesi, nell'ambito della prassi per evidenziare tutto ciò.

Per mostrare l'esigenza attuale di un diritto penale resuscitato a nuova vita, uno dei giudici (Lord Simonds), già Lord Cancelliere, rese la seguente eloquente dichiarazione:

Quando Lord Mansfield, parlando molto tempo dopo l'abolizione della Camera Stellata, disse che la Corte del Consiglio reale era il *custus morum* del popolo e aveva la supervisione dei reati *contra bonos mores*, stava asserendo, come io adesso, che in quella Corte sussisteva un potere residuale, là dove nessuna norma fosse ancora intervenuta per modificare la *common law*, per supervisionare reati pregiudizievoli per il benessere pubblico. Tali occasioni saranno rare, ove il Parlamento non sia stato lento nel legiferare quando l'attenzione sia stata sufficientemente destata. Ma lacune rimangono e sempre rimarranno, poiché nessuno può prevedere tutti i modi in cui la perversione dell'uomo può distruggere l'ordine della società. Mi si consenta un solo esempio... Supponiamo che in un momento futuro, forse prossimo, pratiche omosessuali tra adulti maschi consenzienti non siano più

reato. Non sarebbe un reato se, pur senza oscenità, tali pratiche fossero difese e incoraggiate pubblicamente da pamphlet e annunci? Oppure dovremmo attendere che il Parlamento trovi il tempo di occuparsi di tale condotta? Io dico, Signori, che se la *common law* è impotente in tale circostanza allora noi non le dovremmo più muovere reverenza. Ma io dico che la sua mano è ancora potente e che è grazie a essa che i giudici di sua Maestà possono svolgere il ruolo che Lord Mansfield ha conferito loro.⁶

Questo è senza dubbio un raffinato esempio di retorica giudiziaria inglese in veste barocca. Giudici successivi possono tralasciare molto di esso in quanto *obiter dictum*. Ma l'interpretazione data dalla House of Lords all'idea eccessivamente vaga, e dunque oscura, di corruzione della morale pubblica ha forgiato un'arma davvero formidabile per punire l'immoralità come tale. Pertanto è chiara dall'indicazione data alla giuria che la House of Lords approvò in questo caso che nessun limite in pratica viene posto all'esigenza di stabilire ciò che deve essere considerato di norma "cospirazione" o "corruzione". Queste parole forti,

⁶ *Shaw vs. Director of Public Prosecutions* (1961) 2 A.E.R., pp. 452-53. (1962) A.C., p. 268.

come Lord Reid ebbe ad affermare, erano state “annacquate”: tutto ciò che deve essere stabilito è che l'accusato acconsenti di fare o dire qualcosa che nell'opinione di una giuria potrebbe “aver traviato un altro moralmente”⁷. Non occorre inoltre nessun approfondimento sul “pubblico” né occorre che la moralità in questione sia “pubblica” in un senso diverso da quello della moralità generalmente accettata.

Scrittori giuristi in Inghilterra non hanno ancora trattato la relazione tra questo reato estremamente ampio di *common law* e quelle leggi che definiscono certi reati specifici concernenti la moralità sessuale. Ma è certamente sostenibile che i pubblici ministeri possono ora avvalersi di questo reato di *common law* per aggirare le restrizioni imposte da norme o garanzie di legge. Così, la legge⁸ in base alla quale gli editori di *Lady Chatterley's Lover* di D.H. Lawrence vennero accusati senza successo in Inghilterra lo scorso anno, dimostra che gli interessi di scienza, letteratura, e arte o istruzione saranno presi in considerazione, e se è provato che sulla base di queste motivazioni la pubblicazione è giustificata in vista del bene pubblico,

7 (1961) 2 A.E.R., pp. 461, 466. (1962) A.C., p. 282.

8 *The Obscene Publications Act 1959*.

nessun reato per la legge è stato commesso. In quel caso questi meriti risultarono evidenti. Se gli editori fossero stati accusati di cospirazione per la corruzione della morale pubblica, i meriti letterari e artistici del libro sarebbero stati irrilevanti, e l'accusa avrebbe potuto ben avere successo. Allo stesso modo, benché il Parlamento nella recente legislazione abbia evitato di rendere la prostituzione un reato in sé, a differenza dell'adescamento in strada o in luogo pubblico⁹, sembra che sia nella disponibilità delle Corti, secondo la dottrina del caso Shaw, fare ciò che il Parlamento non ha fatto. Una certa preoccupazione per il suo impiego in tal senso è stata già espressa¹⁰.

L'importanza attribuita dai giudici nel caso Shaw alla rinascita dell'idea che le Corti dovrebbero funzionare come *custos morum* oppure "il censore generale e il custode dei costumi pubblici" può essere misurata in base a due cose. La prima è che questo revival fu chiaramente un atto deliberato di indirizzo politico; i casi del passato assunti come precedenti permettevano con evidenza, anche secondo la rigorosa dottri-

9 *The Street Offences Act 1959*.

10 "Manchester Guardian", 31 gennaio 1962; commento a *Weisz vs. Monahan* (1962) 2 W.L.R. 262. Cfr. anche *R. vs. Quinn* (1961) 3 W.L.R., p. 611.

na inglese del precedente, una decisione in altra direzione. In secondo luogo, i giudici sembrarono disposti a pagare un prezzo alto in termini di sacrificio di altri valori pur di consolidare – o riconsolidare – il ruolo delle Corti come *custos morum*. Il valore particolare che essi sacrificarono è il principio di legalità il quale esige che i reati penali siano definiti nel modo più preciso possibile, sì da sapere preventivamente con ragionevole certezza quali atti siano reati e quali non lo siano. Come effetto del caso Shaw, virtualmente ogni condotta in collaborazione con altri è criminale se una giuria considera *ex post facto* che è stata immorale. Forse il riferimento più vicino a questo nella giurisprudenza moderna europea è l'idea rintracciabile nelle leggi tedesche di epoca nazista secondo la quale qualcosa è punibile se è meritevole di pena secondo "le concezioni fondamentali del diritto penale e il sano sentimento popolare"¹¹. Mentre così Mill sarebbe rabbrivito al cospetto del diritto applicato nel caso Shaw in quanto legittimava gravi ingerenze nella libertà individuale, Bentham¹² avrebbe trovato terrificante il

¹¹ *Act of June 28, 1935.*

¹² Jeremy Bentham, *Principles of the Civil Code*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di John Bowring, William Tait, Edinburgo 1843, vol. 1, parte I, cap. 17,

dispregio mostrato nei riguardi dei valori giuridici della certezza e dell'ampliamento di ciò che egli aveva chiamato "diritto *ex post facto*"¹³.

Prostituzione e omosessualità

Vi sono altri aspetti interessanti nel caso Shaw. Che cosa significa dopo tutto corrompere la *morale* o la *moralità*? Rinvierò tuttavia considerazioni ulteriori su questo punto per delineare un altro tema che in Inghilterra ha provocato di recente discussioni sulla protezione giuridica della moralità e ha indotto a chiarire quali siano i principi coinvolti.

In Inghilterra da tempo si avvertiva molta insoddisfazione nei riguardi del di-

p. 326.

¹³ Il caso Shaw è stato criticato sulla base di queste motivazioni da Glanville Williams, *Conspiring to Corrupt*, "The Listener", 24 agosto 1961, p. 275; J.E. Hall Williams, *Notes of Cases*, "Modern Law Review", vol. 24, n. 5, 1961, p. 631: "follia giudiziaria"; David R. Seaborne Davies, *The House of Lords and the Criminal Law*, "Journal of the Society of the Public Teachers of Law", 1961, p. 105: "una prestazione egregia". Venne salutata come "un contributo importante allo sviluppo del diritto penale" da Arthur L. Goodhart, "Law Quarterly Review", vol. 77, 1961, p. 567.

ritto penale con riferimento sia alla prostituzione sia all'omosessualità, e nel 1954 la commissione nota come Commissione Wolfenden venne incaricata di ricostruire il panorama giuridico. Questa Commissione concluse il suo rapporto¹⁴ nel settembre del 1957 e raccomandò alcuni cambiamenti nel diritto in relazione a entrambe le questioni. In merito all'omosessualità raccomandò con una maggioranza di 12 contro 1 che le pratiche omosessuali tra adulti consenzienti in privato non dovessero essere più reato; per quanto concerne la prostituzione raccomandò che, senza che venisse considerata di per sé illegale, dovesse essere approvata una legislazione che “la togliesse dalle strade” sulla base del principio che l'adescamento pubblico era un disturbo offensivo per i comuni cittadini. Il governo introdusse alla fine una legislazione¹⁵ dando seguito alle raccomandazioni della Commissione per quanto concerneva la prostituzione, ma non per quanto concerneva l'omosessualità, e i tentativi di membri privati di introdurre

14 *Report del Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (CMD 247) 1957.

15 *The Street Offences Act* 1959.

una legislazione che modifichi il diritto in questa materia sono sinora falliti.

Ciò che qui ci interessa non è tanto il destino delle raccomandazioni della Commissione Wolfenden quanto i principi a esse sottesi. Questi sono assai simili a quelli espressi da Mill nel suo saggio *On Liberty*. Così recita la sezione 13 del Rapporto della Commissione:

[La] funzione [del diritto penale], per come noi la intendiamo, è di preservare l'ordine e il decoro pubblici, proteggere i cittadini da ciò che è offensivo e ingiurioso e prevedere garanzie sufficienti contro lo sfruttamento e la corruzione di altri, specialmente di coloro che sono particolarmente vulnerabili per la loro giovane età, debolezza del corpo o della mente o senza esperienza...

Questa concezione delle funzioni positive del diritto penale rappresentò la motivazione principale della Commissione per la propria raccomandazione riguardante la prostituzione, secondo la quale sarebbe dovuta essere approvata una legislazione volta a eliminare le forme di prostituzione pubbliche offensive, ma non a rendere la prostituzione di per sé illegale. La sua raccomandazione secondo la quale il diritto contrario alle pratiche omosessuali tra adulti consen-

zienti in privato doveva essere allentata era basata sul principio enunciato nella sezione 61 del Rapporto semplicemente come segue: “Deve rimanere una sfera di moralità e di immoralità privata che, detto in poche parole nette, non è affare del diritto”.

È di qualche interesse che questi sviluppi in Inghilterra abbiano avuto un corrispettivo in America. Nel 1955 l'American Law Institute pubblicò insieme alla bozza di un *Model Penal Code* una raccomandazione secondo la quale tutte le relazioni consenzienti tra adulti in privato dovessero essere escluse dalla competenza del diritto penale. Le ragioni sottese erano (*inter alia*) che “nessun danno agli interessi laici della comunità è coinvolto in pratiche sessuali atipiche in privato tra partner consenzienti”¹⁶, e “la questione fondamentale della protezione dovuta a ogni individuo nei riguardi di ingerenze statali nei suoi rapporti personali quando egli non danneggia altri”¹⁷. Questa raccomandazione era stata approvata dalla Commissione consultiva dell'Istituto ma rigettata da una maggioranza di voti del suo Consiglio. La questione venne pertan-

16 American Law Institute, *Model Penal Code*, Tentative Draft n. 4, p. 277.

17 Ivi, p. 278.

to riferita al meeting annuale dell'Istituto a Washington nel maggio del 1955 e la raccomandazione, difesa in un eloquente discorso del defunto giudice Learned Hand, fu, dopo un acceso dibattito, accolta da una maggioranza di 35 contro 24¹⁸.

È forse evidente da quanto detto che i principi di Mill sono ancora molto vivi nella critica del diritto, quali che siano le loro debolezze teoriche. Ma per due volte in cento anni essi sono stati sfidati da due maestri della *common law*. Il primo di questi era il grande giudice vittoriano e storico del diritto penale, James Fitzjames Stephen. La sua critica di Mill si trova nel libro cupo e solenne *Liberty, Equality, Fraternity*¹⁹, che scrisse come risposta diretta al saggio di Mill *On Liberty*. È evidente dal tono di questo libro che Stephen pensava di aver trovato argomenti dirompenti contro Mill e di aver dimostrato che il diritto potrebbe legittimamente imporre la moralità come tale o, come egli scrisse, che il diritto dovrebbe essere “una lotta contro le più indecenti forme di vizio”²⁰. Quasi un secolo dopo la pubblicazione del rapporto della

18 Un resoconto del dibattito è apparso su “Time”, 30 maggio 1955, p. 13.

19 II edizione, Londra 1874.

20 Ivi, p. 162.

Commissione Wolfenden, Lord Devlin, adesso membro della House of Lords e scrittore davvero eccellente di diritto penale, nel suo saggio *The Enforcement of Morals*²¹, assunse come suo bersaglio la tesi del Rapporto “secondo la quale deve esservi una sfera di moralità e di immoralità che non è affare del diritto” e sostenne contro di essa che “l’eliminazione del vizio è affare del diritto quanto l’eliminazione delle attività sovversive”.

Per quanto un secolo separi questi due scrittori di legge, la somiglianza nel tono generale, e talvolta nel dettaglio delle loro argomentazioni, è davvero grande. Dedicherò quanto rimane di queste lezioni al loro esame. E questo perché, benché le loro argomentazioni siano a tratti confuse, esse di certo meritano ancora la considerazione di un’opposizione razionale. Esse non sono solo apprezzabili per la dovizia di esempi concreti, ma esprimono i punti di vista propri di giuristi dotati e sofisticati. esperti nell’amministrazione del diritto penale. Punti di vista che sono ancora diffusamente condivisi da giuristi sia in Inghilterra sia in questo paese; e in effetti potrebbe darsi che siano più popolari, in

21 Oxford University Press, Londra 1959.

entrambi i paesi, di quanto non lo sia la dottrina della libertà di Mill.

Moralità positiva e moralità critica

Prima di considerare il dettaglio di questi argomenti, è necessario, penso, trattare tre aspetti diversi ma connessi della questione di cui ci stiamo occupando.

In tutte e tre le formulazioni date a pagina 39 è evidente che la questione verte *sulla* moralità, ma è importante osservare che è anche essa stessa una questione *di* moralità. La questione è se la protezione della moralità sia moralmente giustificata; la moralità rientra dunque nella questione in due modi. L'importanza di tale aspetto della questione è che non sarebbe chiaramente sufficiente rispondere mostrando che in effetti in alcune società – la nostra o altre – era ampiamente ritenuto tanto giusto quanto adeguato sul piano morale imporre, con pena giuridica, obbedienza alla moralità dominante. Nessuno che dibatta seriamente tale questione riterrebbe Mill confutato dalla semplice dimostrazione che ci sono alcune società in cui la moralità generalmente condivisa sostenga la sua propria protezione tramite il diritto, e questo pure in quei casi in cui l'immoralità

sia ritenuta non dannosa per gli altri. L'esistenza di società che condannano come immorali legami tra persone bianche e di colore e le puniscono con il diritto, lascia ancora irrisolta la nostra questione. È vero che i critici di Mill hanno spesso dato rilievo al fatto che il diritto inglese in diverse circostanze, apparentemente con il supporto della moralità popolare, punisce l'immoralità come tale, soprattutto in materia sessuale; ma essi hanno di solito riconosciuto che questo è l'inizio dell'argomentazione, non la fine. Più avanti dunque sosterrò che il gioco compiuto da alcuni scrittori di diritto con ciò che essi considerano esempi della protezione giuridica della moralità "come tale" è talvolta confuso. Ma essi, in ogni modo, non risolvono il loro problema semplicemente evidenziando questi fatti sociali. Essi piuttosto tentano di basare la propria conclusione, secondo la quale è moralmente giustificabile impiegare il diritto penale in questo modo, su principi che ritengono universalmente applicabili, e che essi pensano che siano o palesemente razionali o che tali appariranno dopo discussione.

Così Lord Devlin basa la sua risposta affermativa alla questione sul principio piuttosto generale secondo il quale è consentito a ogni società di adottare le misure necessarie per preservare la propria esistenza in quanto

società organizzata²², e pensa che l'immoralità – pure l'immoralità sessuale privata – possa, come il tradimento, rappresentare qualcosa che minaccia l'esistenza della società. Naturalmente molti di noi possono mettere in dubbio questo principio generale, e non solamente la suggerita analogia con il tradimento. Noi potremmo voler sostenere che il fatto che una società sia giustificata o meno nel prendere misure per preservare se stessa debba dipendere sia dal tipo di società sia dal genere di misure adottate. Se una società fosse dedita principalmente alla persecuzione crudele di una minoranza etnica o religiosa, o se le misure adottate includessero torture atroci, sarebbe sostenibile che ciò che Lord Devlin definisce la “disintegrazione”²³ di siffatta società sarebbe moralmente preferibile alla continuazione della sua esistenza, e non dovrebbero essere adottate misure per preservarla. Ciononostante il principio di Lord Devlin, secondo il quale una società può prendere le misure necessarie per preservare la propria esistenza organizzata, non rappresenta di per sé una voce della moralità popolare inglese, derivante la sua forza

22 Patrick Devlin, *The Enforcements of Morals*, Oxford University Press, Londra 1959, pp. 13-14.

23 Ivi, pp. 14-15.

coattiva dal suo essere parte delle nostre istituzioni. Egli lo presenta come un principio, razionalmente accettabile, da utilizzare nella valutazione o nella critica delle istituzioni sociali in generale. Ed è sicuramente chiaro che chiunque ponga la questione se una società abbia il “diritto” di imporre la moralità, o se sia moralmente consentito per ogni società imporre la propria moralità attraverso il diritto, perché venga discussa in toto, deve essere preparato a impiegare alcuni di tali principi generali della moralità critica²⁴. Nel porre la questione, stiamo assumendo la legittimità di un punto di vista che permetta la critica delle istituzioni di qualsivoglia società, alla luce di principi generali e conoscenza dei fatti.

Per chiarire questo punto, recupererei la terminologia di gran lunga preferita dall'Utilitarismo del secolo scorso, la quale distingueva la “moralità positiva”, la moralità di fatto accettata e condivisa da un dato

24 Lord Devlin è stato criticato per aver posto la domanda se una società abbia il *diritto* di imporre il suo giudizio in materia di moralità con la motivazione che parlare di “diritto” in tale contesto non abbia senso. Cfr. Graham Hughes, *Morals and the Criminal Law*, “Yale Law Journal”, vol. 71, 1962, p. 672. Questa critica è errata, proprio perché Lord Devlin invoca alcuni principi critici generali a sostegno della sua risposta affermativa alla domanda.

gruppo sociale, dai principi morali generali impiegati nella critica delle istituzioni sociali esistenti, compresa la moralità positiva. Potremmo chiamare tali principi generali “moralità critica” e dire che la nostra è una questione di moralità critica relativa alla protezione giuridica della moralità positiva.

Un secondo aspetto della nostra questione meritevole di attenzione è che si tratta semplicemente di una questione di *giustificazione*. Nel porcela noi accogliamo perlomeno il principio critico generale che l'uso della coercizione giuridica di una società debba essere giustificata, in quanto qualcosa di contestabile *prima facie*, da tollerare solo per il vantaggio di una qualche contropartita. Ove infatti non vi sia *prima facie* obiezione, torto, o male, gli uomini non chiedono o non danno *giustificazioni* per le pratiche sociali, benché essi possano chiedere o dare *spiegazioni* di queste pratiche o possano tentare di dimostrarne il valore.

È salutare indagare precisamente che cosa sia *prima facie* contestabile nella protezione giuridica della moralità; in quanto l'idea della protezione giuridica è di fatto meno semplice di quanto spesso non si assuma. Vi sono due aspetti diversi ma connessi. Uno è costituito dall'effettiva punizione di colui che arreca l'offesa. Questo implica

tipicamente il privarlo della libertà di movimento o della proprietà o dei contatti con la famiglia o gli amici, oppure l'inflizione a lui rivolta di sofferenze fisiche o persino la morte. Queste sono tutte cose che si ritiene sia ingiusto infliggere ad altri senza una giustificazione specifica, e in effetti esse sono intese così dal diritto e dalla moralità di tutte le società sviluppate. Per porre la questione come farebbe un giurista, queste sono cose che, se non sono giustificate in quanto sanzioni, sono delitti o torti.

Il secondo aspetto della protezione giuridica riguarda coloro che non arrecherebbero mai offesa contro il diritto, ma sono costretti all'obbedienza dalla minaccia della pena giuridica. Più che restrizioni fisiche, è questo ciò che normalmente si intende quando si discute di provvedimenti politici tramite restrizioni della libertà. Tali restrizioni, occorre sottolinearlo, possono essere considerate come richieste di giustificazione per ragioni anche assai diverse. L'esercizio non ostacolato da parte di individui della libertà di scelta può essere ritenuto un valore in sé verso il quale non è lecito *prima facie* interferire; oppure può essere ritenuto di valore perché esso rende gli individui capaci di sperimentare – persino con la vita – e di scoprire cose di valore per loro stessi

e per gli altri. Ma l'ingerenza nella libertà individuale può essere ritenuta un male che richiede giustificazione più semplicemente per ragioni utilitaristiche; infatti è essa stessa l'inflizione di una forma specifica di sofferenza – spesso molto acuta – a coloro i cui desideri sono frustrati dalla paura della pena. Questo è di particolare importanza nel caso di leggi che impongono una moralità sessuale. Esse possono creare un'infelicità di intensità assai particolare. Le difficoltà relative alla repressione degli impulsi sessuali e le conseguenze della repressione sono appunto assai differenti da quelle connesse all'astensione da crimini "comuni". A differenza degli impulsi sessuali, l'impulso di rubare o di ferire o persino di uccidere non è, fatta eccezione per una minoranza di casi di anormalità mentale, una parte ricorrente e insistente della vita quotidiana. Resistere alla tentazione di commettere questi crimini non è spesso, come è generalmente la soppressione di impulsi sessuali, qualcosa che condiziona lo sviluppo o l'equilibrio della vita emotiva, la felicità e la personalità di un individuo.

In terzo luogo, la distinzione già proposta tra moralità positiva e principi di moralità critica può servire per dissipare un certo fraintendimento della questione e per

chiarire il suo punto centrale. Si dice talvolta che la questione non è se sia moralmente giustificabile imporre la moralità come tale, ma solo *quale* moralità possa essere imposta. Solo una moralità utilitaristica che condanna attività che sono dannose per altri? Oppure una moralità che pure condanna determinate attività sia che siano dannose sia che non lo siano? Questo modo di porre la questione travisa, in ogni caso, il carattere della polemica moderna. Un utilitarista che sostenga che il diritto dovrebbe punire solo attività che siano dannose, assume questo come principio critico, e, nel fare ciò, resta del tutto indifferente nei confronti della questione se una moralità utilitaristica sia o non sia già accettata come la moralità positiva della società alla quale rivolge i suoi principi critici. Se essa è quindi accettata, ciò non rappresenta, dal suo punto di vista, la ragione per la quale essa debba essere protetta. È vero che se egli ha successo nel diffondere questo messaggio in una data società, membri di essa saranno allora costretti a comportarsi come utilitaristi in certe situazioni, ma questo non significa che la differenza essenziale tra lui e il suo avversario riguardi solo il contenuto della moralità da proteggere. Come infatti si può vedere nelle critiche principali rivolte a Mill, l'avversario dell'Utilitarismo,

sostenitore dell'idea che sia moralmente consentito imporre la moralità come tale, crede che il semplice fatto che determinate norme, o standard di comportamento, soddisfino lo *status* di una moralità positiva della società sia la ragione – almeno in parte – che giustifica la loro protezione attraverso il diritto. Senza dubbio in polemiche passate le posizioni contrapposte erano differenti: la questione poteva essere se lo Stato potesse punire solo attività che causavano un danno di natura laica o anche atti di disobbedienza verso quelli che venivano creduti comandi divini o prescrizioni del diritto naturale. Ma ciò che è cruciale per la disputa nella sua forma moderna è il significato da attribuirsi al fatto storico che una certa condotta, non importa quale, sia proibita dalla moralità positiva. L'utilitarista nega che questo abbia un significato sufficiente per giustificare la sua protezione, il suo avversario asserisce il contrario. Questi sono principi critici diversi che non differiscono semplicemente per il contenuto della moralità da proteggere, ma per un aspetto più fondamentale e, sicuramente, più interessante.

L'uso e l'abuso di esempi

Sia in Inghilterra sia in America il diritto penale comprende ancora norme spiegabili solo come tentativi di protezione della moralità come tale: eliminando pratiche condannate come immorali dalla moralità positiva, sebbene esse non coinvolgano nulla che venga comunemente ritenuto un danno per altre persone. Molti degli esempi provengono dalla sfera della morale sessuale, e in Inghilterra includono leggi contro diversi tipi di condotta omosessuale tra maschi, sodomia tra persone di sesso diverso anche se sposate, sesso con animali, incesto, il mantenersi con i proventi della prostituzione, detenere una casa per la prostituzione, e pure, a partire dalla sentenza del caso Shaw, la cospirazione per corrompere la morale pubblica, intesa a significare, in sostanza, il condurre altri (secondo l'opinione della giuria) alla "perdizione morale". A questa lista alcuni aggiungerebbero altri casi: le leggi contro l'aborto, contro quelle forme di bigamia o

di poligamia che non presentano inganno, contro il suicidio e la pratica dell'eutanasia.

Ma, come sosterrò più avanti, la considerazione di alcune di queste ultime, quali tentativi di proteggere la moralità come tale, è un errore dovuto all'aver trascurato alcune distinzioni importanti.

In America uno sguardo alle norme penali dei diversi Stati dell'Unione rivela qualcosa di assai sorprendente agli occhi di un inglese. In aggiunta infatti a questi reati per come sono punibili secondo il diritto inglese, non sembra esservi pratica sessuale, eccetto le "normali" relazioni tra marito e moglie e atti solitari di masturbazione, che non sia vietata dal diritto di un qualche Stato. In un gran numero di Stati l'adulterio, che dall'epoca di Cromwell non è punibile penalmente in Inghilterra, è un reato, benché, in una minoranza di Stati, lo sia solo se visibile, notorio, e continuato. La fornicazione non è un reato penale in Inghilterra o nella maggior parte del mondo civilizzato, ma solo una minoranza di Stati americani non ha leggi che rendano la fornicazione in certe circostanze punibile, e alcuni Stati rendono punibile persino un singolo atto¹. Oltre a queste disposizioni

¹ Per una breve sintesi, si veda: American Law Institute, *Model Penal Code*, Tentative Draft n. 4, pp. 204-10.

legislative esiste una quantità non precisata di provvedimenti attuativi locali o municipali che, in alcuni casi, sono più restrittivi delle leggi statali e, nonostante essi siano per tale ragione di dubbia validità, sono stati imposti. In California il codice penale non considera la prostituzione o la fornicazione un reato, tuttavia per molti anni le persone sono state incriminate a Los Angeles da una ordinanza locale riguardante il reato comunemente noto come “ritrovo illecito”, solamente in base alla prova che usavano una stanza per fornicare².

Senza dubbio molta, e forse la maggior parte, della legislazione americana contro l'immoralità sessuale è lettera morta, come si suol dire. Ma i fatti quanto ad applicazione giuridica sono molto difficili al momento da accertare. In molti Stati, la California tra gli altri, le statistiche criminali annuali generalmente non individuano figure di reato sessuale oltre ai due capi dello “stupro” e di “altri reati sessuali”. Ma a Boston all' altezza del 1954 era previsto che le leggi sessuali ricevessero “normale” applicazione, e

² La Corte Suprema dello Stato nel dicembre del 1961 stabilì che l'ordinanza era in conflitto con le leggi dello Stato e la annullò. Cfr. *in re* Carol Lane, Crim. N. 6929, 57 A.C. 103, 18 Cal. Rptr. 33. Ciò venne confermato dopo un riesame il 28 giugno, 1962. 22 Cal. Rptr. 857.

nel 1948 in quella città vi furono 248 arresti per adulterio³. Nessuno, penso, dovrebbe provare compiacimento per questa situazione, in presenza infatti di statistiche ufficiali inadeguate, l'esistenza di norme penali, che generalmente non vengono applicate, consegna poteri enormi di discriminazione nelle mani della polizia e dei pubblici ministeri.

I critici di Mill hanno sempre rilevato l'esistenza di leggi che puniscono la mera immoralità, come se questo in qualche modo ponesse in dubbio la sua pretesa che il diritto penale non debba essere usato per tale scopo. I suoi difensori si sono appunto lamentati che i critici erano responsabili di un ragionamento fallace o di irrilevanza. John Morley, ad esempio, in una frase brillante affermò che nel libro di Stephen "una buona parte della frenetica maestosità è volta" a stabilire l'esistenza di leggi di questo tipo; egli riteneva che Stephen avesse semplicemente omesso di riconoscere che "l'esistenza effettiva di leggi di un qualunque dato tipo è del tutto irrilevante per la tesi del Signor Mill, ovvero che sarebbe meglio che leggi di quel tipo non esistessero"⁴. Di fatto,

3 American Law Institute, *Model Penal Code*, Tentative Draft n. 4, p. 205, n. 16.

4 Citato in James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, Holt & Williams, New York 1873, p. 166n.

né Stephen (eccetto in un luogo⁵) né Lord Devlin, che pure si richiama al contenuto effettivo del diritto penale inglese, è colpevole di questa forma di fallacia argomentativa, la quale consiste nel derivare da ciò che è ciò che dovrebbe essere, né sono colpevoli di irrilevanza. Stephen, sollecitato da Morley a dichiarare perché egli avesse ritenuto i suoi esempi rilevanti per l'argomento, spiegò che non reputava "irrilevante mostrare che Mill era in contrasto con le conclusioni pratiche alle quali la maggior parte delle nazioni erano state condotte dall'esperienza". In una forma alquanto simile Lord Devlin asserì:

L'argomento è coerente o non è coerente con i principi fondamentali del diritto inglese qual è oggi? Questo è il primo modo per testarlo, sebbene in nessuna maniera conclusivo. Nel campo della giurisprudenza si è liberi di sovvertire anche concezioni fondamentali se esse non convincono sul piano teoretico. Ma per vedere come l'argomento si rapporti al diritto esistente è un buon punto di partenza.⁶

Entrambi gli autori, a mio parere, in queste annotazioni forse non propriamente perspicue, intendono affermare solo l'inno-

⁵ Ivi, pp. 171-172.

⁶ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 7.

cuo principio conservatore secondo il quale c'è una presunzione secondo cui istituzioni comuni e stabilitesi da tempo abbiano meriti non visibili al filosofo razionalista. Ciononostante, se esaminiamo alcune delle norme o dei principi particolari del diritto penale discusse a lungo da questi scrittori, è evidente che l'uso da loro fatto è confuso e fonte di confusioni. Questi esempi non sono tratti dall'ambito della morale sessuale, e sicuramente molti di coloro che vorrebbero allinearsi a Mill e protestare contro l'impiego del diritto penale per punire pratiche, unicamente perché contrarie alla moralità positiva, potrebbero esitare o rifiutare di gettare a mare le norme particolari di diritto penale citate da questi autori. Così, se esse sono classificate correttamente come norme che possono essere spiegate soltanto come destinate a proteggere la moralità, la loro forza persuasiva sarebbe assai considerevole. Potremmo quindi, per usare le parole di Stephen, "essere disposti a dubitare" che un principio che condanni queste norme particolari possa essere giusto. Ma queste, a mio avviso, sono buone ragioni per contestare il trattamento riservato da questi autori a tali norme, considerate esempi di un uso del diritto esclusivamente volto alla protezione di moralità. Non siamo obbligati a scegliere tra

gettarle a mare o convenire con il principio che il diritto penale possa essere usato a questo scopo. È necessaria dunque un'analisi più serrata di quella offerta da questi autori; questa ora passo a trattare.

Paternalismo e protezione della moralità

Partirò da un esempio scelto da Lord Devlin. Egli evidenzia⁷ che, a parte alcune eccezioni come lo stupro, il diritto penale non ha mai ammesso il consenso della vittima quale scriminante. Non è una scriminante per un'imputazione di omicidio o per un'aggressione intenzionale, ed è per questo che l'eutanasia o l'uccisione pietosa per porre fine alla vita di un uomo dietro sua richiesta è sempre un omicidio. Questa è una norma di diritto penale che molti adesso vorrebbero mantenere, benché essi desiderino al tempo stesso obiettare contro la punizione giuridica di offese alla moralità positiva che non danneggiano nessuno. Lord Devlin ritiene che questi atteggiamenti siano incoerenti, egli infatti a proposito della norma in discussione afferma che "vi è solo una spiegazione", e questa è che "vi sono

7 Ivi, p. 8.

certi standard di comportamento o principi morali che la società chiede che vengano rispettati”⁸. Tra questi vi è la sacralità della vita umana e presumibilmente (nella misura in cui la norma si applica alle aggressioni) l’integrità fisica della persona. Così nel caso di questa norma, e di diverse altre, Lord Devlin pretende che la “funzione” del diritto penale sia “di proteggere un principio morale e nient’altro”⁹.

Ma questo argomento non è propriamente cogente, infatti la dichiarazione di Lord Devlin secondo la quale “vi è solo una spiegazione”, semplicemente, non è vera. Le norme che escludono il consenso della vittima come una scriminante per imputazioni di omicidio o aggressione possono essere spiegate perfettamente come un’opera di paternalismo, tesa a proteggere gli individui da loro stessi. Mill senza dubbio avrebbe protestato contro una prassi paternalistica dell’uso del diritto, volta a proteggere anche una vittima consenziente da un danno al corpo, in modo simile a come protestò contro leggi usate semplicemente per imporre la moralità positiva; ma questo non significa che queste due prassi siano identiche. Mill

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ivi*, p. 9.

stesso, appunto, era ben consapevole della differenza tra esse: nel condannare l'ingenuità nei riguardi della libertà individuale eccetto che per prevenire danno ad altri, egli menziona tipi *distinti* di motivazioni inadeguate che sarebbero state avanzate per l'impiego della costrizione. Egli distingue "perché sarà meglio per lui" e "perché lo renderà più felice" da "perché secondo l'altrui opinione sarebbe giusto"¹⁰.

Dell'atteggiamento del diritto penale nei confronti del consenso della vittima, Lord Devlin dice che se il diritto esistesse per la protezione dell'individuo non vi sarebbe motivo di avvalersene contro il proprio volere¹¹. Ma il paternalismo – la protezione delle persone contro loro stesse – è una prassi perfettamente coerente. Pare davvero strano, dunque, a metà del ventesimo secolo insistere su questo, il tramonto del *laissez faire* infatti dal tempo di Mill è uno dei luoghi comuni della storia sociale; e istanze di paternalismo adesso abbondano nel nostro diritto, penale e civile. La vendita di droghe o narcotici, anche per adulti, eccetto che dietro prescrizione medica, è punibile per

¹⁰ John Stuart Mill, *On Liberty*, cit., cap. 1.

¹¹ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 8.

il diritto penale, e sembrerebbe assai dogmatico affermare, a proposito di un diritto che prevede questo reato, che “vi è solo una spiegazione”, appunto, che il diritto sia legato non alla protezione del potenziale acquirente contro se stesso, ma solo alla punizione del venditore per la sua immoralità. Se, come pare ovvio, il paternalismo è una spiegazione possibile di tali leggi, esso è pure possibile nel caso della norma che esclude il consenso della vittima come scriminante per un'imputazione di aggressione. In nessun caso siamo costretti a concludere con Lord Devlin che la “funzione” del diritto è “proteggere un principio morale e nient'altro”¹².

Nel capitolo 5 del suo saggio Mill spinse le sue proteste contro il paternalismo a distanze che oggi ci possono apparire fantasiose. Egli cita l'esempio delle restrizioni della vendita di droghe, e le critica in quanto ingerenze nella libertà del potenziale acquirente piuttosto che in quella del venditore. Senza dubbio se non simpatizziamo più con questa critica è in parte per un indebolimento generale del convincimento che gli individui conoscano meglio i pro-

¹² Cfr. per altre spiegazioni possibili di queste norme, Graham Hughes, *Morals and the Criminal Law*, cit., p. 670.

pri interessi, e per una accresciuta consapevolezza dell'ampia gamma di fattori che riducono l'importanza da attribuire a una scelta all'apparenza libera o al consenso. Scelte possono essere fatte o il consenso può essere dato senza adeguata riflessione o valutazione delle conseguenze; o per corrispondere a desideri meramente transitori; o in varie circostanze quando la capacità di giudizio è annebbiata; o in condizioni di costrizione psicologica interiore; o sotto la pressione di altri in una forma troppo sottile da essere suscettibile di prova in una Corte di giustizia. Sottesa all'estremo timore di Mill per il paternalismo vi è forse una concezione dell'essere umano normale che adesso pare non trovare più conferma nei fatti. Mill attinge troppo in effetti dalla psicologia dell'uomo di mezza età, i cui desideri sono relativamente stabili e non è soggetto a essere sollecitato artificialmente da influenze esterne: sa ciò che vuole e ciò che gli procura soddisfazione e felicità; persegue queste cose per quanto possibile.

Certamente è necessaria una modifica dei principi di Mill, se devono adattarsi alla norma di diritto penale in discussione o ad altri esempi di paternalismo. Ma i principi pur modificati non eviterebbero l'obiezione riguardante l'impiego del diritto penale

esclusivamente per proteggere la moralità positiva. Essi dovrebbero solo fare in modo che il danno ad altri sia qualcosa che possiamo ancora cercare di prevenire con l'uso del diritto penale, anche quando le vittime consentono o collaborano in atti dannosi per loro. Trascurare la distinzione tra paternalismo e ciò che ho definito moralismo giuridico è rilevante in quanto rappresenta una forma di errore più generale. Si assume troppo spesso che se una legge non è destinata a proteggere un uomo da un altro l'unica sua *ratio* possa essere che è destinata a punire la malvagità morale o, con le parole di Lord Devlin, “a proteggere un principio morale”. Così si è spesso sostenuto che norme che puniscono la crudeltà nei confronti degli animali possono essere spiegate solo in questo modo. Ma sia per i motivi originari che hanno ispirato tale legislazione sia in quanto specificazione di uno scopo ritenuto largamente meritevole di promozione, il dire che la legge riguarda qui la *sofferenza*, sebbene solo di animali, piuttosto che l'immoralità del torturarli è comprensibile¹³. Di sicuro nessuno che sostenga questo impiego

13 Lord Devlin sembra ignorare piuttosto inspiegabilmente questo punto nella sua breve nota sulla crudeltà verso gli animali, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 17.

del diritto penale è in tal modo costretto per coerenza ad ammettere che il diritto può punire forme di immoralità che non implicino sofferenza per nessun essere senziente.

La graduazione morale della pena

Ritorno ora a un errore compiuto da Stephen molto diverso, e forse più illuminante, compiuto nel suo tentativo di mostrare che il diritto penale non solo dovrebbe essere, ma, di fatto, è stato una “lotta contro le forme più gravi di vizio”¹⁴, e non solamente uno strumento per la prevenzione della sofferenza e del danno. Egli ha sostenuto che taluni principi “ammessi universalmente e applicati per regolare l’entità della pena”¹⁵ lo dimostrerebbero. Il suo argomento è semplicemente questo. Se la questione è quanto severamente debba essere punito un reo, una valutazione del grado di malvagità morale implicata nel crimine è sempre rilevante. Questa è la ragione per cui l’intensità di una tentazione, riducendo la colpa morale, in molti casi opera mitigando la pena; men-

¹⁴ James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., p. 162.

¹⁵ *Ibidem*.

tre se l'obiettivo della pena giuridica fosse semplicemente prevenire atti dannosi non sarebbe così.

Un giudice ha davanti a sé due criminali, uno dei quali appare, dalle circostanze del caso, un ignorante e depravato, che ha ceduto a una forte tentazione sotto l'influenza di un altro, il quale è un uomo di rango e istruzione, che ha commesso il crimine di cui entrambi sono accusati sotto l'influenza di una tentazione comparativamente debole. Mi arrischierò a dire che se egli istituisse una qualche differenza tra loro, ogni giudice delle corti inglesi darebbe al primo uomo una pena più leggera che al secondo.¹⁶

Non v'è dubbio, ovviamente, che Stephen qui tratteggi accuratamente visioni convenzionali, applicate di frequente dalle Corti nell'amministrazione del diritto penale, soltanto forse con minore accordo oggi rispetto all'epoca in cui scrisse Stephen. Certamente molti che protesterebbero contro la protezione giuridica della moralità sessuale potrebbero anche ammettere, o persino esigere, che una malvagità maggiore debba aggravare, e una malvagità minore debba mitigare, la severità della pena. Ma

¹⁶ Ivi, p. 163.

da questo fatto Stephen, come molti altri, inferì troppo. Egli pretendeva che attribuire importanza al principio della graduazione delle pene giuridiche in base alla differenza morale tra i reati rivelasse che l'*obiettivo* di tale pena non era soltanto prevenire atti "dannosi per la società" ma "lottare contro le forme più gravi di vizio"¹⁷. E se l'obiettivo del diritto penale è (o include) "la promozione della virtù" e "la prevenzione del vizio"¹⁸, ne segue, egli pensava, che "esso dovrebbe porre un limite al vizio non nella misura necessaria semplicemente a una certa autoprotezione, ma in generale perché il vizio è una cosa cattiva"¹⁹. Così attraverso il diritto si possono rendere punibili azioni che sono condannate dalla società come immorali, anche se non arrecano danno.

Sicuramente questo argomento è un *non sequitur* generato dall'incapacità di Stephen di vedere che le questioni: "che sorta di condotta può essere legittimamente punita?" e "quanto severamente dovremmo punire reati differenti?" sono questioni distinte e indipendenti. Vi sono molte ragioni per desiderare che la graduazione giuridica della

17 Ivi, p. 162.

18 Ivi, p. 159.

19 Ivi, pp. 147-148.

gravità dei crimini, espressa nella scala delle pene, non confligga con le valutazioni comuni della loro malvagità comparativa. Una ragione è che tale conflitto non è desiderabile per ragioni semplicemente utilitaristiche: ciò potrebbe sia rendere confusi i giudizi morali sia arrecare discredito al diritto, o entrambi. Un'altra ragione è che principi di giustizia o di equità riguardo a diversi trasgressori richiedono che reati moralmente differenti siano trattati in modo differente e reati moralmente simili in modo simile. Questi principi sono ancora ampiamente rispettati, benché sia pur vero che vi è una crescente disaffezione nel richiederne l'applicazione, là dove questa confligga con gli scopi di lungo periodo della pena, come la prevenzione o l'emenda. Ma coloro che concedono che dovremmo tentare di adeguare la severità della pena alla gravità morale dei reati non sono per questo tenuti ad aderire alla visione secondo cui la pena è legittima unicamente in relazione all'immoralità. Difatti essi possono con perfetta coerenza esigere, da una parte, che l'unica giustificazione per avere un *sistema* di pene sia prevenire il danno e che solamente condotte dannose dovrebbero essere punite, e, dall'altra parte, convenire che quando la questione del *quantum* della pena per tale condotta viene sollevata, dovremmo

rinvviare a principi che rendono la relativa malvagità morale di trasgressori differenti un elemento parzialmente determinante per la severità della pena.

È vero in generale che non possiamo dedurre da principi applicati per decidere la severità della pena quali siano gli scopi del sistema delle pene o quali tipi di condotta possano legittimamente essere puniti. Poiché alcuni di questi principi, ad esempio, l'esclusione della tortura o di pene crudeli, possono rappresentare altri valori con i quali possiamo desiderare di accordarci, e il nostro accordo con essi può restringere lo spazio entro il quale perseguiamo i valori principali che giustificano la pena. Così se nella prassi punitiva solamente di attività dannose (per entrambe le due ragioni indicate sopra) riteniamo di individuare differenze morali tra i diversi trasgressori, questo non dimostra che dobbiamo anche pensare che sia giusto punire attività che non arrechino danno. Questo mostra soltanto che, nella teoria della pena, ciò che alla fine è moralmente tollerabile è tendenzialmente più complesso di quanto all'inizio le nostre teorie non suggerissero. Non possiamo di solito nella vita sociale perseguire un singolo valore o un singolo scopo morale senza doverlo porre in accordo con altri.

Immoralità privata e indecenza pubblica

Finora l'analisi dei due esempi usati dagli autori che abbiamo considerato ha stabilito due distinzioni importanti: la distinzione tra paternalismo e protezione della moralità, e quella tra la giustificazione della pena e la giustificazione dell'entità della pena. Il nostro terzo esempio è il reato di bigamia. Questo non è discusso da Stephen o da Lord Devlin, ma la punizione della poligamia è citata come un esempio della protezione giuridica della moralità dal decano Rostow nel suo saggio in difesa di Lord Devlin contro i suoi critici²⁰. È tuttavia un caso curiosamente complesso; e un esame di esso mostra che la punizione della bigamia non può essere classificata senza ambiguità come un tentativo per proteggere la moralità. Nella breve discussione che segue, tenterò di mostrare che in questo caso, come nei due già

20 Eugene Rostow, *The Enforcement of Morals*, "Cambridge Law Journal", vol. 174, 1960, p. 190. Il decano Rostow discute soprattutto la poligamia "basata su un sincero credo religioso" piuttosto che "la bigamia contratta per piacere". Egli domanda (retoricamente): "non dovremmo concludere che la monogamia è così un tema fondamentale per la moralità comune esistente negli Stati Uniti da giustificare la condanna della poligamia in quanto reato, nonostante la legge poggi sul "sentimento" e non sulla "ragione"?

discussi, coloro che vorrebbero conservare questa norma del diritto penale non sono in tal modo vincolati a condividere la prassi del punire l'immoralità come tale; in quanto la sua punizione può essere supportata da altre motivazioni ragionevoli. Nella maggior parte delle giurisdizioni di *common law* è un reato penale per una persona sposata affrontare una cerimonia di matrimonio con un'altra persona essendo ancora in vita il marito o la moglie, anche se l'altra persona sa dell'esistente matrimonio. La punizione della bigamia senza inganno è singolare sotto il seguente rispetto. In Inghilterra e in molte altre giurisdizioni ove è punibile, la coabitazione sessuale delle parti non è un reato penale. Se un uomo sposato desidera coabitare con un'altra donna – o anche diverse altre donne – può farlo impunemente per quanto riguarda il diritto penale. Egli può mettere su casa e far finta di essere sposato: può celebrare la sua unione con champagne e torta nuziale e con tutto il cerimoniale sociale tradizionale di un matrimonio valido. Nulla di tutto questo è illegale; ma se egli affronta una cerimonia di matrimonio, la legge non interviene solo per dichiararla invalida ma per punire il bigamo.

Perché il diritto interviene a questo punto, avendo lasciato da parte l'immoralità so-

stanziale della coabitazione sessuale? Diverse risposte sono state date a questa domanda. Alcuni hanno suggerito che il proposito della punizione giuridica della bigamia è proteggere i registri pubblici da confusione, o impedire trame volte a far risultare legittimi bambini illegittimi. L'American Law Institute suggerisce nel suo commentario alla bozza del *Model Penal Code* che l'adulterio bigamo, anche ove non implichi inganno, potrebbe essere sottoposto a condanna perché esso è un affronto e una provocazione pubblica alla prima sposa, e anche perché la coabitazione sotto l'insegna del matrimonio è specificamente "assimilabile ad abbandono, mancato pagamento degli alimenti e divorzio"²¹. Questi, si sostiene, sono danni a individui che il diritto penale può specificamente cercare di prevenire con la pena.

Alcune di queste ragioni addotte appaiono perlomeno più ingegnose che convincenti. I danni su cui si insiste possono essere piuttosto reali; tuttavia molti possono ancora pensare che un motivo per punire la bigamia potrebbe permanere anche se questi danni risultassero improbabili o venissero evitati con l'istituzione di reati specifici che

²¹ Si veda American Law Institute, *Model Penal Code*, Tentative Draft n. 4, p. 220.

puniscono non la bigamia ma, per esempio, il fornire false dichiarazioni nei pubblici registri. Forse la maggior parte di coloro che ritengono queste diverse giustificazioni del diritto esistente non convincenti, eppure ancora desiderano conservarlo, sosterrebbero che in un paese ove un profondo significato religioso viene attribuito al matrimonio monogamo e alla sua celebrazione solenne, la legge contro la bigamia dovrebbe essere accettata come un tentativo di proteggere i sentimenti religiosi dall'offesa procurata da un atto pubblico che dissacra la cerimonia. Ancora, come nei due esempi precedenti, la questione è se coloro che pensano che l'impiego del diritto penale per questi scopi sia in principio giustificato siano incoerenti qualora neghino al tempo stesso che il diritto possa essere usato per punire l'immoralità come tale.

Non penso che vi sia incoerenza in questa combinazione di atteggiamenti, ma occorre una distinzione ancora più rilevante. È importante notare che, se nel caso della bigamia il diritto interviene per proteggere sensibilità religiose dall'oltraggio di un atto pubblico, il bigamo non viene punito in quanto irreligioso né in quanto immorale, bensì per il disordine provocato. Il diritto riguarda pertanto la possibilità che la sua

condotta pubblica sia offensiva per altri, non l'immoralità della sua condotta privata, che, nella maggior parte dei paesi, esso lascia del tutto impunita. In questo caso, come nel caso dei reati comuni che arrecano danno fisicamente, la protezione di coloro che possono esserne colpiti è per il diritto certamente uno scopo ragionevole da perseguire, e certamente non si potrebbe dire che a proposito di questo caso "la funzione del diritto penale sia imporre un principio morale e nient'altro". Occorre rilevare che Lord Devlin stesso, a differenza del suo difensore, il decano Rostow, sembra attenersi a tale distinzione; poiché egli non include la bigamia nella sua lista di reati che i principi del Rapporto Wolfenden ci porterebbe a respingere. Questa non è una svista, in quanto egli afferma specificamente a proposito di quelli inclusi nella lista che "sono tutti atti che possono essere compiuti in privato e senza oltraggio ad altri"²².

Non è forse certo se i principi di Mill per come esposti nel saggio *On Liberty* avrebbero permesso di punire la bigamia senza

²² Eugene Rostow, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 9, Ciononostante Lord Devlin sostiene calorosamente la difesa del decano Rostow. Cfr. Patrick Devlin, *Law, Democracy, and Morality*, "University of Pennsylvania Law Review", vol. 110, 1962, p. 640.

inganno, in quanto atto pubblico oltraggioso nei confronti di sentimenti religiosi. Per quanto appaia chiaro infatti che egli pensasse che si dovessero tenere in considerazione i “sentimenti” quanto gli “interessi” degli altri, e che un atto che provochi oltraggio ai sentimenti dovrebbe ricevere almeno il biasimo morale, egli affermava ciò e lo qualificava con un linguaggio che è notoriamente molto difficile da interpretare. Pare abbia inteso che biasimo e pena per l’oltraggio nei riguardi dei sentimenti fossero giustificati solo con il ricorrere di almeno due condizioni: la prima che una certa stretta associazione o relazione particolare esistesse tra le parti, rendendo la considerazione un obbligo nei riguardi di individui determinati; e, in secondo luogo, che il danno non fosse “solamente contingente” o “artificiale”²³.

Se respingiamo la prima di queste condizioni in quanto troppo restrittiva, e interpretiamo la seconda nel senso solo che l’oltraggio ai sentimenti dovrebbe essere sia serio sia plausibile, la questione se punire o meno la bigamia dipenderà da valutazioni comparative (rispetto alle quali gli uomini possono ovviamente diversificarsi) della

23 John Stuart Mill, *On Liberty*, cit., cap. 4.

serietà dell'oltraggio nei riguardi dei sentimenti e del sacrificio, in termini di libertà e di sofferenza, richiesto e imposto dal diritto. Sostenitori dell'intervento del diritto potrebbero certamente affermare che siano richiesti dal diritto un sacrificio o una sofferenza davvero esigui in questa circostanza. Esso nega solo una, per quanto senza dubbio la più pervasiva, delle apparenze della rispettabilità giuridica a parti che possono godere della sostanza e far mostra di tutti gli altri simulacri di un matrimonio valido. Il caso è dunque profondamente diverso dai tentativi di proteggere la moralità sessuale che può richiedere la repressione di istinti potenti ai quali è intimamente connessa la felicità personale. D'altra parte, oppositori del ricorso al diritto potrebbero plausibilmente sostenere, in un'epoca di declino della fede, che i sentimenti religiosi oltraggiati dalla celebrazione pubblica di un matrimonio bigamo non siano più così diffusi o tanto profondi, ed è sufficiente che tali matrimoni siano ritenuti giuridicamente invalidi.

L'esempio della bigamia rivela la necessità di distinguere tra l'immoralità di una pratica e la sua forma in quanto atto di pubblico oltraggio o generatore di disordine. Ciò è di importanza generale: infatti il diritto in-

glese spesso nel corso della sua evoluzione è giunto a vedere proprio sotto questa luce una condotta punita in precedenza semplicemente perché era vietata dalla religione o dalla moralità condivisa. Così ogni rifiuto delle verità della religione cristiana era un tempo punito in Inghilterra come blasfemia, mentre adesso è punibile solo se compiuto in una maniera oltraggiosa o insultante, sì da cagionare turbamento alla pace. Coloro che sostengono questa forma moderna della punizione della blasfemia non sono, ovviamente, tenuti a credere nella religione di coloro i cui sentimenti sono in tal modo protetti dall'insulto. Essi possono in effetti contestare in modo alquanto coerente a ogni tentativo di imporre l'adesione a questa o a quella religione.

In materia sessuale in generale una linea simile separa la punizione dell'immoralità dalla punizione dell'indecenza. I Romani distinguevano l'ambito del Censore, riguardante la morale, da quello dell'Edile, relativo alla pubblica decenza, mentre in tempi moderni forse è stata riservata insufficiente attenzione a questa distinzione²⁴. Lord Simonds infatti nel suo discorso alla

²⁴ Ma si veda *The Censor of Aedile*, "Times Literary Supplement", 4 agosto 1961.

House of Lords nel caso Shaw se ne uscì in questo senso professando la propria indifferenza al riguardo.

Conta poco quale etichetta venga attribuita a un atto oltraggioso. A uno di lor Signori esso può apparire un affronto alla pubblica decenza, a un altro, il quale consideri che potrebbe aver successo nella sua evidente intenzione di provocare desideri libidinosi, sembrerà una corruzione della morale pubblica.²⁵

Ma la distinzione è in effetti chiara e rilevante. Un rapporto sessuale tra marito e moglie non è immorale, ma se ha luogo in pubblico è un affronto alla pubblica decenza. Un rapporto omosessuale tra adulti consenzienti in privato è immorale secondo la moralità convenzionale, ma non un affronto alla pubblica decenza, a meno che non abbia luogo in pubblico. Ma il fatto che lo stesso atto, se compiuto in pubblico, possa essere ritenuto tanto immorale quanto un affronto alla pubblica decenza, non deve renderci cechi rispetto alla differenza tra questi due aspetti della condotta e ai diversi principi sui quali la giustificazione della loro punizione debba ancorarsi. Il diritto inglese recente con riferimento alla prostituzione tiene in

25 (1961) 2 A.E.R. a p. 452.

considerazione questa differenza. Esso non ha reso la prostituzione un reato ma punisce la sua manifestazione pubblica per proteggere da qualcosa di oltraggioso il cittadino comune, testimone involontario di essa nelle strade.

Si può senz'altro obiettare che è stato dato troppo spazio in questa discussione alla distinzione tra ciò che viene fatto in pubblico e ciò che viene fatto in privato. Oltraggio ai sentimenti infatti, si può dire, si dà non solo quando attività immorali o i loro preliminari commerciali sono compiuti davanti a testimoni oculari involontari, ma anche quando chi condanna fortemente certe pratiche sessuali come immorali impara che altri si dedicano a esse in privato. Poiché è così, è inutile considerare la distinzione tra ciò che viene fatto in privato e ciò che viene fatto in pubblico, ma se non la consideriamo, allora, le pratiche del punire uomini per mera immoralità e del punirli per condotta oltraggiosa nei riguardi dei sentimenti altrui, sebbene concettualmente distinte, non differirebbero nella prassi. Ogni condotta condannata con forza in quanto immorale sarebbe pertanto punibile.

È importante non confondere questo argomento con la tesi, che esaminerò più avanti, secondo la quale la preservazione

della moralità sociale esistente è di per sé un valore che giustifica l'uso della coercizione. Il presente argomento invoca a supporto della protezione giuridica della moralità non il valore della moralità ma il principio proprio di Mill secondo il quale la coercizione può darsi in modo giustificato per prevenire il danno ad altri. Diverse obiezioni possono essere sollevate nei riguardi di questo impiego del principio. Si può dire che la turbativa provocata dal solo pensiero che altri stiano oltraggiando in privato la moralità non può costituire un "danno", eccetto in quelle poche persone nevrotiche o ipersensibili che sono letteralmente "afflitte" da questo pensiero. Altri possono ammettere che tale turbativa rappresenti un danno, anche nel caso di persone normali, ma sostengono che è troppo lieve per compensare la grande infelicità cagionata dalla protezione giuridica della moralità sessuale.

Sebbene queste obiezioni non siano prive di forza, esse sono sì secondaria importanza. L'obiezione fondamentale è sicuramente che un diritto a essere protetti dal turbamento, derivante dalla mera conoscenza del fatto che altri stiano agendo in modi che si reputino sbagliati, non può essere accettato da nessuno che riconosca la libertà individuale come valore. L'esten-

sione del principio utilitaristico secondo il quale la coercizione può essere impiegata per proteggere le persone dal danno, tanto da includere la loro protezione da questa forma di turbamento, non può infatti arrestarsi lì. Se il turbamento connesso alla credenza che altri stiano facendo qualcosa di sbagliato è un danno, allora lo è anche il turbamento relativo alla credenza che altri stiano facendo qualcosa che tu non vuoi che facciano. Punire persone perché procurano questa forma di turbamento sarebbe equivalente a punirle semplicemente perché altri non condividono ciò che fanno; e la sola libertà che potrebbe coesistere con questa estensione del principio utilitaristico è la libertà di fare quelle cose rispetto alle quali nessuno può seriamente obiettare. Tale libertà è ovviamente del tutto inutile. Il riconoscimento della libertà individuale come valore implica, come minimo, l'accettazione del principio che l'individuo può fare ciò che vuole, anche se altri siano turbati se vengono a sapere cos'è che fa – finché, naturalmente, non vi siano altre buone ragioni per vietarlo. Nessun ordine sociale che accordi alla libertà individuale un certo valore potrebbe concedere al tempo stesso il diritto a essere protetti dal turbamento così procurato.

La protezione da shock o oltraggio ai sentimenti cagionati da qualche pubblica manifestazione è, come la maggior parte dei sistemi giuridici riconosce, un'altra questione. La distinzione può talvolta essere sottile. Lo è in casi come la profanazione di oggetti di devozione o cerimonie in cui non vi sarebbe shock o turbamento dei sentimenti, se coloro verso i quali l'atto pubblico è rivolto non avessero aderito a determinate credenze religiose o morali. Ciononostante l'uso della pena per proteggere coloro che vengono resi vulnerabili, a fronte di una pubblica manifestazione per via del proprio credo, lascia al trasgressore la libertà di fare la stessa cosa in privato, se può. Ciò non è equivalente al punire uomini semplicemente perché altri non approvano ciò che essi fanno.

La tesi moderata e la tesi estrema

Se passiamo da questi esempi, che sono senz'altro discutibili, alle ragioni positive addotte per giustificare la protezione giuridica della moralità è importate distinguere una tesi moderata e una tesi estrema, sebbene i critici di Mill si siano talvolta mossi dall'una all'altra senza rilevare lo spostamento. Lord

Devlin mi pare sostenga, nella maggior parte del suo saggio, la tesi moderata e Stephen quella estrema.

Secondo la tesi moderata, una moralità condivisa è il cemento della società; senza di essa vi sarebbero aggregati di individui ma nessuna società. “Una moralità riconosciuta” è, con le parole di Lord Devlin, “necessaria per l’esistenza della società quanto un governo riconosciuto”²⁶, ma benché un atto particolare di immoralità possa non danneggiare o porre in pericolo o corrompere altri, né, se fatto in privato, turbare o arrecare oltraggio ad altri, la questione non è chiusa. Non dobbiamo infatti guardare il comportamento isolandolo dal suo effetto sul codice morale: se ricordiamo questo, possiamo vedere che una persona la quale “non è una minaccia per altri” nondimeno per la sua condotta immorale “può minacciare uno dei principi morali più grandi su cui si basa la società”²⁷. In questo senso la violazione del principio morale è un’offesa “contro la società intesa come un tutto”²⁸, e la società può usare il diritto per preservare la sua moralità in quanto essa lo impiega per difendere ogni altro ele-

26 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 13.

27 *Ivi*, p. 8.

28 *Ibidem*.

mento essenziale per la sua esistenza. Questa è la ragione per cui “la soppressione del vizio è affare del diritto tanto quanto lo è il contrasto di attività sovversive”²⁹.

Al contrario, la tesi estrema non guarda alla moralità condivisa come a un valore meramente strumentale in analogia con il governo costituito, e non giustifica la punizione dell’immoralità, come la punizione del tradimento, in quanto passo compiuto per preservare la società dalla dissoluzione o dal collasso. Piuttosto, la protezione della moralità è considerata una cosa di valore; anche se gli atti immorali non danneggiano nessuno direttamente, o indirettamente per l’indebolirsi del cemento morale della società. Non dico che sia possibile ricondurre all’una o all’altra di queste due tesi ogni argomento utilizzato, ma esse, io credo, caratterizzano le posizioni critiche principali alla radice della maggior parte degli argomenti, ed esibiscono incidentalmente un’ambiguità nell’espressione “protezione della moralità come tale”. Forse la via più chiara per distinguere le due tesi è riconoscere che ci sono sempre due livelli ai quali possiamo domandare se una certa violazione della moralità positiva sia dannosa. Possiamo domandare

²⁹ Ivi, p. 15.

primo: Questo atto danneggia qualcuno indipendentemente dalle sue ripercussioni sulla moralità condivisa in società? E secondo, possiamo domandare: Questo atto intacca la morale condivisa e in tal modo indebolisce la società? La tesi moderata richiede, se la punizione dell'atto deve essere giustificata, una risposta affermativa almeno al secondo livello. La tesi estrema non richiede una risposta affermativa a nessuno dei livelli.

Lord Devlin sembra difendere la tesi moderata. Dico “sembra” perché, benché egli dica che la società ha il diritto di imporre una moralità come tale, in quanto una moralità condivisa è essenziale per l'esistenza della società, non è del tutto chiaro se, per lui, la dichiarazione che la moralità mette a repentaglio o indebolisce la società sia una constatazione empirica fattuale. Talvolta sembra essere un'assunzione *a priori*, e talvolta una verità necessaria davvero bizzarra. L'indicazione più significativa che sia così è che, a parte un vago riferimento alla “storia”, il quale mostra che “la perdita di limiti morali è spesso il primo livello della disintegrazione”³⁰, nessuna prova viene addotta per mostrare che la deviazione dalla moralità sessuale accetta-

³⁰ Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, cit., pp. 14-15.

ta, pure se tra adulti in privato, è qualcosa che, come il tradimento, minaccia l'esistenza della società. Nessuno storico autorevole ha sostenuto questa tesi, e vi sono piuttosto molte evidenze contrarie. Come affermazione di fatto essa non è meritevole di più rispetto di quanto non lo sia l'affermazione dell'Imperatore Giustiniano secondo la quale l'omosessualità era la causa dei terremoti³¹. La credenza in essa di Lord Devlin, e la sua apparente indifferenza nei riguardi della questione della prova, sono indizi della presenza di un'assunzione non discussa: ogni moralità – moralità sessuale insieme alla moralità che vieta atti nocivi verso altri come l'omicidio, il furto, e la disonestà – formano una unica tela senza cuciture, sì che coloro che deviano da una parte sono simili o forse destinati a deviare in tutto. È chiaro (e uno dei più antichi caposaldi della teoria politica) che la società non potrebbe esistere senza una moralità che riflettesse e supportasse il divieto del diritto nei riguardi di condotte nocive verso gli altri. Di nuovo, non vi è prova a favore, mentre vi sono molte prove contro la teoria secondo la quale coloro che deviano dalla moralità sessuale convenzionale sono per altre vie ostili alla società.

31 *Novelle*, 77 cap. 1 e 141.

Sembra, tuttavia, centrale nel pensiero di Lord Devlin qualcosa di più interessante, sebbene non di più convincente, della concezione della moralità sociale come tela senza cuciture. Egli infatti sembra muovere dalla proposizione, accettabile, secondo cui *una qualche* moralità condivisa sia essenziale per l'esistenza di una società, alla proposizione, inaccettabile, che una società è identica³² alla sua moralità quale essa sia in ogni momento della sua storia, così che un cambiamento nella sua moralità è equivalente alla distruzione della società. La precedente proposizione potrebbe essere accettata invece che come verità empirica, come una necessità legata a una definizione piuttosto plausibile di società quale corpo di uomini che si fanno portatori di determinate visioni morali in comune. Ma l'ultima proposizione è assurda. In senso stretto, essa ci impedirebbe di dire che la moralità di una data società è cambiata, e ci costringerebbe a dire piuttosto che una società è scomparsa e un'altra ha preso il suo posto. Ma è solo secondo questo assurdo criterio, relativo a che cosa consenta alla stessa società di continuare a esistere,

32 Vedi, su questo punto importante, Richard Wolheim, *Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin*, "Encounter," novembre 1959, p. 34.

che si potrebbe affermare senza prove che ogni deviazione dalla moralità condivisa in società minaccia la sua esistenza.

È chiaro che solo questa tacita identificazione di una società con la sua moralità condivisa va a sostegno del rifiuto di Lord Devlin che possa darsi qualcosa come una immoralità privata e del suo paragone tra l'immoralità sessuale, anche quando questa ha luogo "in privato", con il tradimento. Senza dubbio è vero che se deviazioni dalla moralità sessuale convenzionale sono tollerate dal diritto e se vengono conosciute, la moralità convenzionale potrebbe cambiare in una direzione permissiva; per quanto questo non sembri essere il caso dell'omosessualità in quei paesi europei ove essa non è punibile per legge. Ma anche se la moralità convenzionale subisse tale cambiamento, la società in questione non sarebbe stata distrutta o "sovertita". Dovremmo paragonare tale evoluzione non con il rovesciamento violento del governo ma con un pacifico cambiamento costituzionale della sua forma, coerente non solo con la conservazione di una società ma con il suo progresso.

Tipi di imposizione

Nell'ultima lezione ho distinto una forma moderata e una forma estrema della tesi secondo cui il diritto penale potrebbe essere usato legittimamente per proteggere la moralità. Secondo la tesi moderata, vi è certamente un contrasto tra crimini con evidenza dannosi per gli altri (come l'omicidio o l'aggressione) e una condotta solamente immorale, vietata dalla legge, che ha luogo in privato tra adulti consenzienti. Questo contrasto sembra a un primo sguardo autorizzare la nostra considerazione della proibizione e della punizione giuridica della seconda condotta come protezione della moralità "come tale". Ciononostante, in accordo con questa teoria, una volta che si consideri vero che la moralità della società è necessaria per la sua stessa esistenza, diventa chiaro che ogni atto immorale, anche se privato nella sua manifestazione, non può non essere sul lungo periodo dannoso, perché "esso minaccia i principi morali su cui la società si basa",

ponendo pertanto a rischio l'esistenza della società. Così da questo angolo visuale la protezione della moralità (che si assume necessaria per la sua stessa preservazione) è indispensabile per la stessa esistenza della società ed è giustificata per questa ragione.

La tesi estrema ha diverse varianti, e non è sempre chiaro quale di esse i suoi difensori facciano valere. Secondo alcune varianti, la protezione giuridica della moralità ha solo un valore strumentale: essa è semplicemente un mezzo, benché indispensabile, per preservare la moralità, là dove la preservazione della moralità è il fine dal valore in sé, che giustifica la sua protezione giuridica. Secondo altre varianti, vi è un valore intrinseco nella protezione giuridica della moralità. Ciò che accomuna tutte le varianti della tesi estrema è che, a differenza della tesi moderata, esse non considerano la protezione della moralità o la sua preservazione provvista di valore solo per le sue conseguenze benefiche nell'assicurare l'esistenza della società.

Occorre osservare che Lord Devlin oscilla in un certo senso con ambiguità tra una delle forme della tesi estrema e la tesi moderata. Se interpretiamo quindi la sua affermazione cruciale secondo la quale la preservazione della moralità della società è necessaria per la sua esistenza come con-

statazione di fatto (come suggerirebbe l'analogia con la repressione del tradimento), allora l'esistenza continuata della società è qualcosa di diverso dalla preservazione della moralità. Essa è, in effetti, una conseguenza desiderabile della preservazione della sua moralità, e, sulla base dell'assunto che la protezione della moralità è identica alla o è richiesta per la sua preservazione, questa conseguenza desiderabile giustifica la protezione della moralità. Intrepretato così, Lord Devlin è un difensore della tesi moderata e il suo argomento è di tipo utilitaristico. A esso si può obiettare che la sua constatazione di fatto cruciale non è supportata da prove; è un Utilitarismo senza il beneficio dei fatti. Se, d'altra parte, interpretiamo la sua affermazione seconda la quale ogni immoralità, anche in privato, minaccia l'esistenza della società, non come una constatazione empirica ma come una verità necessaria (come l'assenza di prove suggerisce che dovremmo), allora l'esistenza continuata di una società non è qualcosa di diverso dalla preservazione della sua moralità; è a essa identica. In questa prospettiva la protezione della moralità non è giustificata sulla base delle sue conseguenze valide per proteggere la società dalla dissoluzione o dalla rovina. È giustificata semplicemente in quanto identica alla o

richiesta per la preservazione della moralità della società. Questa è una forma della tesi estrema, mascherata solo dalla tacita identificazione, da me criticata nell'ultima lezione, di una società con la sua moralità.

Stephen è, a mio giudizio, un difensore di talune forme della tesi estrema più coerente di quanto Lord Devlin lo sia di quella moderata. Ma prima di considerare l'argomento è importante ricordare la complessità relativa alla nozione apparentemente semplice della imposizione giuridica di un certo tipo di condotta. Abbiamo già distinto due aspetti dell'imposizione: il primo è quello della coercizione e consiste nell'assicurare, attraverso la minaccia della pena giuridica, che le persone facciano o si astengano dal fare ciò che il diritto prescrive o vieta; il secondo è quello dell'effettiva punizione di coloro che hanno violato la legge. Oltre a queste forme di imposizione ve ne sono altre che è importante non trascurare nel considerare l'uso giuridico della "forza". Così si possono compiere mosse che rendono la disobbedienza alla legge impossibile o difficile, sì da scoraggiarla invece che punirla. Ne è esempio assai noto in Inghilterra il potere di sequestrare e distruggere pubblicazioni oscene, attribuito ai pubblici ufficiali dalla Legge sulle Pubblicazioni Oscene del 1857;

inoltre in alcune giurisdizioni il diritto autorizza la chiusura fisica di locali adibiti a case di tolleranza. Un ulteriore aspetto significativo dell'imposizione giuridica è il ricorso alla costrizione per indurre a desistere coloro che sono in procinto o minacciano di violare la legge. Il fatto che i mezzi di costrizione usati siano impiegati anche per la punizione non dovrebbe oscurarci la differenza. La forma più comune in Inghilterra e in America di questo metodo di imposizione è l'incarcerazione fino a quando coloro che rifiutano di rispettare le disposizioni di una Corte non cedano, nonché gli "ordini di cessare e di desistere" con i quali viene comminata una multa che aumenta giornalmente sino a quando la disubbidienza persiste. Senza dubbio la prima di queste è generalmente presentata come una forma di pena per "oltraggio alla Corte". Richieste di solito per porre fine alla reclusione per oltraggio sono le scuse e l'ubbidienza alla Corte, ma il suo uso primario è una sorta di costrizione, a disposizione di coloro che sono interessati a garantire l'ubbidienza alla legge.

Queste distinzioni sono importanti per i nostri scopi, perché la tesi estrema, secondo la quale la protezione giuridica della moralità è giustificata non dalle sue conseguenze ma come valore in sé, può richiede-

re una specifica considerazione per quanto concerne i diversi aspetti dell'imposizione. Inoltre, riflettere su questi differenti aspetti ci indurrà a discutere l'assunzione, fatta propria senz'altro da Lord Devlin e probabilmente anche da Stephen, che la protezione della moralità e la sua preservazione sono identiche o perlomeno necessariamente connesse.

Imposizione come coercizione

Se consideriamo il primo aspetto dell'imposizione, appunto, la coercizione tramite minacce, una differenza davvero grande si presenta tra l'indurre persone attraverso la paura della punizione ad astenersi da azioni che sono dannose per gli altri, e l'indurle ad astenersi da azioni che deviano dalla moralità condivisa ma non danneggiano nessuno. Il valore che inerisce al primo caso è facile da comprendere; per la protezione degli esseri umani da assassinio o violenza o altre forme di ingiuria resta un bene quali che siano i motivi per cui altri siano indotti ad astenersi da questi crimini. Ma dove non vi è alcun danno da prevenire e nessuna vittima potenziale da proteggere, come spesso accade ove la moralità sessuale convenzionale venga disattesa, è difficile comprendere l'asserzione secondo la quale

la conformità, anche se motivata soltanto dalla paura della punizione giuridica, sia un valore degno di essere perseguito, nonostante l'infelicità e il sacrificio della libertà che essa implica. L'attribuzione del valore a condotte meramente conformi, astraendo sia dalle motivazioni sia dalle conseguenze, non appartiene alla moralità ma al taboo. Questo non significa che non possiamo comprensibilmente attribuire valore a vite dedicate a ideali di castità e di abnegazione. Il raggiungimento infatti dell'autodisciplina non solo per quanto riguarda le questioni sessuali, ma anche in altri ambiti del comportamento, deve essere in ogni teoria della moralità un elemento costitutivo di una vita buona. Ma ciò che è valutabile qui è la limitazione *volontaria*, non la sottomissione per coercizione, la quale appare alquanto priva di valore morale.

Si può naturalmente sostenere che, benché per queste ragioni la conformità imposta giuridicamente non abbia di per sé valore, essa sia ancora indispensabile come uno degli strumenti di insegnamento o di conservazione della moralità, che è in larga parte praticata volontariamente. "Il fatto che uomini vengano impiccati per omicidio è una ragione significativa perché l'assassinio venga considerato un crimine così

terribile”¹. Non vi è nulla di contraddittorio in teorie in cui la minaccia della pena giuridica sia necessaria per creare o conservare la pratica volontaria della moralità. Ma queste sono teorie che richiedono il supporto di fatti empirici, mentre vi sono prove davvero esigue a sostegno dell’idea che la moralità sia meglio insegnata dalla paura della pena giuridica. In larga misura la moralità certamente è insegnata e sorretta senza di essa, e dove la moralità è sorretta da essa, vi è il pericolo costante che la paura della pena possa restare il solo motivo per conformarvisi.

Imposizione come punizione

Il secondo aspetto dell’imposizione giuridica non consiste nella minaccia bensì nell’effettiva inflizione della pena ai trasgressori. Se chiediamo quale valore questo possa avere quando la condotta punita non sia dannosa, la risposta più ovvia è una “teoria” retributiva della pena: la pretesa che ciò che giustifica l’inflizione della pena non sia che essa abbia conseguenze benefiche sulla società o sulla persona punita, ma che la soffe-

¹ *Report of the Royal Commission on Capital Punishment* (CMD 8932), sez. 61. La citazione è tratta dall’articolo di Stephen sulla pena di morte in “Fraser’s Magazine”, giugno 1864, p. 761.

renza sia moralmente la reazione appropriata o “adatta” per il male morale compiuto. Non posso qui avviare un esame completo di questa teoria della pena, ma riserverò attenzione a un punto saliente. Una teoria che non intenda giustificare la pena sulla base dei suoi risultati, ma semplicemente come qualcosa a cui si fa ricorso a causa della malvagità di un crimine, è certamente più plausibile, e forse comprensibile, soltanto ove il crimine abbia danneggiato altri e vi siano tanto un malfattore che una vittima. Persino i più fedeli sostenitori della dottrina utilitaristica devono essere stati tentati qualche volta di condividere la semplice pretesa di considerare corretto o giusto che un soggetto che abbia inflitto intenzionalmente sofferenza ad altri debba egli stesso soffrire. Dubito che qualcuno, nel leggere i resoconti di Auschwitz o Buchenwald, non abbia sentito l’attrattiva potente di questo principio; forse persino i più riflessivi tra coloro che abbiano sostenuto la punizione dei criminali in questione erano mossi da questo principio, piuttosto che dal pensiero che la punizione debba avere conseguenze future benefiche. Ma la forza di questa forma di retribuzione dipende sicuramente dalla presenza di una vittima e di un colpevole; infatti ove questo è il caso, è possibile considerare la pena

come una misura individuata per prevenire il prosperare del malfattore mentre le sue vittime soffrono o sono morte. I principi che richiedono che questo venga fatto sono certamente analoghi a quelli di giustizia o di equità nella distribuzione della felicità e della sofferenza – principi che permeano altri ambiti della morale. Personalmente non riterrei neppure che questa analogia sia sufficiente. Ma è sicuramente un elemento che dovrebbe trattenerci dal rifiutare del tutto la teoria retributiva. Ma ove non vi sia una vittima, ma solo la trasgressione di una norma morale, il punto di vista secondo il quale la pena è considerata ancora una reazione adeguata per l'immoralità perde persino questo sostegno. La retribuzione non sembra qui reggersi su nient'altro che la pretesa non plausibile che nella moralità due cose nere ne facciano una bianca: che il male della sofferenza sommato al male dell'immoralità come sua punizione costituiscano un bene morale.

Retribuzione e denuncia

Nel suo capitolo sulla dottrina milliana della libertà in rapporto alla morale, Stephen si era impegnato fondamentale-

mente a identificare ed esporre le incoerenze e le false assunzioni sulla natura umana e la società dalle quali, così credeva, gli argomenti di Mill erano viziati. Egli dedicò comparativamente poco spazio a spiegare le ragioni positive sottese alla sua propria tesi, secondo la quale il diritto penale dovrebbe essere usato non solo per la protezione “da atti pericolosi per la società” ma per la “lotta contro le forme più gravi di vizio”². Non è infatti semplice isolare tra i suoi argomenti un qualche riferimento preciso ai valori che egli ritiene esprima o garantisca la protezione della moralità. La caratteristica più significativa – e per molti la più spiacevole – del suo pensiero su questi temi è la sua insistenza generale sulla legittimità o “sanità”³ dell’avversione o del risentimento per il criminale e il desiderio di vendicarsi su di lui. È facile desumere dalla sua enfasi su questo argomento che Stephen si fonda per il suo caso concreto su una semplice e in verità grossolana forma di teoria retributiva: la punizione del criminale è giustificata perché “il sentimento di avversione e il desiderio di vendetta sono ele-

² James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., p. 162.

³ Ivi, pp. 162, 165.

menti importanti nella natura umana, che in tali casi devono essere soddisfatti in una maniera regolare, pubblica e giuridica”⁴.

L’insistenza di Stephen sulla legittimità dell’avversione e del desiderio di rivalsa è sicuramente centrale nella sua visione complessiva della pena, e altri giuristi inglesi successivi hanno attribuito a essi un’importanza analoga. Il precedente Lord Chief Justice of England, Lord Goddard, nell’ultimo dibattito sulla pena di morte alla House of Lords, affermò: “Non vedo come possa essere non-cristiano o biasimabile che il paese debba voler vendicare i crimini”⁵. Ma non sarebbe corretto verso Stephen presentare questo tipo di teoria retributiva come se rappresentasse la sua intera dottrina; vi è infatti almeno un altro elemento tra le maglie dei suoi argomenti. Questo lo chiamerò, per ragioni che si chiariranno, l’elemento della denuncia. Sebbene Stephen stesso non lo distingua dalla sua propria versione della teoria retributiva, è utile isolarlo ai fini di un’analisi minuziosa, perché compare ampiamente nella concezione della funzione e della giustificazione della pena che è ancora oggi caratteristica

⁴ Ivi, p. 162.

⁵ 198 HL Deabtes (5 th Series) 743 (1956).

della magistratura inglese, ed è condivisa da molti giuristi conservatori inglesi e americani. Per comprendere le idee di Stephen sulla protezione giuridica della moralità è importante notare che egli, come Lord Devlin, assume che la società per la quale la sua dottrina vale si caratterizza per un grado considerevole di solidarietà morale, ed è profondamente turbata da trasgressioni del suo codice morale. Proprio come per Lord Devlin la moralità da proteggere attraverso il diritto deve essere “pubblica”, nel senso che essa è generalmente condivisa e identificabile dal trio di caratteri: “intolleranza, indignazione e disgusto”⁶, così per Stephen “tu non puoi punire nulla che l’opinione pubblica, per come si trovi espressa nella pratica comune della società, non condanni strenuamente e inequivocabilmente [...] Per poter essere in grado di punire, una maggioranza morale deve essere schiacciante”⁷. È possibile che nell’Inghilterra della piena età vittoriana queste condizioni fossero soddisfatte in relazione a “quel numero considerevole di atti” che secondo Stephen erano considerati reati

6 Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, cit., p. 17: “Essi sono le forze sottese al diritto morale”.

7 James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., pp. 173-174.

soltanto perché erano ritenuti gravemente immorali. Forse allora una “maggioranza morale schiacciante” in effetti sorreggeva il sano desiderio di vendetta di cui egli parla e che dovrebbe venire appagato dalla punizione del colpevole. Ma sarebbe sociologicamente ingenuo assumere che queste condizioni si diano nell’Inghilterra contemporanea, perlomeno nella misura in cui riguardino la moralità sessuale. Il fatto che vi sia adesione di facciata a una moralità sessuale ufficiale non dovrebbe indurci a ignorare la possibilità che in questioni di natura sessuale, come in altre, ci può essere un numero di morali reciprocamente tollerantesi, e che anche ove vi fosse una certa omogeneità di pratiche e di convinzioni, i trasgressori potrebbero essere visti non con avversione o risentimento ma con diletto o pietà.

In un certo senso, quindi, la dottrina di Stephen e larga parte di quella di Lord Devlin, sembrano volteggiare nell’aria sopra la *terra firma* della realtà sociale contemporanea; può essere una costruzione ben articolata, interessante perché rivela l’aspetto caratteristico della magistratura inglese, ma è priva di applicazione nella società contemporanea. Tuttavia con questa immagine della società in mente proba-

bilmente illusoria, Stephen scrive talvolta come se la funzione della pena non fosse tanto retributiva quanto di denuncia; non tanto per appagare sentimenti di avversione o vendetta quanto per esprimere in forma enfatica una condanna morale del trasgressore e per “ratificare” la moralità che ha violato. Questa idea è presente in *Liberty, Equality, Fraternity*, in un passo in cui Stephen a proposito del diritto penale afferma che esso conferisce “forma specifica al sentimento della rabbia” e “soddisfazione specifica al desiderio di vendetta”⁸. La stessa idea viene, tuttavia, espressa in modo più elaborato e chiaro nel suo *History of the Criminal Law*:

La pronuncia del diritto è per il sentimento morale del pubblico, riguardo a una trasgressione, ciò che il sigillo è per la cera calda. Essa converte in un giudizio definitivo permanente ciò che potrebbe essere altrimenti un sentimento transitorio [...] In breve l'infissione della punizione attraverso il diritto offre espressione definitiva e ratifica solenne, nonché giustificazione all'avversione che viene suscitata dalla trasgressione e che costituisce la sanzione morale o popolare, distinta da quella della coscienza, di quella parte della

⁸ Ivi, p. 165.

moralità che è pure sanzionata dal diritto penale [...] Le forme in cui trovano espressione la rabbia deliberata e la legittima disapprovazione – e l'esecuzione della giustizia penale è la più enfatica di quelle forme – rispetto a un complesso di passioni stanno nello stesso rapporto in cui il matrimonio sta ad altre [passioni sessuali].⁹

Non v'è dubbio che molto non è chiaro in questa teoria; in particolare, Stephen parla misteriosamente della pena “che giustifica” il sentimento che essa esprime. Ma il suo orientamento è chiaro, ed è un tema che più tardi i giudici avrebbero riecheggiato. Così ai nostri giorni Lord Denning nella sua testimonianza davanti alla Commissione Reale sulla pena di morte:

La pena per reati gravi dovrebbe riflettere adeguatamente lo sdegno provato al loro cospetto dalla maggioranza dei cittadini. È un errore considerare l'oggetto della pena come deterrente o emenda o prevenzione e nient'altro. La giustificazione ultima di ogni pena non è l'essere un deterrente, ma la denuncia enfatica di un crimine da parte della comunità, e da questo punto di vista ci sono

⁹ James F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, Macmillan, Londra 1883, 3 voll.: vol. II, pp. 81-82.

alcuni tipi di omicidio che nella configurazione attuale della pubblica opinione richiedono la denuncia più solenne di tutte, ovvero la pena di morte.¹⁰

Nonostante l'autorevolezza dei giuristi suoi sostenitori, la giustificazione della pena, soprattutto quando si applica a una condotta non dannosa per altri, pare reggersi su una strana amalgama di idee. Essa presenta come un valore da perseguire al prezzo della sofferenza umana la semplice espressione di una condanna morale, e considera l'inflizione di sofferenza l'unica modalità di espressione adeguata o "solenne". Ma questo è davvero concepibile? La mera espressione di una condanna morale è un bene in sé da perseguire a questo prezzo? L'idea che si possano punire i trasgressori del codice morale, non per prevenire danno o sofferenza o persino reiterazione della trasgressione, ma semplicemente come uno dei mezzi per sfogare o esprimere in modo eclatante una condanna morale, è prossima in maniera sconveniente al sacrificio umano quale espressione di culto religioso. Ma anche se rinunciassimo a questa obiezione, ne resterebbero altre da

¹⁰ *Report of the Royal Commission on Capital Punishment*, sez. 53.

considerare. Che cosa si intende con la pretesa che la punizione dei trasgressori sia una via appropriata per esprimere una condanna morale solenne? La via normale tramite la quale una condanna morale viene espressa è a *parole*, e non è chiaro, se la denuncia è davvero ciò che si richiede, perché una dichiarazione pubblica solenne di disapprovazione non sarebbe il mezzo più “appropriato” o “solenne” di questa espressione. Perché una denuncia dovrebbe assumere la forma di una pena?

È probabile, a mio avviso, che ciò che i difensori di questa teoria effettivamente intendono con denuncia “solenne” e espressione “appropriata” di una condanna morale è che essa sia efficace nell’instillare o nel rafforzare nel trasgressore e in altri il rispetto per il codice morale che è stato violato. Ma allora la teoria assume un carattere differente; non è più la teoria per cui la protezione giuridica della morale è un valore indipendentemente dalle sue conseguenze; essa diventa la teoria per la quale la protezione giuridica della moralità ha valore perché preserva la moralità esistente. Questa è senza dubbio la più plausibile forma della tesi estrema. Ma finché essa viene considerata, come Stephen sembra a volte fare, come intuitivamente ovvia, per il suo essere

accolta senza argomentazione o senza appellarsi a qualche principio generale di moralità critica, essa si espone a una molteplicità di critiche rilevanti.

La prima di queste critiche riguarda una questione di fatto già menzionata: l'asserzione che l'imposizione giuridica operi nella maniera supposta per mantenere una moralità sociale esistente necessita di prove a suo sostegno; e perlomeno in relazione alla moralità sessuale c'è poco da trovare. Non vi sono dubbi che le questioni qui siano piuttosto complesse: in ogni indagine approfondita sulla parte giocata dalla proibizione giuridica nel rafforzare la convinzione che una condotta sia moralmente sbagliata, dovremmo distinguere tra i diversi tipi di immoralità. Alcuni, come la fornicazione, benché possano essere condannati moralmente certo con sincerità, rappresentano tentazioni per una maggioranza di uomini; altri, come l'incesto o l'omosessualità, sono pratiche per le quali la maggior parte degli uomini provano avversione e disgusto. In relazione a quest'ultime, sarebbe davvero sorprendente se la proibizione giuridica fosse un fattore significativo nella conservazione del sentimento generale che la pratica sia immorale. Se infatti c'è in tali questioni ciò che Lord Devlin chiama generale

“intolleranza, indignazione e disgusto” e Stephen chiama “una maggioranza morale schiacciante” (e solo dove queste sussistano essi pensano che la pena giuridica dell’immoralità sia giustificabile), la convinzione che tali pratiche siano moralmente sbagliate non è sicuramente separabile nella mente della maggioranza dalla repulsione istintiva e dal profondo sentimento che esse siano “contro natura”. L’idea che la schiacciante maggioranza morale cambierebbe, o perlomeno potrebbe cambiare animo moralmente e modificare questi profondi sentimenti istintivi, se lo Stato non rispecchiasse nella pena giuridica tali idee morali sull’omosessualità, sembra fantasiosa ed è decisamente lontana dall’esperienza di quei paesi in cui l’omosessualità tra adulti consenzienti in privato non è punita legalmente. Naturalmente questo non è per negare che ove il diritto vieta queste pratiche vi saranno alcuni che si asterranno da esse solo per paura della pena o perché, con l’espressione di Stephen, essi rispettano la “ratifica solenne” della legge della morale sociale esistente, per quanto essa mortifichi i loro propri istinti. Ma la loro astensione sulla base di queste ragioni non offre alcun contributo al sentimento generale che queste pratiche siano moralmente sbagliate.

L'effettivo solvente della moralità sociale, come un critico di Lord Devlin ha mostrato¹¹, non è che il diritto eviti di promuovere le sue restrizioni con la pena giuridica, ma la libera discussione pubblica. È questa – o l'autocritica che essa genera – che apre il mero disgusto istintivo alla condanna morale. Se ai nostri giorni la “schiacciante maggioranza morale” si è divisa o è esitante in molte questioni di moralità sessuale, i principali catalizzatori sono stati temi ai quali la discussione libera della morale sessuale ha prestato attenzione, alla luce delle scoperte dell'antropologia e della psicologia. Questi temi sono assai diversi: essi includono il carattere non dannoso di molte devianze sessuali, la molteplicità di moralità sessuali differenti in società differenti, la connessione tra moralità sessuale restrittiva e repressione dannosa. Benché pochi oggi pensino che sia giustificabile proibire la libera discussione in considerazione del suo impatto sulla moralità sociale dominante, Stephen era ben consapevole che la sua dottrina generale avrebbe portato a questo. Egli affermava con grande franchezza che non

¹¹ Richard Wollheim, *Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin*, cit., p. 40.

aveva obiezioni verso di essa in linea di principio, ma non la riteneva più praticabile al tempo in cui scriveva¹².

La preservazione della moralità e il conservatorismo morale

Quest'ultima considerazione ci porta alla questione centrale della tesi estrema. Supponiamo, contrariamente a ogni evidenza, che l'immagine della società di Stephen e i suoi meccanismi morali siano realistici: che vi sia effettivamente un codice morale in ambito sessuale sostenuto da una maggioranza schiacciante e che essa sia profondamente turbata quando esso viene violato anche da adulti in privato; che la punizione dei trasgressori in effetti rafforzi il sentimento che la condotta sia immorale e che senza la loro punizione la moralità dominante cambierebbe in senso permissivo. La questione centrale è: si può dire qualcosa oppure non si può dire niente a sostegno della pretesa che la prevenzione di questo cambiamento e il mantenimento dello *status quo* morale nella moralità sociale siano valori sufficienti

¹² James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., cap. 2, soprattutto pp. 58, 81, 82-84.

per compensare il costo in infelicità umana che l'imposizione della morale comporta? È semplicemente un'affermazione vuota oppure si basa su qualche principio critico che connette ciò a cui si attribuisce qui valore ad altre cose di valore?

Alcune distinzioni sono ora necessarie. Ci sono tre proposizioni concernenti il valore della preservazione della moralità sociale che sono a rischio costante di confusione. La prima di queste proposizioni è la verità che dal momento che tutte le morali sociali, quale che sia il loro contenuto, mettono in conto in una certa misura valori universali come libertà individuale, sicurezza della vita e protezione da danni inflitti deliberatamente, vi sarà sempre nella moralità sociale molto che meriti di essere preservato anche al prezzo di quegli stessi valori che l'imposizione giuridica coinvolge. È probabilmente fuorviante asserire con Lord Devlin che la moralità sociale, nella misura in cui assicuri queste cose, ha valore perché esse sono necessarie per la conservazione della società; al contrario, la conservazione di una società particolare ha valore perché tra le altre cose essa assicura in una certa misura agli esseri umani questi valori universali. È dunque sostenibile che una società umana in cui questi valori siano interamente sconosciuti nella sua moralità

non è né possibile empiricamente né logicamente, e che anche se lo fosse, una tale società non potrebbe avere valore pratico per gli esseri umani. Con siffatta concessione, tuttavia, dobbiamo guardarci dal seguire Lord Devlin nel ritenere la moralità sociale una tela senza cuciture e nel considerare tutte le sue disposizioni necessarie per l'esistenza della società di cui essa costituisce la moralità. Dovremmo riconoscere con Mill la verità che, benché questi valori universali essenziali debbano essere assicurati, la società non solo può tollerare in campi diversi individuali divergenze dalla sua moralità dominante, ma trarne vantaggio.

In secondo luogo, vi è la verità, meno familiare e meno semplice da sostenere in termini precisi, che lo spirito o l'atteggiamento mentale che caratterizza la pratica di una moralità sociale è qualcosa di estremo valore ed è dunque alquanto vitale per gli uomini promuoverlo e preservarlo in qualunque società. Nella prassi di qualsivoglia moralità sociale sono necessariamente coinvolte cose che possono essere definite valori *formali* distinti dai valori *materiali* delle sue norme o del suo contenuto particolari. Nelle relazioni morali con gli altri l'individuo vede le questioni di condotta da un punto di vista impersonale e applica norme generali in

modo imparziale a se stesso e agli altri; è attento e tiene in considerazione le necessità, le aspettative e le reazioni degli altri; egli esercita autodisciplina e controllo nell'adattare la propria condotta a un sistema di pretese reciproche. Queste sono virtù universali e quindi costituiscono l'atteggiamento specificamente morale della condotta. È vero che queste virtù sono apprese in conformità alla moralità di qualche società particolare, ma il loro valore non deriva dal fatto che esse sono là virtù riconosciute. Basta condurre l'esperimento hobbesiano di immaginare queste virtù totalmente assenti per vedere che esse sono vitali per la condotta di ogni forma cooperativa di vita umana e di ogni vita personale ben riuscita. Nessun principio di moralità critica che abbia riservato la minima attenzione agli aspetti più elementari della natura umana, e alle condizioni in cui la vita umana deve essere condotta, potrebbe proporre di rinunciare a esse. Da qui se con preservazione della moralità s'intende la preservazione dell'attitudine morale nella condotta e dei suoi valori formali, è sicuramente vero che essa sia un valore. Ma, per quanto vero, questo è davvero di fatto irrilevante per la questione che ci troviamo davanti; infatti la preservazione della moralità in questo senso non è identica a e

non richiede di evitare il cambiamento di un codice morale della società per come esso è in un dato momento dell'esistenza di quella società; e *a fortiori* non richiede la protezione giuridica delle sue norme. L'attitudine morale nella condotta è spesso sopravvissuta alla critica, alla violazione e al collasso definitivo di specifiche istituzioni morali. L'impiego della protezione giuridica per congelare, consegnandola all'immobilità, la moralità dominante, in un momento particolare dell'esistenza di una società, probabilmente potrebbe avere successo, ma anche là dove ciò accadesse esso non contribuirà per nulla alla sopravvivenza dello spirito vitale e dei valori formali della moralità sociale, potendo invece far molto per danneggiarli.

Dalla preservazione della moralità in questo senso, che è del tutto chiaramente un valore, dobbiamo quindi distinguere il mero conservatorismo morale. Quest'ultimo si riassume nella proposizione secondo la quale preservare dal cambiamento una norma esistente della moralità sociale, qualunque sia il suo contenuto, è un valore e giustifica la sua protezione giuridica. Questa proposizione sarebbe quanto meno comprensibile se potessimo ascrivere all'intera moralità sociale lo *status* che i sistemi teologici o le dottrine del diritto naturale ascrivono a taluni prin-

cipi fondamentali. Così alcuni principi generali perlomeno sarebbero stati introdotti a sostegno della pretesa che la preservazione di una qualunque norma della moralità sociale sia un valore che ne giustifica la protezione giuridica; qualcosa sarebbe stato detto per indicare la fonte di questo asserito valore. L'applicazione di tali principi generali al caso in questione sarebbe dunque qualcosa da discutere e argomentare, e il conservatorismo morale sarebbe quindi una forma di moralità critica da usarsi nella critica delle istituzioni sociali. Non sarebbe dunque – come è se dissociato da tutti questi principi generali – un dogma bruto, il quale prevede che la preservazione di ogni moralità sociale superi necessariamente i suoi costi in termini di infelicità umana e perdita di libertà. In questa forma dogmatica in effetti esso sottrae la morale positiva dalla portata di qualsiasi critica morale.

Senza dubbio una moralità critica basata sulla teoria che ogni moralità sociale abbia lo *status* proprio dei comandi divini o di una verità eterna scoperta dalla ragione, oggi, per ovvie ragioni, non sembrerebbe plausibile. È forse ancor meno plausibile in relazione alle morali sessuali, determinate, come queste del tutto ovviamente sono, da mutevoli gusti e convenzioni. Nondimeno,

il tentativo di difendere la protezione giuridica della moralità per questa via sarebbe qualcosa di più della semplice asserzione non argomentata che essa è giustificata. È degno di nota che grandi teorici sociali come Burke e Hegel, tra i più preoccupati di difendere il valore della moralità positiva e i costumi di società particolari contro critici utilitaristi e razionalisti, mai considerarono adeguata la semplice asserzione che queste fossero cose di valore. Al contrario essi svilupparono *teorie* sulla natura umana e della storia a sostegno della loro posizione. L'argomento principale di Burke, espresso in termini di "saggezza dei tempi" e di "mano della provvidenza", è essenzialmente evolucionistico: le istituzioni sociali che si sono sviluppate lentamente nel corso della storia di una società rappresentano un adeguamento ai bisogni di quella società, il quale appare sempre alla massa dei suoi membri più soddisfacente di ogni schema ideale di vita sociale che gli individui potrebbero inventare o un qualunque legislatore potrebbe imporre. Per Hegel il valore delle istituzioni costituite di una particolare società si basava su una elaborata dottrina metafisica, non facilmente comprensibile e certamente non comprimibile in modo adeguato nella singola frase che qui gli dedico.

In sintesi, è la dottrina secondo cui la storia delle società umane è un processo attraverso il quale lo Spirito assoluto manifesta se stesso, e ogni stadio in questo sviluppo è una tappa razionale, o anche logica, e dunque una cosa di valore.

Per quanto discutibile questo sfondo della teoria possa essere in qualsivoglia caso particolare, esso è ancora aperto alla critica razionale, a essere accettato o rigettato; esso previene l'affermazione secondo la quale il valore delle istituzioni sociali sarebbe meramente dogmatico. L'affermazione rimarrà o cadrà insieme alle teorie generali addotte in suo sostegno. Si deve, tuttavia, ricordare che una difesa evoluzionistica della tradizione e del costume, come quella che fece Burke contro il rivoluzionario o il critico razionalista, offre scarso supporto all'imposizione per legge della moralità sociale. In Burke, forse perché era un Whig comunque conservatore, il valore di istituzioni costituite risiede nel fatto che esse si sono sviluppate come risultato del libero, benché senz'altro inconscio, adattamento degli uomini alle condizioni delle loro vite. Usare la coercizione per arrestare lo *status quo* morale in un certo momento della storia di una società significherebbe arrestare artificialmente il processo che conferisce alle istituzioni sociali il loro valore.

Questa distinzione tra l'uso della coercizione per proteggere la moralità e altri metodi che noi di fatto usiamo per conservarla, come l'argomento, il consiglio e l'esortazione, è tanto importante quanto denegata in discussioni riguardanti la presente tematica. Stephen, nei suoi argomenti contro Mill¹³, sembra per la maggior parte del tempo dimenticare o ignorare questi altri metodi e la grande importanza che Mill attribuì loro. Egli argomenta frequentemente infatti come se la dottrina della libertà di Mill sostenesse che gli uomini non devono mai esprimere convinzioni concernenti la condotta dei loro concittadini, se quella condotta non è dannosa per gli altri. È vero che Mill credeva che "lo Stato o il pubblico" non sono autorizzati "*ai fini della repressione o della punizione*"¹⁴ a decidere che tale condotta sia buona o cattiva. Ma non è vero che egli pensava che in riferimento a questa condotta o "alle esperienze di vita" che essa rappresenta "nessun'altro avesse qualcosa da dire"¹⁵. Neppure pensava che la società potesse "tracciare una linea là dove finisce l'educazione e comin-

13 Ivi, pp. 126-42.

14 Ivi, p. 137; John Stuart Mill, *On Liberty*, cit., cap. 5.

15 James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., p. 141.

cia la perfetta indifferenza morale”¹⁶. Con queste critiche infondate Stephen non solo fraintese e quindi travisò Mill, ma mostrò quanto in modo angusto egli stesso intese la moralità e i processi dai quali essa è sorretta. L'intento di Mill lungo tutto il suo saggio infatti è di restringere l'uso della coercizione, non di promuovere l'indifferenza morale. È vero che egli include nella coercizione o “costrizione” che disapprova non solo la protezione giuridica della moralità ma anche altre forme perentorie di pressione sociale come il biasimo morale e la richiesta di conformità. Ma è un fraintendimento disastroso della moralità pensare che dove non possiamo usare la coercizione in suo sostegno dobbiamo rimanere silenti e indifferenti. Nel capitolo 4 del suo saggio Mill ha gran cura di mostrare le altre risorse che abbiamo e dovremmo usare:

Sarebbe un grosso fraintendimento di questa dottrina supporre che sia una dottrina dell'indifferenza egoista, la quale pretende che gli esseri umani non abbiano interesse per la condotta degli altri nella vita e che essi non dovrebbero occuparsi dell'operare bene e del benessere di un altro fintanto non sia coinvolto il proprio interesse [...] Gli esseri

¹⁶ Ivi, p. 170.

umani si devono aiuto reciproco nel distinguere il meglio dal peggio e sostegno per scegliere il primo ed evitare il secondo.

La discussione, il consiglio, l'argomento – tutti questi, nella misura in cui lasciano l'individuo “giudice ultimo”, possono essere impiegati, secondo Mill, in una società in cui la libertà è adeguatamente rispettata. Noi possiamo persino “imporre” a un altro “considerazioni volte ad aiutare il suo giudizio ed esortazioni tese a rafforzare la sua volontà”¹⁷. In casi estremi possiamo “avvertirlo” del nostro giudizio contrario o dei nostri sentimenti di disgusto e di disprezzo. Possiamo evitare la sua compagnia e mettere in guardia altri da essa. Molti potrebbero pensare che Mill qui giunga pericolosamente vicino a una coercizione sanzionatoria, benché egli considerasse queste cose come “strettamente inseparabili dai giudizi sfavorevoli degli altri”¹⁸ e mai da infliggere come pena. Ma se si mosse in quella direzione, è certamente chiaro che riconobbe l'importante verità secondo la quale nella moralità non siamo costretti a scegliere tra coercizione deliberata e indifferenza.

17 John Stuart Mill, *On Liberty*, cit., cap. 4.

18 *Ibidem*.

Populismo morale e democrazia

Il saggio di Mill *On Liberty*, come il libro di Tocqueville *Democracy in America*, fu una potente perorazione a favore di una lucida riconsiderazione dei pericoli che accompagnano i vantaggi del governo democratico. Il più grave dei pericoli, dal loro punto di vista, non era che di fatto la maggioranza potesse usare il proprio potere per opprimere una minoranza, ma che, con la diffusione delle idee democratiche, potesse essere considerato non contestabile che potesse farlo. Per Mill, questi pericoli erano parte del prezzo da pagare per tutto ciò che ha così valore in un governo democratico. Egli riteneva il prezzo certamente degno di essere pagato; ma era assai preoccupato di presentare ai sostenitori della democrazia il pericolo e la necessità di vigilare. “La limitazione del potere del governo sugli individui non perde affatto la sua importanza quando i detentori del potere sono regolarmente responsabili nei confronti della comunità – ovvero della sua parte più rilevante”¹⁹. Mill fu così insistente su questo tema che, come osservò Morley, il suo saggio fu in un certo senso “uno

¹⁹ Ivi, cap. 1.

dei libri più aristocratici che sia mai stato scritto”²⁰. Sicuramente la dottrina di Mill contrasta in modo assai netto con l’enfasi posta da Stephen sull’importanza dell’opinione pubblica nelle questioni morali, e sulla funzione della pena in quanto “espressione del sentimento morale del pubblico”. Morley affermò infatti – come Stephen ci riferisce nella sua prefazione²¹ – che mentre Mill vorrebbe proteggere la minoranza dalla coercizione della maggioranza, i principi di Stephen la esporrebbero a essa.

Stephen respinse l’accusa di Morley, forse ingiusta. Benché infatti la smentita di Stephen non sia molto facile da conciliare con la sua insistenza sull’importanza della “schacciante maggioranza morale”, può ben essere che la sua posizione complessa non si riduca a qualcosa di così semplice come l’idea che una domanda popolare di coercizione o di pena giuridica sia giustificata semplicemente perché popolare oppure grido della maggioranza. Ciononostante, la paura di Mill che tale dottrina possa diffondersi con la democrazia è sicuramente giustificata. Sembra inevitabilmente semplice credere

²⁰ Citato nella prefazione a James F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, cit., p. XV.

²¹ Ivi, p. XVII.

che lealtà ai principi democratici implichi l'accettazione di ciò che può essere definito populismo morale: l'idea che la maggioranza abbia un diritto morale di stabilire come tutti dovrebbero vivere. Questo è un fraintendimento della democrazia che ancora minaccia la libertà individuale; e io dedicherò la parte restante di questa lezione all'individuazione della confusione su cui esso poggia²².

22 Ci sono tracce di questa confusione nell'ultimo contributo di Lord Devlin al presente argomento (Patrick Devlin, *Law, Democracy, and Morality*, cit.). Infatti egli lì (p. 639) afferma che "in una democrazia un legislatore assumerà che la morale della sua società sia buona e vera; se non lo facesse non svolgerebbe un ruolo attivo nel governo [...] Tuttavia egli non deve garantire per la sua bontà e verità. Il suo mandato è di preservare i fondamenti della sua società, non ricostruirli in accordo con le sue proprie idee". Ma altrove (p. 644) ammette che un legislatore "ha una discrezionalità davvero ampia nel determinare quanto lontano andrà nella direzione del diritto per come egli pensa che debba essere". La preoccupazione principale di Lord Devlin in questo saggio è di stabilire contro "la visione dei filosofi" [sic] che non vi è obiezione a che la moralità sia una questione esposta al voto popolare (p. 642), che la moralità è una questione di fatto (p. 649), e che in una democrazia "uomini colti non possono essere posti in una categoria separata per la decisione delle questioni morali" (p. 643). Ma nella misura in cui si tratta della moralità positiva, pochi contesterebbero queste affermazioni. L'interrogativo rimane: Che cosa giustifica la sua imposizione per legge? Al riguardo, Lord Devlin sembra soddisfatto dei suoi argomenti precedenti e della sua analogia con il tradimento, sopra criticati.

L'errore fondamentale è non distinguere il principio, accettabile, che il potere politico è meglio affidato alla maggioranza dalla pretesa, inaccettabile, che ciò che la maggioranza fa con tale potere sia al di sopra di ogni critica e non possa mai incontrare resistenza. Nessuno può essere un democratico se non accetta il primo di questi principi, ma nessun democratico ha bisogno di accettare il secondo. Mill e molti altri hanno unito alla credenza in una democrazia come forma migliore – o meno dannosa – di governo, la convinzione appassionata che vi sono molte cose che persino un governo democratico non può fare. Questa combinazione di atteggiamenti si comprende bene, perché, anche se un democratico crede che la democrazia sia migliore di altre forme di governo, non crede che essa sia perfetta o infallibile, o che non debba mai incontrare resistenza. Per sostenere quest'ultima conclusione, occorre ancora una premessa, andando assai oltre la semplice asserzione che è meglio affidare il potere politico alla maggioranza piuttosto che a una classe selezionata. Questa premessa aggiuntiva dovrebbe essere una sorta di variante, laica o di altro tipo, dell'identificazione della *vox populi* con la *vox Dei*. Una variante, alla quale in queste tre lezioni si è fatto frequentemente riferimento, è l'i-

dea che la moralità positiva sorretta da una schiacciante maggioranza morale sia immune da critiche.

Non sorprende, naturalmente, che queste confusioni siano state prodotte o che esse sopravvivano anche in democrazie come gli Stati Uniti, dove i diritti degli individui sono in un certo senso protetti dalla maggioranza da una costituzione scritta; o in Inghilterra, dove a lungo il membro eletto del Parlamento è stato considerato il rappresentante ma non il delegato dei suoi elettori. Vi sono infatti nell'effettivo funzionamento della democrazia molte forze che paiono incoraggiare la credenza che il principio del governo democratico *indichi* che la maggioranza ha sempre ragione. Persino il politico dai più sani principi può voler restare in carica, e un atteggiamento flessibile o passivo verso ciò che la maggioranza pensa giusto rende questo più facile di quanto non faccia una rigorosa aderenza alla teoria secondo cui il suo dovere è di fare ciò che egli pensa sia giusto, e poi accettare le proprie dimissioni se non può persuadere la maggioranza a mantenerlo. Ma ciò che è una tentazione comprensibile per legislatori elettivi, può essere biasimevole per coloro che non si trovano coinvolti da una simile tentazione. Qualsiasi altro argomento vi possa essere

per la protezione della moralità, nessuno è autorizzato a pensare, anche quando la moralità popolare sia sostenuta da una “schacciante maggioranza” o caratterizzata da diffusa “intolleranza, indignazione e disgusto”, che la lealtà ai principi democratici chieda di ammettere che l'imposizione di essa sulla minoranza sia giustificata.

Conclusione

Spero che queste tre lezioni siano sufficientemente chiare e concise tanto da non richiedere una sintesi dettagliata. Dirò piuttosto in conclusione una parola sul metodo di argomentazione che ho seguito. Ho assunto sin dall'inizio che chiunque sollevi o sia disponibile per una discussione sulla questione se sia giustificabile imporre moralità accetta l'idea che le istituzioni effettive di ogni società, inclusa la sua moralità positiva, siano aperte alla critica. Da qui, la tesi secondo la quale è giustificabile imporre la moralità è, quanto la sua negazione, una tesi di moralità critica che per essere sostenuta richiede alcuni principi critici generali. Essa non può essere confermata o rifiutata semplicemente guardando alle pratiche effettive o alla moralità di una o più società partico-

lari. Lord Devlin, la cui tesi ho definito tesi moderata, sembra accettare questa posizione, ma io ho sostenuto che il principio critico generale che egli assume, ossia, che una società ha il diritto di compiere ogni passo necessario per la sua conservazione, è inadeguato per il suo scopo. Non vi sono prove che la conservazione di una società richieda la protezione della sua moralità “come tale”. La sua posizione solo in apparenza evita questa critica, per via di una definizione confusa di cosa sia una società.

Ho anche assunto sin dall'inizio che chiunque intenda questo tema aperto alla discussione accetta necessariamente il principio critico, fondamentale per ogni moralità, che l'infelicità umana e la limitazione della libertà siano dei mali; infatti questa è la ragione per cui la protezione giuridica della moralità richiede una giustificazione. Io ho tentato allora di sbrogliare e di liberare da ambiguità di linguaggio i principi generali sottostanti alle diverse varianti della tesi più estrema, secondo la quale la protezione della moralità o la sua preservazione dal cambiamento avrebbero valore indipendentemente dalle loro conseguenze favorevoli sulla conservazione della società. Questi principi di fatto ci invitano a considerare valori, per via dei quali dovremmo ridurre

la libertà umana e infliggere l'infelicità della pena agli esseri umani, cose che sembrano appartenere alla preistoria della moralità e sembrano essere assai contrarie al suo spirito generale. Esse includono la mera conformità esteriore a norme morali, indotta semplicemente per paura; la gratificazione di sentimenti di avversione per il malfattore o la sua punizione "retributiva", anche quando non vi è alcuna vittima da vendicare o che chiede giustizia; l'inflizione della pena come simbolo o espressione di una condanna morale; il semplice isolamento al cospetto del mutamento di qualsivoglia moralità sociale, anche se repressiva o barbara. Senza dubbio non ho *provato* che queste cose non sono valori degni del loro costo in termini di sofferenza umana e di perdita di libertà; basti aver mostrato che cosa viene offerto per questo prezzo.

BIBLIOGRAFIA SELEZIONATA¹

Generale

- Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Maccabean Lecture in Jurisprudence of the British Academy 1959, Oxford University Press, Oxford 1959.
- Devlin, Patrick, *Law, Democracy, and Morality*, "Pennsylvania Law Review", vol. 110, 1962.
- Hart, H.L.A., *Immorality and Treason*, "The Listener", 30 luglio 1959.
- Hart, H.L.A., *The Use and Abuse of the Criminal Law*, "Oxford Lawyer", vol. 4, 1961.
- Hughes, Graham, *Morals and the Criminal Law*, "Yale Law Journal", vol. 71, 1962.
- Mill, John Stuart, *On Liberty*, John W. Parker and Son, Londra 1859.
- Rostow, Eugene, *The Enforcement of Morals*, "Cambridge Law Journal", vol. 174, 1960.
- Stephen, James Fitzjames, *Liberty, Equality, Fraternity*, Seldon Society, Londra 1873. La prefazione alla seconda edizione del 1874 è una replica alla difesa di Mill pubblicata da Morley con il titolo *Mr. Mill's Doctrine of Liberty*, "Fortnightly Review", 1 agosto 1873.

1 La presente selezione bibliografica è quella riportata da Hart al termine del libro.

Diritto, libertà e moralità

Stephen, James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, Macmillan, Londra 1883, vol. II, cap. 17.

The Censor as Aedile, "Times Literary Supplement", 4 agosto 1961.

Wollheim, Richard, *Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin*, "Encounter", novembre 1959.

Tematiche giuridiche

American Law Institute, *Model Penal Code*, Tentative Draft n. 4, 1955.

Davies, D. Seaborne, *The House of Lords and the Criminal Law*, "Journal of the Society of Public Teachers of Law", 1961.

Goodhart, Arthur L., *The Shaw Case: The Law and Public Morals*, "Law Quarterly Review", vol. 77, 1961.

Jones vs. Randall (1774). Lofft 383.

Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution (CMD 247) 1957 (The Wolfenden Report).

Shaw vs. Director of Public Prosecutions (1961) 2 A.E.R. 446 (1962) A.C. 220.

Williams, Glanville, *Conspiring to Corrupt*, "The Listener", 24 agosto 1961.

Williams, J.E. Hall, *The Ladies Directory and Criminal Conspiracy*, "Modern Law Review", vol. 24, 1961.

INDICE DEI NOMI E DELLE MATERIE¹

- Adulterio 66, 68
American Law Institute
Model Penal Code
53, 84
Animali: crudeltà verso
76
Bentham, Jeremy 38, 49
Bigamia 82-88
Blasfemia 89
Bulloch, Penelope A.* 9
Burke, Edmund 128,
129
California 43, 67
Coercizione 60, 106-107
Comandi divini 64, 127
Commissione Wolfen-
den: Rapporto della
51-52, 54, 86
Consenso della vittima
di reato 71-74
Cospirazione per la cor-
ruzione della morale
pubblica 41-50
Danno 39, 40, 87, 92, 93
Democrazia: 133-137
cfr. anche opinione
della maggioranza
Denning, Alfred
Thomson ("Tom")
116
Denuncia 115-118, 140
Devlin, Patrick 15, 18-
21, 54, 57-59, 69,
71-74, 76, 82, 86,
95-100, 102-104,
106, 113, 114, 119,
121, 123, 124, 135,
139
Diritto americano 41,
65-68

¹ I nomi contrassegnati con l'asterisco riguardano l'*Introduzione* e la *Notizia sulla vita e le opere*. Gli altri nomi e l'indicazione delle materie con i rispettivi luoghi sono quelli selezionati originariamente da Hart a conclusione del suo saggio.

Diritto, libertà e moralità

- Diritto naturale 13, 64, 126
- Fornicazione 66, 67, 119
- Fuller, Lon* 8
- Gavazzi, Giacomo* 20
- Giustificazione 60-62, 139
- Giustiniano 98
- Giustizia 38, 80, 110
- Goddard, William E.R. 112
- Hampshire, Stuart* 23
- Hand, Learned 54
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 128
- Humboldt, Wilhelm von* 11, 12
- Indecenza 82-94
- Kelsen, Hans 24, 37
- Lacey, Nicola* 24
- Lalatta Costerbosa, Marina* 11
- Lawrence, David Herbert 47
- Libertà 60, 61, 92-94
- Los Angeles 67
- Mansfield, Lord (William Murray) 43, 45, 46
- Mill, John Stuart 12, 14-17, 20, 39-41, 49, 52, 54-57, 63, 68-70, 72-75, 86, 87, 92, 94, 110, 111, 116, 124, 130-134, 136
- Moralità critica 56, 58-60, 64, 124, 127, 138
- Moralità positiva 56, 59, 64, 138
- Moralità sessuale: 40, 41, 57, 62, 65-68, 119-122 cfr. anche Adulterio, Bigamia, Fornicazione, Omosessualità, Indecenza
- Moralità, e diritto 35-39
- Moralità, valore della 58, 123-128, 140
- Morley, J. 68, 69, 133, 134
- Omosessualità 45, 50-51, 90, 100, 119, 120
- Opinione della maggioranza 113, 114, 119, 120, 133-138
- Oscenità 46, 47
- Paternalismo 71-76, 82
- Pena di morte 108, 112, 116, 117
- Pena, gradualità della: 77-81, 108-110 cfr. anche Denuncia;
- Poligamia 82
- Positivismo 36

Indice dei nomi e delle materie

- Prostituzione 44, 47, 50,
51, 66, 89
- Protezione della morale
38-41, 56, 57, 60, 65-
68, 70-77, 94 ad fin
- Radbruch, Gustav* 7,
9, 13
- Raz, Joseph* 9
- Reid, James 44, 46
- Retribuzione 108-111,
140
- Rostow, Eugene V. 82,
86
- Ryle, Gilbert* 23
- Shaw vs. Director of
Public Prosecutions
42-50, 90
- Simonds, Gavin T. 45,
89
- Stephen, James F. 15,
18-21, 54, 68-70, 77-
79, 82, 95, 104, 106,
108, 110-116, 120-
122, 130, 131, 134
- Tocqueville, Alexis de
133
- Utilità 38
- Utilitarismo 38, 59, 62-
64, 80, 92, 93, 103
- Williams, Glanville, 50
- Williams, J.E. Hall, 50
- Williams, Jenifer* 24
- Wolfenden, John* 15
- Wollheim, Richard 121

Finito di stampare
nel mese di novembre 2023
da Puntoweb s.r.l. – Ariccia (RM)