

PREMESSA

Per quanto ormai molte volte sia stata proclamata la fine del retributivismo, non sono in molti a ritenere che ci si possa sbarazzare anche del «principio di retribuzione». Sarà pure vero che si punisce per prevenire la commissione di reati, ma è vero anche che, a differenza che in passato, l'idea di punire intenzionalmente un "innocente" risulta per lo più moralmente ripugnante. Nel nostro ordinamento sembra peraltro escluso dal principio di colpevolezza che possa essere ritenuto colpevole e punito colui che abbia commesso l'azione o l'omissione oggettivamente criminosa inconsapevolmente o in modo involontario, o che comunque quando l'ha commessa fosse incapace di determinarsi ad agire diversamente. Ma poiché i due requisiti richiesti dal principio di colpevolezza sembrano coincidere con le condizioni alle quali molti ritengono che un'azione o un'omissione sia stata compiuta *liberamente*, pare ragionevole concludere che, per quanto spesso ci si illuda di poterne fare a meno, la questione vetusta e irrisolvibile del libero arbitrio non possa non essere affrontata, a meno che non si intenda evitare di affrontare anche quella della colpevolezza.

Le maggiori difficoltà nascono dal fatto che se davvero, come da più parti si è rilevato, questi due requisiti fossero non composibili, ne deriverebbe l'impossibilità della colpevolezza stessa. Forse anche in considerazione di questo genere di implicazioni, molti ritengono che il partito migliore sia fare come se il problema non si ponesse. Ma aggirare la questione significa accettare la possibilità che nella prassi, per evitare di mettere in discussione un "principio" che si ritiene indefettibile (in nessun caso è lecito, si dice, punire un "innocente"), ma le cui implicazioni si considerano per altro verso pragmaticamente inaccettabili, sistematicamente si faccia *come se* chi è "innocente" non lo fosse.

Nelle pagine che seguiranno si sosterrà che la «retribuzione negativa» continua ad assolvere, almeno *in linea di principio*, un'essen-

ziale funzione di garanzia alla quale non è auspicabile che si rinunci e della quale solo in pochi sembrano in effetti disposti a fare a meno.

Nel secondo, nel terzo e nel quarto capitolo si tenterà di dimostrare l'inefficacia di alcune fra le strategie impiegate più frequentemente dai consequenzialisti per provare che è possibile rinunciare al principio di retribuzione senza impegnarsi ad accettare conclusioni che a loro stessi appaiono moralmente insostenibili.

In particolare, nel secondo capitolo si avanzerà l'ipotesi che, nonostante la varietà dei significati dei quali la parola 'pena' ed i suoi omologhi storicamente si sono caricati, sia possibile ed opportuno distinguere sul piano lessicale la pena da pratiche diverse rilevando che, fra le altre cose, essa è comunemente inflitta «ad un effettivo o supposto trasgressore per la sua trasgressione» – come sosteneva Hart – e che altrettanto comunemente reca con sé una «pretesa di correttezza» analoga a quella che secondo Alexy vanta il diritto. Anche ammesso, d'altra parte, che nell'uso ordinario la 'pena' abbia connotazioni implicitamente retributive, dalla sua definizione non è possibile desumere alcuna conclusione normativa in merito alla giustificazione delle pratiche che designa, a meno che essa stessa non acquisisca rilevanza normativa.

Nel terzo capitolo si cercherà di verificare se sia necessariamente “inutile” o “dannoso” quello che risulta ingiusto in base al principio di retribuzione e nel quarto se l'utilitarismo della regola consenta di risolvere i problemi posti da quello dell'atto, concludendo che in realtà è la stessa distinzione fra l'uno e l'altro a risultare incerta e problematica. Nella seconda parte del capitolo si compareranno brevemente le posizioni di Hart e Ross per tentare di chiarire i rapporti che intercorrono per i due autori fra retribuzione e prevenzione.

I capitoli successivi, nei quali sono riprese e sviluppate anche osservazioni contenute in alcuni miei saggi già editi¹, avranno ad

¹ L. MILAZZO, *Sorte penale? La colpevolezza tra cause e caso*, in «Diritto e questioni pubbliche», 14, 2014, pp. 794-858; *Il libero arbitrio e i paradossi della colpevolezza*, in M. LALATTA COSTERBOSA (a cura di), *Lo spazio della responsabilità. Approdi e limiti delle neuroscienze*, Il Mulino, Bologna 2015, pp. 211-226; *Colpevolezza e libero arbitrio: una questione superata?*, in R. BRIGHI-S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Aracne, Roma 2015, pp. 141-154.

oggetto più specificamente la questione del libero arbitrio e dei suoi nessi con la colpevolezza.

Nel quinto, in particolare, si proverà a dimostrare che i due elementi dei quali si compone la colpevolezza secondo la teoria che, in Italia almeno, sembra più ampiamente accolta in dottrina e giurisprudenza coincidono con quelli che, in base ad una definizione del libero arbitrio assai diffusa nel dibattito analitico, devono sussistere perché si possa ritenere che un'azione sia stata compiuta liberamente e in modo moralmente responsabile.

Si tenterà poi di ricostruire per sommi capi alcuni dei momenti più significativi del dibattito suscitato dalla pubblicazione del saggio di Frankfurt sul «principio delle possibilità alternative» per vedere, nel sesto capitolo, se si possa fare a meno di uno di questi due elementi. Si constaterà che, per quanto gli argomenti fatti valere contro il «principio delle possibilità alternative» possano risultare convincenti per alcuni, difficilmente essi persuaderanno chi non sia già persuaso che non conta quel che si sarebbe potuto fare ma soltanto quello che si è fatto e la ragione per la quale lo si è fatto. Sembrerebbe in ogni caso che l'elisione del principio non sia risolutiva se poi lo si riformula, per convincere anche i *libertarians* a rinunciarvi, in modo che valga ad escludere “soltanto” che si debba rispondere delle *proprie* scelte quando esse non siano *indeterminate*, a prescindere dal fatto che potessero essere diverse. A quanto pare, insomma, non v'è altro modo per evitare che l'applicazione coerente del principio di colpevolezza comporti l'impunità generalizzata se non riformulare uno dei due elementi dei quali la colpevolezza si compone per renderlo compossibile con l'altro.

Nel settimo capitolo ci si soffermerà su alcuni fra i più noti tentativi volti a rendere la possibilità di determinarsi altrimenti compatibile con il requisito secondo il quale risponde dei propri atti soltanto chi li abbia compiuti con coscienza e volontà e nell'ottavo su quelli volti invece a ridefinire quest'ultimo in modo da renderlo compatibile con l'altro. Si perverrà infine alla conclusione che tanto i primi quanto i secondi sembrano inesorabilmente destinati a comportare in pratica che l'autore del fatto di reato sia chiamato a rispondere, anche penalmente, della propria sorte.

I

È MORTO IL RETRIBUTIVISMO. VIVA IL “PRINCIPIO DELLA RETRIBUZIONE”!

Benché «la filosofia del diritto penale del dopoguerra si [sia] mossa prevalentemente nel solco della tradizione utilitaristica, e in particolare delle dottrine della prevenzione generale e particolare»¹, la cultura penalistica contemporanea è ancora saldamente legata al «principio della retribuzione», ossia all'«idea morale che non si deve poter fare dell'individuo un capro espiatorio della società»². Del resto, per quanto l'utilitarismo giuridico abbia insistito fin dai suoi albori su ben altri principi, fra i quali, innanzitutto, quello della separazione fra diritto e morale, da esso si è dedotto che il legislatore debba guardarsi dal sanzionare penalmente ogni condotta che consideri immorale, e non anche, in genere, che si possa punire chi non abbia fatto nulla “di male” quando lo si ritenga utile a «promuovere effettivamente l'interesse della socie-

¹ P.P. PORTINARO, *La giustizia retributiva oltre la pena*, in «Rivista di filosofia», 98, 2, 2007, p. 262. Cfr. W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge: A Theory of Punishment*, Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London 2013, pp. 8 ss. e la letteratura ivi citata.

² A. ROSS, *Skyld, ansvar og straf*, Berlingske Forlag, København 1970, trad. it. di B. Benedixen e P.L. Lucchini, *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano 1972, p. 97. Cfr. G. FIANDACA, *Quando proibire e perché punire? Ragioni di “concordia discors” con Luigi Ferrajoli*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 1993, p. 268; F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l'«antidoto» kantiano*, F. ZANUSO-S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004, p. 141; E. AHARONI-A.J. FRIDLUND, *Moralistic Punishment as a Crude Social Insurance Plan*, in T.A. NADELHOFFER (Ed.), *The Future of Punishment*, Oxford University Press, New York 2013, p. 214; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 91 ss.

tà»³. Così ad esempio, secondo Ferrajoli, il principio della separazione del diritto dalla morale «richiede che l'immoralità possa essere assunta come una condizione necessaria, ma mai come una condizione da sola sufficiente a giustificare politicamente l'intervento coercitivo dello stato nella vita dei cittadini»⁴.

Agli utilitaristi, si è rilevato, premeva evitare soprattutto che legislatori e giudici pensassero di dover punire ogni "peccato" – e dunque, a maggior ragione, di poterlo fare – indipendentemente dalle conseguenze che sarebbero derivate dalla prescrizione e

³J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in «The Philosophical Review», 64, 1, 1955, trad. it. di F. Catello, *Due concetti di regola*, in ID., *La giustizia come equità. Saggi 1951-1969*, a cura di G. Ferranti, Liguori, Napoli 1995, p. 31.

⁴L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2002⁷, p. 207. Hart, come è noto, sembra sia di diverso avviso: un conto, osserva, è ritenere che sia «iniquo e ingiusto punire quanti non abbiano 'volontariamente' violato il diritto», altro conto è ritenere che sia «sbagliato punire quanti non abbiano 'volontariamente' commesso un illecito morale vietato dal diritto» (H.L.A. HART, *Legal Responsibility and Excuses*, in S. HOOK [Ed.], *Determinism and Freedom in the Age of Modern Science*, Collier, New York 1961, pp. 95-116, nonché in H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* [1968], Oxford University Press, Oxford 2008², pp. 28-53, trad. it. di M. Jori, *Responsabilità giuridica e scuse*, in ID., *Responsabilità e pena*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, p. 65). Secondo Hart infatti, è ben possibile considerare moralmente lecito punire chi abbia violato il diritto compiendo un atto non immorale, purché lo abbia compiuto volontariamente, e ciò in quanto egli ritiene che non possa considerarsi di per sé immorale ogni violazione deliberata del diritto. Criticando la tesi di Jerome Hall secondo la quale sarebbe giusto «punire solo coloro che hanno commesso intenzionalmente degli illeciti morali (*moral wrongs*), vietati dal diritto» (J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis 1947, p. 166; H.L.A. HART, *Responsabilità giuridica e scuse*, cit., p. 63), Hart rileva che «se questa fosse solo una teoria circa quello che dovrebbe essere il diritto penale di una società buona, non sarebbe possibile confutarla, perché rappresenterebbe una preferenza morale: e precisamente che le pene giuridiche venissero applicate solo quando è stato commesso un atto 'moralmente illecito' – per quanto io creda che anche la plausibilità che questo ha come ideale sia dovuta a confusione. Ma naturalmente la tesi di Hall non si accorda – prosegue Hart – con nessun ordinamento penale reale, perché in tutti gli ordinamenti del genere ci sono necessariamente molte azioni [...] che sono punibili come reati se compiute volontariamente, anche se il nostro codice morale può tacere quanto alla loro natura morale, o essere incerto» (*ibid.*). A prescindere dal *nostro* codice morale, resterebbe tuttavia da vedere se, in base ai codici morali di coloro che ne ritengono giustificata l'incriminazione, queste condotte siano ritenute in genere immorali o meno.

dall'effettiva applicazione della pena⁵. In questo senso, osservava Rawls nel 1955, l'utilitarismo tentò di limitare l'uso del diritto penale ai casi nei quali farvi ricorso fosse stato indispensabile per assicurare il “benessere della società”⁶. Ed al riguardo, con l'andare del tempo, gli utilitaristi ebbero ragione di ogni resistenza, o quasi: negli anni '60 del secolo passato la «puzza di crudeltà»⁷ dell'imperativo categorico nel quale Kant giunse infine a ravvisare la legge penale⁸ era avvertita chiaramente anche da molti retributivisti⁹, la gran parte dei quali aveva smesso ormai da tempo di credere che la retribuzione esigesse davvero atti di «malvagità di-

⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari 2017, pp. 51-52.

⁶ J. RAWLS, *Due concetti di regola*, cit., p. 35. Cfr. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito-S. Spina, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 37-38: «L'utilitarismo, se non altro perché esclude le pene inutili non giustificandole con supposte ragioni morali, è insomma il presupposto di ogni dottrina razionale di giustificazione della pena e insieme dei limiti della potestà punitiva dello Stato».

⁷ F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, C.G. Naumann, Leipzig 1887, trad. it. di F. Masini, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano 2011¹⁷, p. 53.

⁸ I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, bey Friedrich Nicolovius, Königsberg 1797, trad. it. di F. Gonnelli, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 249. Secondo P. BECCHI, *Kant diverso. Pena, natura, dignità*, Morcelliana, Brescia 2016², p. 10: «Kant, anche ammesso approdi ad una concezione sostanzialmente retributiva della pena, prende le mosse dal punto di vista opposto: le sue riflessioni iniziali sono del tutto in linea con le concezioni preventive tipiche dell'illuminismo giuridico e solo a poco a poco egli si separa da esse per giungere alla fine a sostenere una concezione connotata sempre più in senso retributivo». Cfr. anche, ivi, p. 27 e M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 287 ss.; ID., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 22 e 59; F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l'«antidoto» kantiano*, cit., pp. 162-163; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino 2011, p. 32. Ma si vedano anche F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 46, 97 ss., 25 ss. e S. NICHOLS, *Brute Retributivism*, in T.A. NADELHOFFER (Ed.), *The Future of Punishment*, cit., pp. 26, 30-31.

⁹ Cfr. H.L.A. HART, *Postscript: Responsibility and Retribution. Part 2: Retribution* (1968), in ID., *Punishment and Responsibility*, cit., trad. it. di M. Jori, *Postscritto: responsabilità e retribuzione. Parte 2: Retribuzione*, in ID., *Responsabilità e pena*, cit., p. 260.

sinteressata»¹⁰ (o, come Posner avrebbe scritto in seguito, di «altruismo negativo»¹¹).

Se per un verso gli utilitaristi auspicavano che non fosse applicata alcuna pena inutile o dannosa, per altro verso molti retributivisti convenivano a loro volta che la retribuzione dovesse operare come un «principio restrittivo»¹² volto a evitare almeno che fosse punito per finalità di prevenzione chi non avesse violato alcuna norma¹³.

Per quanto l'istanza kantiana della pena come remunerazione obbligatoria del reato non sia mai stata del tutto abbandonata¹⁴ e

¹⁰ F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, cit., p. 54.

¹¹ R.A. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 1981, p. 211.

¹² H.L.A. HART, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 60, 1959, nonché in ID., *Punishment and Responsibility*, cit., trad. it. di M. Jori, *Introduzione ai principi della pena*, in ID., *Responsabilità e pena*, cit., pp. 39 e 48; A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., pp. 95, 104 e 223.

¹³ Già del resto nel 1954 Anthony M. Quinton poteva constatare che per i retributivisti era essenziale sostenere che la pena sia «giustificata soltanto dalla colpa» (A.M. QUINTON, *On Punishment*, in «Analysis», 14, 1954, p. 134. Quando non diversamente indicato, la traduzione è mia). E ivi, pp. 136-137: «Escludendo la punizione dell'innocente, [il retributivismo] ammette altre tre possibilità: la punizione del colpevole, la non-punizione del colpevole e la non-punizione dell'innocente. Aggiungere che la colpa è anche condizione sufficiente della pena, e in questo modo escludere la non-punizione del colpevole, è tutt'altra questione». Rawls, l'anno seguente, rilevava d'altra parte che «ciò su cui i retributivisti hanno giustamente insistito è che nessuno può essere punito senza essere colpevole, cioè senza che abbia infranto la legge» (J. RAWLS, *Due concetti di regola*, cit., p. 35. Cfr. M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit., pp. 93 ss. e F. ZANUSO, *Il malessere utilitaristico e l'«antidoto» kantiano*, cit., p. 142, nota 3). Questa posizione, che, come ricorda W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, cit., p. 9, fu recepita nel 1962 dal Model Penal Code, è definita in genere, nella letteratura anglosassone, *negative retributivism*: «“Negative retributivism” is the account according to which the purpose of punishment is crime prevention, but this goal must be constrained by the retributive principles demanding that only the guilty be punished, and that they not be punished disproportionately». Cfr. J.L. MACKIE, *Morality and the retributive emotions*, in «Criminal Justice Ethics», 1, 1, 1982, nonché in ID., *Persons and Values: Selected Papers Volume II*, Clarendon Press, Oxford 1985, pp. 207 ss.

¹⁴ Si vedano, ad esempio, M.S. MOORE, *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford 1997, pp. 97 ss. e O. HÖFFE, *Gibt es*

si parli ormai da parecchi anni addirittura di un vero e proprio «revival del retributivismo»¹⁵, la tesi che il colpevole debba essere punito anche quando farlo non sia utile gode ormai di scarsissima fortuna, tant'è che, secondo Hassemer, chi ancora la sostiene vive in realtà «nella convinzione che, in fin dei conti, l'adeguatezza della punizione costituisca la migliore prevenzione»¹⁶.

Ma se anche fra i retributivisti sono ormai in molti ad ammettere che non sempre chi è “colpevole” debba essere punito, per altro verso sono pochi gli utilitaristi disposti a sostenere *apertis verbis* che sia moralmente ammissibile punire chi non abbia fatto nulla di “immorale”.

Alcuni, ovviamente, considerano “cattive” azioni che ad altri sembrano lodevolissime, ma su poche questioni v'è forse maggiore accordo che su questa: chi punisce un altro, o comunque gli infligge deliberatamente e intenzionalmente dolore e sofferenza senza avere nulla da rimproverargli, agisce immoralmente, a prescindere dai fini che persegue e dagli effetti che produce. Kaufman crede addirittura che sarebbe «praticamente impossibile trovare un consequenzialista disposto a riconoscere apertamente che, in linea di principio, si dovrebbe punire una persona innocente se così facendo si promuovesse il bene maggiore»¹⁷. E probabilmente non ha torto: l'idea che l'innocente debba essere *punito* per evitare mali più grandi lascia perplessi quasi tutti. E tuttavia non

ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1999, trad. it. di S. Dellavalle, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Torino 2001, p. 90 e pp. 99-100. Cfr. P.P. PORTINARO, *La giustizia retributiva oltre la pena*, cit., p. 266.

¹⁵ M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., p. 83; R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, New York 2001, p. 7; L. ZAIBERT, *Punishment and Retribution*, Ashgate, Aldershot 2006, p. 9; W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, cit., p. 8. Becchi nel 1999 richiamava l'attenzione sul «nuovo *Zeitgeist* retribuzionista, proveniente dagli Stati Uniti» (P. BECCHI, *Il doppio volto della pena in Hegel*, in «Verifiche», 24, 3-4, 1999, p. 202).

¹⁶ W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein Verlag, Berlin 2009, trad. it. di D. Siciliano, *Perché punire è necessario*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 102.

¹⁷ W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, cit., p. 28: «it is virtually impossible to find a consequentialist willing to openly concede that, in principle, one should punish an innocent person if doing so promotes the greater goods».

mancano autorevoli giuristi e “grossi esperti di morale” secondo i quali, per esempio, l’innocente possa essere *torturato* quando sia necessario a sventare minacce di eccezionale gravità¹⁸.

Secondo Dershowitz – che è fra i più noti teorici contemporanei della tortura, ma non il solo e, se possibile, forse neppure il più brutale – «è certamente meglio infliggere un dolore non letale a un terrorista colpevole, il quale stia nascondendo illegalmente delle informazioni necessarie a scongiurare un atto di terrorismo, che permettere la morte di un gran numero di vittime innocenti»¹⁹. Se, d’altra parte, Dershowitz auspica che «la tortura non letale [sia] legalmente limitata ai terroristi riconosciuti colpevoli e a conoscenza di gravi atti terroristici futuri, a cui [sia] stata garantita l’immunità e che, tuttavia, si [rifiutino] di rivelare le informazioni richieste»²⁰, a Steinhoff basta che si tratti di un «malvagio» qualunque, anche del tutto estraneo al pericolo che la tortura dovrebbe servire a scongiurare: se sembra proprio necessario torturare qualcuno, come accade, per esempio, tutte le volte che un alieno minaccia per diletto di disintegrare il mondo a meno che un essere umano non sia torturato dai suoi simili, c’è da augurarsi almeno che si tratti di uno «particolarmente malvagio (*einen besonders bösen Mann*)»²¹; e Moore, che pure si considera un non-

¹⁸ Cfr. M. LA TORRE, *Tortura e diritto*, in M. LA TORRE-M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna 2013, pp. 138 ss., 141, 163, 180; ID., *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2015, pp. 275 ss.; M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, Roma 2016; M. BARBERIS, *Non c’è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Il Mulino, Bologna 2017, pp. 116 ss.

¹⁹ A.M. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, New Haven 2002, trad. it. di C. Corradi, *Terrorismo*, Carocci, Roma 2003, p. 137.

²⁰ Ivi, p. 140. Sulla “modesta proposta” di Dershowitz si veda almeno, oltre a M. LA TORRE, *Tortura e diritto*, cit., pp. 17 ss., S. ŽIŽEK, *Welcome to the Desert of the Real!: Five Essays on September 11 and Related Dates*, Verso, London 2002, pp. 102 ss.

²¹ U. STEINHOFF, *Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist*, in W. LENZEN (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt? Juristische und politische Aspekte*, Mentis, Paderborn 2006, p. 187. Cfr. M. LA TORRE, *Tortura e diritto*, cit., p. 137.

consequenzialista, oltre a ritenere lecito torturare ed uccidere chiunque abbia colpevolmente esposto la vita altrui ad una minaccia che solo in questo modo sia possibile sventare²² o possa rivelare informazioni utili a prevenire la morte di qualcuno e si rifiuti di farlo senza una valida ragione²³, non esita a sostenere che quando sia necessario ad evitare conseguenze di straordinaria gravità (una guerra nucleare, la distruzione di una città di grandi dimensioni, ecc.) si possa torturare e uccidere anche chi sia totalmente estraneo ai fatti²⁴.

La Torre ha scritto che «mettersi a disquisire cosa sia più corretto, se torturare mediante applicazione di corrente elettrica oppure mediante *waterbording* [...], risulta semplicemente ripugnante per chiunque, tranne che per l'utilitarista»²⁵. Anche molti di coloro che si dicono utilitaristi, tuttavia, provano un evidente «disagio morale (*moral uneasiness*)» all'idea che tormenti e punizioni possano essere inflitti a chi non se li sia “meritati” in qualche modo²⁶.

Nel 1957 McCloskey elaborò un esempio davvero molto ur-

²² M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., pp. 714-715.

²³ Ivi, p. 717 e pp. 724-725.

²⁴ Ivi, p. 719: «Despite my non-consequentialist views on morality, I cannot accept the Kantian line. It just is not true that one should allow a nuclear war rather than killing or torturing an innocent person. It is not even true that one should allow the destruction of a sizable city by a terrorist nuclear device rather than kill or torture an innocent person. To prevent such extraordinary harms extreme actions seem to me to be justified». Si vedano anche, ivi, le pp. 721-722 e 725. Secondo U. STEINHOFF, *On the Ethics of Torture*, State University of New York Press, Albany (NY) 2013, p. 44, benché non si possa escludere che in linea di principio sia ammissibile torturare un bambino quando non vi sia altro modo per indurre il padre a rivelare informazioni necessarie a disinnescare la “solita” bomba ad orologeria, si può escludere tuttavia l'eventualità che possano darsi in pratica le condizioni che devono sussistere perché lo si possa fare: «The reason is simply that there is not enough evidence that would suggest that this works better than torturing the terrorist himself (and only him)». Ci conforta, in ogni caso, sapere che per Steinhoff, «even if there were, the protection of the rights of innocents ranks very high in the threshold deontological account». Cfr. M. LA TORRE, *Tortura e diritto*, cit., pp. 138 ss., e in particolare p. 141.

²⁵ M. LA TORRE, *Tortura e diritto*, cit., pp. 106-107.

²⁶ S. KADISH, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, in «California Law Review», 64, 4, 1976, p. 890.

tante, forse anche per le sue venature più o meno esplicitamente razziste, al fine di dimostrare che l'«utilitarismo estremo» conduce in certi casi a giustificare l'inflizione della pena agli innocenti. Vale la pena riportare un passo del suo saggio per intero:

Suppose that a sheriff were faced with the choice either of framing a Negro for a rape that had aroused hostility to the Negroes (a particular Negro generally being believed to be guilty but whom the sheriff knows not to be guilty) – and thus preventing serious anti-Negro riots which would probably lead to some loss of life and increased hatred of each other by whites and Negroes – or of hunting for the guilty person and thereby allowing the anti-Negro riots to occur, while doing the best he can to combat them. In such a case the sheriff, if he were an extreme utilitarian, appear to be committed to framing the Negro²⁷.

Alcuni dati sembrano restare impliciti, ed è opportuno evidenziarlo, ma il riferimento allo stereotipo del «negro stupratore» consente di integrare opportunamente il testo. Si presume che una *donna bianca* sia stata stuprata da un *uomo nero*, e poiché per i bianchi «un negro vale l'altro», si prevede che essi reagiranno colpendo i neri indiscriminatamente. Tutto questo è inevitabile *ex hypothesi*, a meno che lo sceriffo non sia disposto ad incastrare un nero della cui innocenza è certo. Ebbene, a McCloskey pare ovvio che se lo sceriffo fosse un «utilitarista estremo» egli dovrebbe incastrare il nero innocente per compiacere i bianchi ed evitare che per le strade scorra il sangue.

In una nota del 1963, lunga meno di una pagina, McCloskey ritenne di potere chiudere una volta per tutte la questione rilevando che, di fronte a ipotesi di questo genere, l'utilitarista può desistere oppure può «prendere il toro per le corna» eccependo che non sempre quel che *sembra* “ingiusto” lo è davvero e che in

²⁷ H.J. MCCLOSKEY, *An Examination of Restricted Utilitarianism*, in «The Philosophical Review», 66, 4, 57, pp. 468-469. Cfr. P. SINGER, *An Intellectual Autobiography*, in J.A. SCHALER (Ed.), *Peter Singer Under Fire: The Moral Iconoclast Faces His Critics*, Open Court, Chicago and La Salle (Illinois) 2009, pp. 5-6; F. FERRARO, *Il giudice utilitarista. Flessibilità e tutela delle aspettative nel pensiero di Jeremy Bentham*, ETS, Pisa 2011, p. 364; W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, cit., pp. 28-29.

casi come questi soltanto l'adorazione superstiziosa e irrazionale della regola può indurre a propendere per la linea di condotta, giusta solo in apparenza, che comporta il maggior danno²⁸. «Ma, per quanto ne so – concludeva McCloskey –, solo J.J.C. Smart è felice di adottare questa soluzione»²⁹.

Smilansky ha rilevato che in realtà l'utilità è contrapposta sistematicamente al «rispetto per l'innocenza» nella prassi effettiva dei sistemi penali, e che perciò i critici dell'utilitarismo non avrebbero neppure bisogno di ricorrere a pratiche argomentative come queste³⁰, le quali, per altro, nella loro pretesa che il lettore si astenga dall'immaginare soluzioni ulteriori rispetto a quelle prospettate dall'autore, sembrano affette da una qualche sorta di “fascismo intellettuale”. Fatto sta che da allora il ricorso a pratiche di questo genere divenne sempre più frequente fra i detrattori dell'utilitarismo, che finirono in questo modo per avallare paradossalmente un metodo del quale, in tempi recenti, utilitaristi e non hanno fatto largo uso per giustificare la tortura.

Benché nella sua formulazione possa risultare meno urtante, un esempio elaborato da Bernard Williams nel 1973 non è forse meno noto:

Jim si trova nella piazza centrale di una piccola città sudamericana. Legati contro un muro vi sono venti indios [...]; di fronte a loro numerosi uomini armati in uniforme. Un omone con una camicia color

²⁸ H.J. MCCLOSKEY, *A Note On Utilitarian Punishment*, in «Mind», 72, 288, 1963, p. 599: «The utilitarian can, of course, take the bull by the horns and argue that if it ever were to become apparent that some “unjust” institution of punishment has a sound utilitarian justification, then it would be superstitious rule worship to adhere the just system».

²⁹ H.J. MCCLOSKEY, *A Note On Utilitarian Punishment*, cit., p. 599, come citato in J.J.C. SMART, *An outline of a system of utilitarian ethics*, in J.J.C SMART-B. WILLIAMS, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge University Press, Cambridge 1973, trad. it. di B. Morcavallo, *Lineamenti di un sistema etico-utilitarista*, in J.J.C SMART-B. WILLIAMS, *Utilitarismo: un confronto*, Bibliopolis, Napoli 1985, p. 94.

³⁰ S. SMILANSKY, *Free Will and Illusion*, Clarendon Press, New York 2000, p. 29: «the whole criminal justice system places utility in opposition to respect for innocence». Cfr. anche ID., *Utilitarianism and the 'Punishment' of the Innocent: The General Problem*, in «Analysis», 50, 4, 1990, pp. 256-261.

cachi [...] che risulta essere il capitano [...] gli spiega che quegli indios sono un gruppo di abitanti presi a caso dopo una recente protesta contro il governo, e che sono sul punto di essere fucilati per ricordare agli altri possibili contestatori gli svantaggi della protesta. Comunque, poiché Jim è un onorevole visitatore straniero, il capitano è felice di offrirgli, come privilegio di ospite, di uccidere lui stesso un indio. Se Jim accetta [...] gli altri indios saranno lasciati liberi. Se Jim invece rifiuta [...] Pedro [...] li ucciderà [...] tutti³¹.

Anche chi condivida l'avversione nei confronti dell'utilitarismo di quanti elaborarono nella seconda metà del secolo passato esempi come questi non può fare a meno di trovare assai capzioso l'espedito al quale essi facevano ricorso, e francamente è molto poco persuasiva l'idea (la cui notevole fortuna sembra almeno in parte immeritata) che per indurre Jim (o chiunque altro al quale possa capitare di trovarsi in circostanze come quelle) a non freddare un innocente lo si debba rassicurare ricordandogli che «ognuno è responsabile di quello che egli stesso fa, piuttosto [che] di quello che fanno gli altri»³².

Si immagini che i bianchi desiderino che lo sceriffo impicchi un nero ogni sei mesi, o che al capitano Pedro ed ai suoi uomini piaccia che un inglese spari in testa ad un indiano tutti i fine-settimana. Si immagini che, senza bisogno di accampare alcun pretesto, gli uni e gli altri minaccino rispettivamente di fare strage di neri e di indiani qualora non ottengano il sacrificio che pretendono. Lo sceriffo e l'«onorevole visitatore» inglese potrebbero davvero andarsene tranquilli e con la coscienza immacolata pensando che le stragi che seguiranno al loro rifiuto sacrosanto non li riguarderanno in alcun modo?

Sarebbe assurdo ritenere che sia Jim (il cui nome forse non è stato scelto a caso) che lo sceriffo (e anzi, a maggior ragione lo sceriffo, dato il ruolo che riveste) abbiano il dovere di rifiutare l'alternativa che si vuole loro imporre e di provare in ogni modo ad impedire che i massacri abbiano luogo, resistendo ai massacra-

³¹ B. WILLIAMS, *A critique of Utilitarianism*, in J.J.C. SMART-B. WILLIAMS, *Utilitarianism: For and Against*, cit., trad. it. di B. Morcavallo, *Una critica dell'utilitarismo*, in J.J.C. SMART-B. WILLIAMS, *Utilitarismo: un confronto*, cit., p. 123.

³² Ivi, p. 124.

tori, certo, ma prima ancora a chi vuole convincerli che devono scegliere fra il massacro e l'assassinio? A dire la verità Jim si era chiesto per un momento «se, ottenuta la pistola, non [avrebbe potuto] tenere a bada il capitano [...] e il resto dei soldati, ma gli [fu] del tutto chiaro che una cosa del genere non [avrebbe funzionato], e [avrebbe sortito] l'unico risultato di fare uccidere tutti gli indios e lui stesso»³³. In realtà era una buona idea, ed è un vero peccato che Jim non ci abbia provato: forse, malgrado tutto, avrebbe potuto funzionare.

Ciò significa, si osserverà ovviamente, che tutti siamo coinvolti in tutto quel che accade, ovunque accada, e che ciascuno sia responsabile di ogni “ingiustizia” che potrebbe provare ad evitare? La conclusione, a dire il vero, non sembra affatto irragionevole.

Provare a immaginare soluzioni diverse da quelle date, per altro, non è soltanto “giusto”, ma assai probabilmente è pure “utile” (anche se per la verità non è mai del tutto chiaro cosa si intenda esattamente quando si parla di “utilità”, per quanto grandi siano stati gli sforzi profusi da ciascun utilitarista per spiegarlo). Se anziché stare a pensare se restare o camminare, qualcuno non avesse provato a immaginare un'altra soluzione, ancora non conosceremmo l'uso della ruota e andremmo tutti a piedi.

Dershowitz ha ricordato in più occasioni di avere sempre imposto ai suoi studenti di confrontarsi «con dei problemi sia ipotetici sia tratti dalla vita reale, chiedendo loro di operare scelte tra danni o mali inevitabili», constatando che essi «cercano immancabilmente di opporre resistenza all'adozione di scelte tanto tragiche, usando la loro ingegnosità per escogitare a tutti i costi opzioni alternative di minore drammaticità»³⁴. E benché lui insistesse, costringendoli «a fare ritorno alla realtà imposta dai binari del dilemma ipotetico», loro continuano a resistere³⁵. Agli studenti di Dershowitz dovrebbe andare tutta la nostra gratitudine.

La reazione di Smart alle accuse di McCloskey fu assai diversa da quella degli studenti di Dershowitz, ma in ogni caso non fu

³³ Ivi, p. 123.

³⁴ A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, cit., p. 125.

³⁵ Ivi, p. 126.

quella che ci si sarebbe attesi dall'utilitarista "senza scrupoli" del quale McCloskey credeva si trattasse. Nell'edizione rivista del suo *An outline of a system of utilitarian ethics* che fu pubblicata insieme a *A critique of Utilitarianism* di Bernard Williams nel 1973, Smart ammette che l'utilitarismo possa avere «conseguenze [...] incompatibili con la comune coscienza morale»³⁶, «in alcune circostanze eccezionali» addirittura conseguenze che egli non esiterebbe a definire «orribili»³⁷, anche se riconosce di avere avuto in passato, davanti a casi come questi, «la tendenza ad assumere il punto di vista che si riassume nell'espressione "tanto peggio per la comune coscienza morale"»³⁸.

Smart, per la verità, continua a credere che l'utilitarista debba mettere «alla prova i suoi sentimenti particolari facendo riferimento al suo principio generale, e non viceversa». E tuttavia non può più fare a meno di constatare di avere acquisito, con l'andare del tempo, «anche una certa tendenza a sentire nel modo opposto», ossia a sentire «che alcune volte dovremmo mettere alla prova i nostri principi generali attraverso il modo in cui reagiamo ad alcune loro applicazioni»³⁹.

È ovvio, scrive Smart (cui non piace affatto «sembrare una persona molto molto biasimevole»⁴⁰), che non sarebbe per niente «felice» di incastrare un innocente per «prevenire gravi disordini, in cui saranno uccise centinaia di persone»⁴¹. Ma il fatto è che «la conclusione anti-utilitarista»⁴² non lo renderebbe più felice: perciò non gli resta che *sperare*⁴³ di non trovarsi mai in una situazione come quella dello sceriffo, cioè a dire in una circostanza in cui, se dovesse comportarsi da vero utilitarista, potrebbe capitargli di

³⁶ J.J.C. SMART, *Lineamenti di un sistema etico-utilitarista*, cit., p. 91.

³⁷ Ivi, p. 93.

³⁸ Ivi, p. 91. Cfr., ivi, p. 83: «Un utilitarista, per essere coerente, deve essere disposto a dire: tanto peggio per il comune senso etico!».

³⁹ Ivi, pp. 92-93.

⁴⁰ Ivi, p. 94.

⁴¹ Ivi, p. 93.

⁴² Ivi, p. 95.

⁴³ «Speriamo che l'eventualità che [McCloskey] considera non sia nient'altro che una possibilità logica, e non divenga mai una realtà» (*ibid.*).

«dovere essere ingiusto (*he ought to be unjust*)»⁴⁴. Smart è perplesso, ed in effetti non ha idea di quello che farebbe in una circostanza come quella descritta da McCloskey: «anche se ho sostenuto che in etica noi dovremmo mettere alla prova i sentimenti particolari attraverso gli atteggiamenti generali, l'esempio di McCloskey mi fa propendere per il punto di vista opposto»⁴⁵.

Ma perché mai, questo sembrerebbe essere il punto, un utilitarista dovrebbe considerare “ingiusto” incastrare un innocente quando ritenga che farlo sia massimamente utile, se non in base a un principio diverso da quello dell'utilità? «Quando scrivevo la prima versione di questo saggio – osserva Smart – pensavo in termini quasi esclusivamente utilitaristici»⁴⁶. Ora, evidentemente, non lo fa più, ed è per questo che può finalmente rilevare la contraddizione fra istanze opposte di giustizia che ormai gli sembra manifesta e insuperabile:

Forse qualcuno penserà che qualche teoria compromissoria, sulla linea di quella di Sir David Ross in cui vi sia una sorta di «bilanciamento» tra le considerazioni dell'utilità e quelle della deontologia, possa fornire un compromesso accettabile. La difficoltà qui è che un tale «bilanciamento» può non essere possibile: ci si può sentire facilmente tirati una volta da una parte e un'altra dall'altra. Come si possono mettere su un piatto della bilancia una grave ingiustizia e, sull'altro, centinaia di morti cruenti?⁴⁷

La reazione di Smart non fu certo particolarmente originale, e in effetti non sembra siano molti gli utilitaristi pronti a spiazzare i loro critici convenendo che in effetti sia giusto a volte impiccare un innocente⁴⁸. Kaufman ricorda con quale cautela Singer dia conto

⁴⁴ J.J.C. SMART, *An outline of a system of utilitarian ethics*, cit., p. 71, e nella trad. it. cit., p. 94.

⁴⁵ J.J.C. SMART, *Lineamenti di un sistema etico-utilitarista*, cit., p. 95.

⁴⁶ Ivi, p. 91.

⁴⁷ Ivi, cit., p. 95 (la traduzione italiana del passo citato è leggermente rivista).

⁴⁸ D.C. DENNETT, *The Philosophical Lexicon*, Blackwell, Oxford 1987⁸: «outsmart, v. To embrace the conclusion of one's opponent's *reductio ad absurdum* argument. “They thought they had me, but I outsmarted them. I agreed that it *was* sometimes just to hang an innocent man”» (in internet:

della sua posizione riguardo al controesempio di McCloskey⁴⁹, e lo stesso Bentham, che non era certo incline ai 'moralismi', non sempre riuscì a sottrarsi ad alcune precomprensioni retribuzioniste.

In un testo che per la verità non diede mai alle stampe, Bentham scrisse, quando aveva circa trent'anni o poco più⁵⁰, che è ammissibile il ricorso alla tortura – la quale, in fondo, a suo dire non sarebbe poi così diversa da una pena⁵¹ – anche quando serva ad ottenere dal torturato «qualcosa che probabilmente non è in suo potere fare; e per la quale è possibile che, non facendola, egli soffra pur essendo innocente», nei casi (che egli considera assai rari) in cui «il pericolo di ciò che può derivare dal suo non essere fatta [sia] maggiore di quello relativo al fatto che una persona innocente patisca il massimo livello di sofferenza che può essere subita per tortura»⁵². Quando non vi sia certezza che chi si tortura possa fare davvero quello che gli si vuole far fare, e tuttavia il pericolo che torturandolo potrebbe essere possibile sventare sia maggiore di quello che un *innocente* (non uno qualunque, si noti bene) patisca pene atroci e immeritate, secondo Bentham sarà giusto torturare.

Se invece non c'è dubbio che colui al quale si chiede di fare qualcosa a cui è tenuto nel pubblico interesse possa farlo, torturarlo affinché faccia il suo dovere sarà comunque lecito, poiché si potrà essere certi in questo caso che chi si tortura non sia innocente (e perciò, se ne dovrà dedurre, si meriti la pena che gli è inflitta)⁵³.

<http://www.philosophicallexicon.com>). Cfr. M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., p. 96 e R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, cit., pp. 8-9.

⁴⁹ Cfr. W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, cit., pp. 28-29; P. SINGER, *An Intellectual Autobiography*, cit., pp. 5-6.

⁵⁰ Cfr. W.L. TWINING-P.F. TWINING, *Bentham on Torture*, in «Northern Ireland Legal Quarterly», 24, 1973, p. 307.

⁵¹ J. BENTHAM, *Manuscripts*, University College, London 46/63-70, in «Northern Ireland Legal Quarterly», 24, 1973, p. 311. Cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, *Tortura e storia*, in M. LA TORRE-M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura?*, cit., p. 51.

⁵² J. BENTHAM, *Manuscripts*, cit., pp. 312-313, nella traduzione, lievemente rivista, di M. LALATTA COSTERBOSA, *Tortura e storia*, cit., p. 54.

⁵³ J. BENTHAM, *Manuscripts*, cit., p. 312: «Every moment that he persists in his refusal he commits a fresh offence; of which he is convicted upon clearer evidence too than can be obtained in almost any other case: and for which it is

Bentham avrebbe provato in seguito a dimostrare in vario modo che in base al principio di utilità si deve escludere che possa essere punito chi non abbia violato la legge volontariamente⁵⁴, e forse non aveva tutti i torti Rawls quando rilevava che il filosofo utilitarista avrebbe potuto concordare con Bradley riguardo al fatto che l'innocente possa essere *punito* solo per errore⁵⁵, ma di sicuro nei suoi appunti sulla tortura Bentham era ben lontano dall'escludere che in certi casi fosse lecito infliggere deliberatamente sofferenza a un innocente o, quantomeno, a chi avrebbe potuto essere tale. Ciononostante, almeno allora, proprio non riusciva a fare a meno di attribuire, per così dire, un “peso” diverso ai tormenti inflitti all'innocente ed a quelli patiti dal colpevole, a prescindere dalle rispettive utilità. Quando si tortura chi si rifiuta di fare quello che deve, si chiedeva Bentham, «dov'è il danno arrecato? (*where is the harm done?*)». Poiché lo si tortura per fargli fare quello che deve, egli stesso “è causa del suo male” e l'entità dei tormenti che patisce è proporzionale alla sua colpa: perciò torturandolo non gli si arreca nessun danno, o quantomeno nessun danno ingiusto (*there is no harm at least no injury done at all*)⁵⁶.

Chi, d'altra parte, sia disposto ad ammettere che l'“immoralità”, per quanto condizione insufficiente, possa o debba comunque ritenersi condizione necessaria di una pena che si infligge perché è utile, dovrà essere disposto anche ad ammettere, a maggior ragione, che l'utilità non sia il solo criterio del giusto e dell'ingiusto, e che anche quel che è utile possa apparire in certi casi ingiusto⁵⁷.

at least as fit that he should be punished as for any other». Cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, *Tortura e storia*, cit., p. 52.

⁵⁴ Cfr., *infra*, pp. 46 ss.

⁵⁵ Cfr., *infra*, pp. 21-22.

⁵⁶ J. BENTHAM, *Manuscripts*, cit., p. 312. Le posizioni di Beccaria a questo riguardo sono, come è noto, assai diverse da quelle di Bentham (cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in ID., *Opere*, a cura di S. Romagnoli, vol. I, Sansoni, Firenze 1971, XII, pp. 66 ss. e M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura*, cit., pp. 42 ss.).

⁵⁷ Perciò sembra che, come ha sostenuto M. JORI, *La cicala e la formica*, in L.

Se anche, in verità, si giudicasse “immorale” ogni condotta in sé dannosa o che comunque sia tenuta in violazione di una legge dettata per la comune utilità, chi sostenesse che la pena potrebbe infliggersi giustamente soltanto in seguito ad una simile condotta e soltanto a chi di essa sia l'autore, e che sarebbe invece ingiusto, ossia immorale, anche qualora fosse utile, punire qualcuno che non avesse agito a sua volta “immoralmente”, dovrebbe ammettere che l'“immoralità” della pena non dipenda dal fatto che *essa* non sia utile o che addirittura sia dannosa, bensì dal fatto d'essere inflitta a chi non abbia agito “immoralmente”. E come ha rilevato Sidgwick e ripetuto molte volte Smart, dal punto di vista dell'utilitarista, quando si loda o si biasima una qualità o una condotta, si deve tenere conto dell'utilità della lode e del biasimo, e non dell'utilità, cioè a dire della bontà morale, della qualità o della condotta che è lodata o biasimata⁵⁸. Così, in certi casi potrà essere utile lodare condotte assai dannose, e talora invece biasimare condotte molto utili, e dunque moralmente ineccepibili⁵⁹. L'esem-

GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 1993, p. 93, «il principio retributivo possa avere senso come limite negativo solo se si ammette che ha senso anche come principio positivo». Benché Ferrajoli resti persuaso del contrario (L. FERRAJOLI, *Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione*, in L. GIANFORMAGGIO [a cura di], *Le ragioni del garantismo*, cit., p. 488), «l'uso anche solo negativo o limitativo del principio della retribuzione implica inevitabilmente anche un suo uso positivo: in caso contrario, non sarebbe comunque neppure lecito punire certi atti, anche per perseguire l'utilità generale». Cfr. anche, più recentemente, W.R.P. KAUFMAN, *Honor and Revenge*, cit., p. 10: «one cannot simply adopt the “negative” constraints of retributivism without also accepting the basic retributive idea, that the purpose of punishment is to give wrongdoers what they deserve, not to aim at crime prevention – and moreover that utilitarianism is an immoral basis on which to justify inflicting harm on people».

⁵⁸ H. SIDGWICK, *The Methods of Ethics*, Palgrave Macmillan, London 1962⁷, p. 428: «accordingly, in distributing our praise of human qualities, on utilitarian principles, we have to consider primarily not the usefulness of the quality, but the usefulness of the praise». J.J.C. SMART, *Lineamenti di un sistema etico-utilitarista*, cit., p. 79: «non sottolineerò mai abbastanza l'importanza della distinzione di Sidgwick fra l'utilità di un'azione e l'utilità di lodarla o biasimarla, perché molte fallaci “confutazioni” dell'utilitarismo fondano la loro plausibilità sulla confusione fra le due cose». Si vedano anche, *ivi*, le pp. 78, 81, 83.

⁵⁹ J.J.C. SMART, *Lineamenti di un sistema etico-utilitarista*, cit., pp. 75-76: «Lodare una persona è così un'azione di per sé importante – ha effetti significa-