

## Sul principio del danno

Una replica all'intervento di Jason Pontin sulla libertà di espressione, secondo i principi di John Stuart Mill per una società libera.

**Richard A. Epstein**

**J**ason Pontin ha analizzato in maniera perspicua una questione di sempre: quali cambiamenti nella legislazione devono venire adottati al fine di agevolare i progressi tecnologici (si veda *La libertà di espressione nell'era di Internet*, MIT Technology Review, 3/2013)? Per risolvere tale questione, egli ritiene giusto fare riferimento al cosiddetto "principio del danno" di John Stuart Mill, secondo cui «l'unica ragione per cui a un uomo è consentito, individualmente o collettivamente, d'interferire con la libertà di azione di qualsiasi altro uomo risiede nell'autodifesa. [...] L'unico scopo per cui il potere può venire legittimamente esercitato su qualunque membro di una comunità civile, contro la sua volontà, è per evitare un danno ad altri. Il suo bene, fisico o morale, non costituisce una ragione sufficiente».

Questo principio è tanto profondo quanto incompleto. L'ultima frase comporta una forte dichiarazione antipaternalistica, secondo cui nessun governo, o nessun individuo, o nessun gruppo dovrebbe essere in grado di condizionare gli orientamenti personali di altri individui. Tale principio è una ricetta favorevole alla pace sociale: se la regola fosse diversa, sarebbe necessario decidere quale individuo o gruppo debba avere una posizione dominante rispetto ad altri individui o gruppi. Per chiunque sarebbe difficile decidere sulla base di principi generali quale gruppo dovrebbe detenere quella posizione di privilegio. Al contrario, un principio di parità funziona bene sia per le società articolate e di grandi dimensioni, sia per quelle più piccole e coerenti, rendendo tale questione irrilevante. Un punto a favore di Mill.

Mill, tuttavia, riesce meno bene nel definire come funziona il principio del danno. Una possibile implicazione di questo principio è, come nota Pontin, che la nozione di

"danno" venga interpretata in un senso fisico o commerciale, escludendo le offese personali, religiose o ideologiche.

La considerazione di Pontin è certamente attendibile, nella misura in cui esclude le "offese" religiose o ideologiche da quelle che i giuristi chiamano danni "riconoscibili". Tuttavia "riconoscibile" è uno strano termine, in cui confluiscono accezioni contrastanti. Le offese che le persone subiscono a causa dei comportamenti degli altri non possono venire respinte con un gesto della mano, dato che suscitano spesso sentimenti profondi e di lunga durata. Si tratta in realtà di danni reali, sperimentati soggettivamente. Quindi la volontà di escluderli dal principio del danno non può basarsi su una semplice negazione del fatto, ma deve poggiare sulla consapevolezza che, per il successo a lungo termine del sistema, le persone devono rinunciare a ogni reazione nei confronti degli altri, non importa quanto acuta sia la sofferenza.

In sostanza, noi stiamo meglio quando dobbiamo subire questo tipo di abuso di quando questi attacchi sono soggetti a un esteso controllo legale, che corre il serio rischio di una censura di Stato. Quindi la istanza che sta dietro il principio del danno è che si possano ferire i sentimenti degli altri e non la pretesa che non si stia di fatto ferendo gli altri. Una differenza non trascurabile, dal momento che quando le associazioni volontarie stabiliscono dei codici di comunicazione per i loro membri, lo fanno per controllare consensualmente i veri e propri danni all'interno di un gruppo ristretto, mentre lo Stato non può imporre le stesse relazioni tra estranei.

Perché questa differenza? La spiegazione più semplice è che ogni sforzo per trasferire il principio del danno a contesti sociali più grandi costituisce un enorme incentivo a sentirsi veramente offesi dai discorsi degli altri, e una buona ragione per sopprimere le loro idee. Questa dinamica non funziona in un ambiente privato in cui l'organizzazione del gruppo ha forti motivi per prevenire qualsiasi estremizzazione.

Purtroppo, la formulazione di Pontin contiene due gravi errori derivanti dalla sua disponibilità a prendere in considerazione le "lesioni fisiche e commerciali". Il danno fisico sembrerebbe a prima vista costituire un valido caso che giustifica l'autodifesa. Ma il danno commerciale è troppo ampio per essere trattato allo stesso

modo. La radice del problema è che Pontin non distingue tre casi diversi.

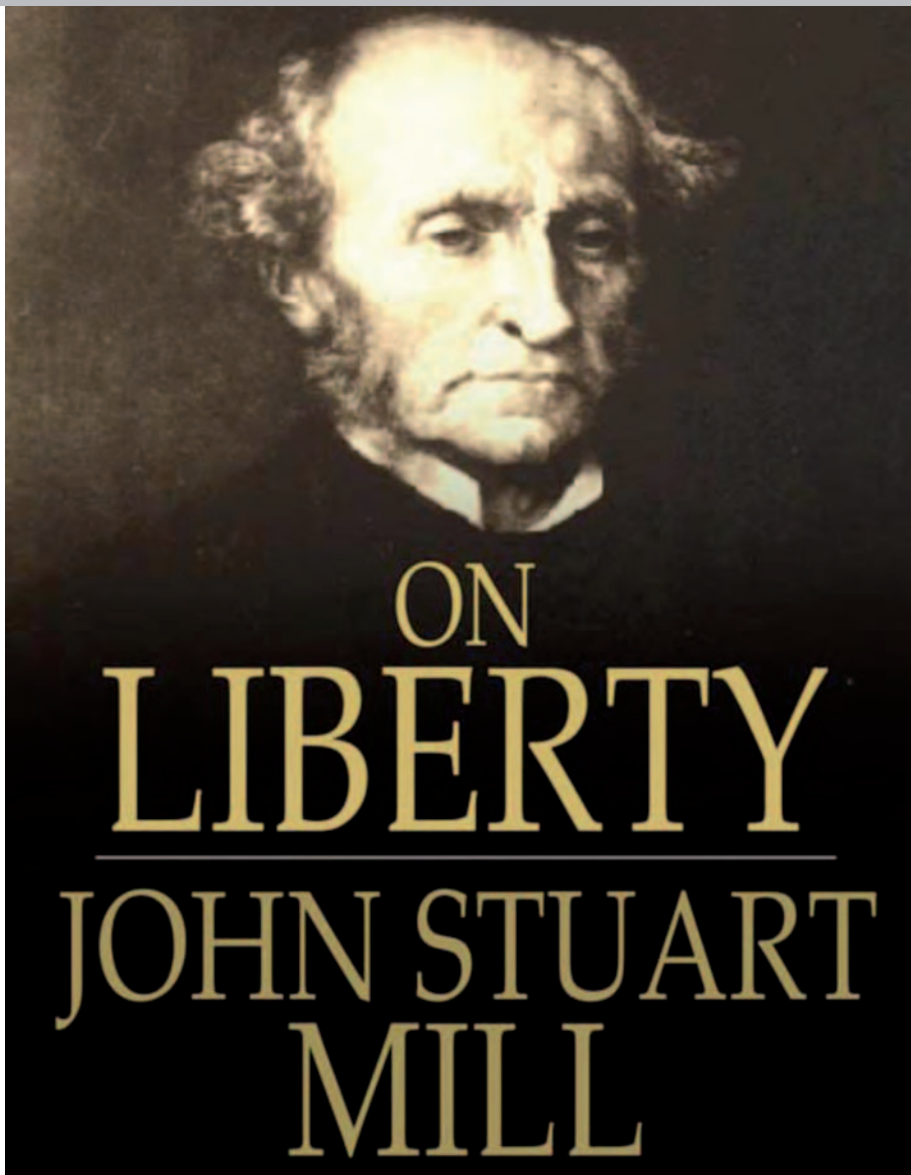
Il primo caso è quello del danno commerciale che deriva da diffamazione o violazione di segreti commerciali. Le norme liberali contro le frodi contemplano anche la diffamazione, che comporta sempre una falsa dichiarazione relativa a qualcuno, che un altro rivolge a un terzo. I segreti commerciali sono più complicati, ma si possono meglio comprendere come diritti di proprietà sulle informazioni che le persone possono tenere per sé o condividere con un numero limitato di persone dietro promessa di riservatezza.

Il secondo caso, la versione più pericolosa del principio del danno, comporta che il pregiudizio concorrenziale subito quando un concorrente vende un bene migliore a un prezzo inferiore, debba venire considerato come una forma di "sleale" o "rovinosa" concorrenza, nonostante la pressoché universale convinzione che i mercati concorrenziali portino a un'allocatione ottimale delle risorse. Questa forma di pregiudizio commerciale (che sicuramente costituisce un danno concreto) porterebbe a un pesante monopolio, se tutelato legalmente. Dal punto di vista del reato, dovrebbe venire trattato come un danno non riconoscibile.

Nel terzo caso, il riferimento al danno commerciale non appare adeguato a definire la posizione di un monopolista naturale o legale in un sistema di rete, che si tratti di ferrovie o cyberspazio. Una regolamentazione conseguente in questo caso permetterebbe al



Richard  
Allen  
Epstein



monopolista di imputare quello che vuole a chi vuole. Invece, la lunga tradizione della *common law* dice che il monopolista non può rifiutarsi arbitrariamente di rendersi disponibile e che deve offrire a prezzi ragionevoli e non discriminatori i propri servizi. Se la prima ipotesi consentirebbe profitti di monopolio, la seconda tende ad assicurarsi che il monopolista non attui favoritismi.

Non vi è nulla in Mill che affronti adeguatamente questa categoria intermedia di servizi pubblici o di rete. Né Pontin la tematizza esplicitamente. Ciononostante, è di grande importanza per affrontare il problema di Internet. Si moltiplicano le perplessità su come alcuni vettori esercitano il loro potere e su come dovrebbero venire regolati, per quanto concerne sia i prezzi, sia la loro capacità di proporre contenuti. D'altra parte, se questi servizi sono in concorrenza

tra loro, il problema della regolamentazione viene molto contenuto dalle scelte dei consumatori. È in questo terra di mezzo che insorgono tutte le complessità. Ma il principio del danno, indicato da Mill nel 1859, non fornisce alcuna risposta su un argomento che ha impegnato per quasi 140 anni i tribunali degli Stati Uniti in una questione costituzionale fondamentale.

Non c'è spazio qui per ripercorrere quella lunga storia. I lettori interessati possono consultare il mio *Principles for a Free Society* (1998) che, nel terzo capitolo, contiene una discussione generale del principio del danno e, nel decimo capitolo, un'analisi della sua applicazione ai servizi di rete. ■

*Richard Allen Epstein è professore di diritto presso la New York University e la University of Chicago.*

## Jason Pontin risponde

**S**ono lieto che l'autore di *Principles of a Free Society* abbia trovato il tempo di leggere il mio intervento. In quel libro il prof. Epstein discute il principio del danno e le sue applicazioni ai moderni sistemi di comunicazione. Egli non concorda con la mia disponibilità a considerare il "danno commerciale" come un tipo di danno dove la libertà di espressione può giustificatamente venire limitata. Io mi riferivo alle violazioni del copyright, alla diffamazione, alla divulgazione di segreti commerciali. Concordo sul fatto che probabilmente, per un illustre giurista, ho mancato di distinguere adeguatamente le differenze tra queste diverse ipotesi di danno. Ma io avevo preso in considerazione non la lettera della legge, ma il modo in cui negli Stati Uniti le aziende di Internet dovrebbero affrontare i problemi della libertà di espressione. Che tutti e tre i casi citati comportino dei danni reali causati da un eccesso di libertà di espressione, mi pare difficilmente contestabile. Senza dubbio si tratta (nel linguaggio giuridico) di "danni riconoscibili", che possono finire in Tribunale. E di fatto ci finiscono (per quanto in maniere molto diverse) praticamente ogni giorno.

Jason Pontin

