



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in “Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti”
Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello Sport
IUS/20

POLIGAMIA E DANNO A SE STESSI

LA DOTTORESSA
KARIN GOLASKI

IL COORDINATORE
CHIAR.MO PROF. ALDO SCHIAVELLO

IL TUTOR
CHIAR.MO PROF. BRUNO CELANO

CO TUTOR
CHIAR.MO PROF. GIORGIO MANIACI

CICLO XXVI
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2016

“L'essenza della libertà è sempre consistita nella capacità di scegliere come si vuole e perché così si vuole, senza costrizioni o intimidazioni, senza che un sistema immenso ci inghiotta; e nel diritto di resistere, di essere impopolare, di schierarti per le tue convinzioni per il solo fatto che sono tue. La vera libertà è questa, e senza di essa non c'è mai libertà, di nessun genere, e nemmeno l'illusione di averla”.

Isaiah Berlin, Freedom and its Betray

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

I - IL PATERNALISMO NELLA TEORIZZAZIONE DI JOEL FEINBERG

1. Uso del termine paternalismo	18
2. Analisi dei criteri di selezione dei fatti punibili: <i>liberty limiting principle</i>	23
2.1 La nozione di danno	27
3. Il paternalismo secondo Joel Feinberg	32
4. Tipi di paternalismo	36
4.1 Paternalismo coercitivo e paternalismo non coercitivo	36
4.2 <i>Soft paternalism versus Hard paternalism</i>	38
4.3 Paternalismo diretto e Paternalismo indiretto	40
5. Analisi della <i>soft paternalist strategy</i>	43
5.1 Autonomia e sovranità personale come diritti e valori fondamentali	44
5.2 I limiti della sovranità personale	47
5.3 La volontarietà dell'azione autolesionistica	51
5.3.1 Scelte irrazionali e scelte irragionevoli	57
5.3.2 Il consenso nei <i>two-party cases</i>	62
6. Fattori che riducono la volontarietà della scelta	68
6.1 Coercizione fisica e coercizione psicologica	70
6.2 (Segue). Quando la coercizione è "sufficientemente coercitiva" da viziare la volontarietà?	72
6.3 Coercizione: differenza tra offerte e minacce	79

II - DEFINIZIONI E PRATICHE DELLA POLIGAMIA

1. Precisazioni terminologiche e concettuali	83
--	----

2. La poliginia nel diritto islamico	87
2.1 Poliginia islamica e principio di uguaglianza	92
2.2. Il caso del Marocco, della Tunisia e del Kenya	95
3. La poliginia fra i Mormoni fondamentalisti negli USA	100
3.1. Poliginia mormone e <i>diritto alla privacy</i>	105
4. I rari casi di poliandria	108
5. Riflessioni <i>de iure condito</i> sulla poliginia nel contesto europeo	110
5.1 La bigamia in Italia: cenni ricostruttivi della <i>ratio</i> di fondo dell'art. 556 c. p.	110
5.2 Matrimonio poligamico e ricongiungimento familiare	116
6. Conclusioni	124

III - RICOSTRUZIONE DEL DIBATTITO FILOSOFICO

CONTEMPORANEO SULLA POLIGAMIA

1. Argomento del moralismo giuridico: la questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto	125
1.1 Poligamia e moralismo giuridico	131
2. Principio della molestia o del disturbo	138
2.1 La nozione di offense	141
2.2 Le massime di mediazione dell' <i>offense principle</i>	145
2.3 Poligamia e <i>offense to others</i>	152
3. Argomento della china scivolosa o del piano inclinato	159
4. Poligamia e danno ad altri	168
5. Poligamia e danno a se stessi	172
6. Riflessioni <i>de iure condendo</i> sulla poligamia	180

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

In un occidente sempre più pluriculturale e plurietnico, il dibattito sulla poligamia - che ruota attorno alla questione se punire, tollerare o riconoscere i matrimoni poligamici - genera delicati e complessi problemi, sia di ordine teorico sia pratico.

Nell'ultimo decennio tale dibattito ha acquisito un'importanza sempre crescente, sia in Europa - ove l'aumento progressivo del numero di immigrati provenienti da Stati in cui tale pratica è lecita, pone dinanzi il problema del riconoscimento dello *status* di coniuge per le mogli del poligamo - sia in America - in cui i mormoni fondamentalisti rivendicano il diritto di professare il loro culto liberamente e il diritto a non subire ingerenze nella sfera privata, battendosi per il riconoscimento giuridico delle unioni poligamiche. Inoltre, a seguito della ormai nota e recente sentenza della Corte Suprema americana che ha riconosciuto il matrimonio tra coppie omosessuali¹, alcuni ritengono che debba essere rivista la definizione di matrimonio al fine di ricomprendere anche quello plurimo².

D'altronde, nelle odierne società pluraliste, le istituzioni e le pratiche sociali come il matrimonio, la famiglia e la sessualità non costituiscono il riflesso di un presunto ordine naturale universale e immutabile, bensì rappresentano il prodotto provvisorio e mutabile di processi evolutivi cui l'ordinamento è chiamato a misurarsi,

¹ *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, 192 L. Ed. 2d 609 (2015), decisione del 26 giugno 2015.

² La "unione fra due persone" cui fa riferimento la Corte Suprema americana nella decisione del 26 giugno 2015, elimina l'idea di "unione tra un uomo e una donna", prestandosi a sua volta a ulteriori interpretazioni. Il filosofo Enrico Berti afferma: «Si parla di coppia perché due sono i sessi. Là dove si prescinda dal sesso, non si capisce perché si vuole un'unione costituita da una coppia e non da tre o quattro persone. Perché mai deve essere privilegiata la coppia e non una unione di altro tipo?», V. L'innominabile, *Il Foglio*, 14 ottobre 2014.

affrontando nuove e, talvolta, difficili sfide. Oggi, dobbiamo confrontarci con un contesto socio-culturale mutato, con una «società liquida»³ e più complessa di quanto non fosse in passato, che mostra nuove dimensioni di libertà e che pone interrogativi inediti.

Se si pensa che nell'ultima metà del XX secolo sono state abolite alcune norme penali che limitavano la libertà sessuale - fornicazione, adulterio e sodomia non costituiscono più reato poiché violano i moderni principi costituzionali di libertà, autonomia e *privacy* - e se si aggiungono le radicali modifiche avvenute in campo civile - è stato introdotto il divorzio, è stata riconosciuta l'uguaglianza giuridica tra i coniugi, tra figli naturali e legittimi, le donne possono scegliere se interrompere la gravidanza, infine, in alcuni paesi sono stati riconosciuti i matrimoni tra persone dello stesso sesso o, più timidamente, le unioni civili - sembra legittimo domandarsi se la legalizzazione della poligamia non costituisca l'ultima frontiera che condurrà verso il pieno riconoscimento dei diritti civili. Secondo alcuni studiosi, la norma penale che proibisce la pratica della poligamia potrebbe essere prossima all'abrogazione poiché viola, oltre che i principi costituzionali sopra enunciati, la libertà religiosa, la libertà di espressione e il diritto alla *privacy*⁴.

Viviamo in un'epoca di politeismo di valori, caratterizzata dalla compresenza di molte visioni del mondo, nessuna delle quali può rivendicare il possesso della verità assoluta. Uno Stato genuinamente liberale, laico e pluralista non dovrebbe utilizzare lo scudo della sanzione penale contro chi non si uniforma ai principi condivisi dalla maggioranza, bensì dovrebbe trovare un equilibrio fra i diversi valori

³ BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Laterza, Roma, 2002.

⁴ DEN OTTER R. C., *In defence of plural marriage*, Cambridge University Press, 2015.

coinvolti, nel rispetto dell'autonomia, del pluralismo, della laicità e della dignità umana.

La compresenza di gruppi minoritari, espressione di culture radicalmente diverse, all'interno di Stati occidentali, pongono la questione della liceità dei loro costumi e pratiche, e del riconoscimento giuridico di diritti fondamentali altrui.

È su questo sfondo che si inserisce la mia dissertazione, il cui obiettivo è analizzare, dal punto di vista filosofico, l'ampio dibattito sollevato dalla presenza della poligamia nella società, per capire se sia giusto sanzionare tale pratica oppure se, al contrario, esistono delle buone ragioni per sostenere la poligamia come ulteriore forma di unione familiare, oltre alla tradizionale famiglia nucleare. Lo scopo precipuo della tesi sarà indagare se la proibizione di contrarre matrimoni poligamici costituisca un'interferenza paternalistica coercitiva che penalizza la libera scelta di individui adulti, razionali e consenzienti, restringendo un'importante sfera di esplicazione della personalità umana, quella della libertà di autodeterminazione⁵. Il diritto all'autodeterminazione ("ciò che è mio diritto") è concepito come valore in sé, non è funzionale al proprio bene ("ciò che è buono per me"), pertanto è inteso come pura libertà da interferenze esterne, a prescindere dalla considerazione che le scelte siano vantaggiose o meno.

In questo lavoro, prendendo le mosse da una riflessione de *iure condito*, che verte sulla disamina della poligamia, mi domando - in un'ottica de *iure condendo* - se possa essere moralmente accettabile l'ideale di matrimonio poligamico e, se il divieto di poligamia possa

⁵ Non mi occuperò di individui minori d'età o di persone affette da gravi disturbi della personalità o da gravi handicap cognitivi poiché ritengo che tali soggetti non siano pienamente capaci di comprendere le conseguenze delle loro condotte, schierandomi con chi sostiene che lo Stato debba limitare la libertà di individui che non sono sufficientemente in grado di intendere e di volere. Cfr. Cap. I, § 4.2.

essere considerato paternalistico nei confronti di coloro che, in maniera libera e informata, desidererebbero aderire a tale pratica. Per chi abbraccia una visione liberale o antipaternalista, le leggi che vietano la poligamia violano la libertà di adulti consenzienti allo scopo o di tutelare il bene dell'individuo, nel senso di interesse intrinseco ad essere moralmente virtuoso - dottrina perfezionista - o di proteggere l'individuo da scelte potenzialmente dannose per se stesso - dottrina paternalista. La teoria antipaternalista, infatti, giustifica l'uso della coazione (cioè della minaccia della sanzione penale) soltanto quando è volto alla tutela dell'interesse di un terzo⁶.

La legalizzazione della poligamia rappresenta un caso paradigmatico delle dottrine liberali, infatti, la sua penalizzazione mostra come il consenso prestato da una persona adulta, razionale e consapevole risulti insufficiente e non escluda la punibilità dell'agente. Per prendere posizione all'interno del dibattito tra paternalisti e antipaternalisti in merito al caso emblematico della poligamia, bisogna stabilire quali siano i soggetti che lo Stato vuole tutelare - il secondo coniuge da se stesso, magari perché vittima di una società patriarcale che gli impone tale costume? O il secondo coniuge, semplicemente, dalle sue scelte folli? Oppure i figli delle unioni poligamiche, dunque un terzo che subisce le conseguenze involontariamente e inconsapevolmente? - e, in secondo luogo, occorre capire se si tengono in considerazione le preferenze razionali e l'autonomia degli agenti - un conto sarebbe proteggere un individuo "costretto" (da pressioni coercitive) a contrarre un matrimonio poligamico, un altro sarebbe interferire (mediante l'uso della coercizione) nelle scelte di vita altrui razionali e consapevoli, per evitare che questo cagioni a se stesso (ciò che viene considerato) un

⁶ L'interferenza coattiva dello Stato può esplicarsi anche tramite sanzioni amministrative. In questa tesi mi occuperò del problema della coercizione statale con riferimento all'uso della sanzione penale.

danno. Certamente, in una società che si ispiri al principio di laicità e che accolga un'etica basata sul pluralismo morale, lo Stato non dovrebbe mai paternalisticamente assurgere a tutore della moralità dei cittadini, perché non è suo compito interferire sui modi di essere e di pensare d'individui adulti. Eppure, il divieto di poligamia, quando è volto ad impedire a un soggetto adulto e consenziente il matrimonio plurimo, sembra mettere in discussione principi - quali la libertà di espressione, la libertà di religione, la libertà di autodeterminazione, il principio di uguaglianza e il diritto alla *privacy* - che dovrebbero essere alla base di uno Stato costituzionale di diritto, liberale e democratico.

In una società caratterizzata dal pluralismo dei valori, è possibile impedire a ciascuno di vivere - quando non è sottoposto a pressioni coercitive - secondo il proprio sentire? Qual è la giustificazione per vietare il matrimonio poligamico a tutti coloro che vorrebbero stipularlo, anche a quelli che vivono un rapporto basato sull'uguaglianza delle opportunità e sul reciproco rispetto, su basi volontarie? È possibile imporre dei valori a fondamento di ciò che è meglio per il destinatario, a prescindere dalle preferenze di quest'ultimo?

Al fine di entrare nel merito dei limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione del reato di bigamia - o dei limiti entro i quali un individuo può disporre della propria autonomia - è opportuno illustrare quali sono i principi di limitazione della libertà, concentrandoci, ai fini della nostra analisi, sul paternalismo giuridico.

Il problema della giustificazione della potestà punitiva dello Stato rappresenta uno dei punti più critici e delicati della questione politico-criminale. In entrambi gli ordinamenti giuridici di *civil law* e di *common law*, si è discusso dei limiti entro i quali il potere esercitato dallo Stato mediante il diritto penale possa dirsi legittimo. La dottrina continentale, tradizionalmente, fa ricorso alla teoria del bene

giuridico, mentre la letteratura anglo-americana ritiene che la legge penale possa trovare giustificazione soltanto alla luce dei *liberty limiting principles*. Più in particolare, chi si ispira ad una visione liberale ritiene che la coercizione penale sia giustificata soltanto dall'*harm to others principle* e dall'*offense principle*; mentre, chi condivide una visione conservatrice legittima l'incriminazione delle condotte dannose per lo stesso soggetto che le realizza - *legal paternalism* - e l'incriminazione di fatti intrinsecamente morali - *legal moralism*⁷.

Il ricorso, in questa tesi, alla teorizzazione filosofico-penale angloamericana sui limiti del diritto penale si spiega poiché, partendo dal riconoscimento della libertà dell'individuo e della sua autonomia, sembra rispecchiare meglio una società multietnica e multiculturale; a differenza del paradigma del bene giuridico che più si adatta ad una società omogenea in cui i valori di riferimento sono granitici e comuni a tutti. Inoltre, è opinione diffusa che, negli ultimi anni, la teoria del bene giuridico stia attraversando una "crisi"; molti penalisti continentali non lo ritengono più un parametro atto ad orientare l'agire legislativo, soprattutto in società ove le differenti culture e "moralì" esprimono distinte e, talvolta, inconciliabili visioni del mondo⁸.

⁷ Cfr. FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, N.Y., O.U.P., 1984, p. 4, in cui l'autore afferma che tali principi servono a delimitare l'ambito all'interno del quale la restrizione della libertà dei consociati è moralmente legittima, ma non escludono le ulteriori valutazioni di utilità sociale e di opportunità che un determinato legislatore positivo dovrà compiere prima di decidere se emanare o meno una norma penale.

⁸ Per una riflessione critica generale sulla c.d. crisi che investe la categoria del "bene giuridico" cfr. FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 20: «Il modello di ragionamento critico sui limiti morali del diritto penale proposto nell'esperienza angloamericana potrebbe consentire di esplicitare le ragioni per cui un determinato bene giuridico viene tutelato e, pertanto potrebbe fungere da strumento critico che impedisce al legislatore di trincerarsi dietro il

Nel primo capitolo, illustrerò la teoria sul paternalismo del filosofo liberale Joel Feinberg, poiché ha avuto il merito di operare una disamina approfondita della teoria del danno a se stessi. Il filosofo si interroga circa la legittimità morale del paternalismo giuridico, domandandosi se sia moralmente legittimo che il diritto utilizzi il proprio potere coercitivo (es. minaccia della pena) per tutelare gli individui (adulti, razionali e consapevoli) dai rischi che essi si assumono volontariamente.

La questione di come mettere in equilibrio riflessivo autodeterminazione personale e controllo sociale ha interessato e fatto discutere intere generazioni di giuristi e filosofi. In particolare, i paternalisti sostengono che lo Stato abbia il potere di limitare la libertà dell'individuo, tramite l'uso della coercizione, per tutelare ciò che si ritiene il bene dell'individuo medesimo, per impedire che cagioni un

formale rispetto del principio di offensività riferito a un bene assai generico e gli consente di svelare le ragioni che ne guidano le opzioni»; CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, op. cit., pp. 83 ss., secondo cui: «Il nostro caro vecchio bene giuridico mostra da tempo evidenti segni di crisi (...). È evidente che più una società è piccola, coesa nei valori morali e magari nei credi religiosi, più è facile che il bene giuridico sia identificabile. All'opposto, più una società è allargata, disgregata, e pluralista nei valori morali e negli stessi credi religiosi, più il *Rechtsgut* tende a farsi "araba fenice". La nostra società attuale (...) è chiaramente molto più variegata di quelle di un tempo (...). In un siffatto contesto, il giurista non può oggi, nell'ambito di uno Stato liberale e democratico di diritto, definire autoritativamente e dall'alto i beni giuridici da proteggere. E neppure può farlo il legislatore (...). Di qui, la necessità di forgiare un diritto penale capace di proteggere svariate istanze emergenti nella società, ma sempre nel rispetto dei valori espressi dalle minoranze etniche, religiose, morali e culturali: il bene giuridico (...) non può che soffrirne»; FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in Riv. it. dir. proc. pen., vol. IV, 2011, p. 1396: «(...) le strategie di legittimazione teorica del diritto penale di matrice anglo-americana, incentrate sul principio del danno - nel solco del liberalismo di John Stuart Mill e, in anni più vicini, di Joel Feinberg -, sono sotto certi aspetti preferibili, rispetto alla teoria europeo-continentale del bene giuridico, (...) tali strategie, a mio avviso, riescono meglio a portare alla luce le molteplici e complesse opzioni politico-valutative che stanno alla base delle scelte di penalizzazione»; MICHELETTI D., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in Criminalia 2011, p. 275: «Partendo "dal basso", ovvero dalla necessità di protezione del singolo, anziché procedere assiologicamente, (...) il pensiero liberale angloamericano ha finito quindi per offrire un più duttile strumento diagnostico del potere punitivo nell'ambito di una società multiculturale», (corsivo aggiunto).

danno a se stesso. Gli antipaternalisti, invece, ritengono che lo Stato non possa usare lo strumento coattivo per limitare scelte razionali e volontarie di un individuo adulto, anche ove queste scelte cagionino un danno all'individuo stesso.

In chiave positiva, del paternalismo può essere rimarcato il carattere che riconduce al rapporto che un genitore intrattiene con il bambino, ovvero alla dimensione "paterna" del "prendersi cura". Come il padre, infatti, si preoccupa del benessere dei suoi figli e proibisce le loro azioni auto-dannose, analogamente lo Stato è autorizzato a proibire le azioni auto-dannose dei suoi cittadini: deve, cioè, proteggere soggetti deboli da possibili danni provenienti da *deficit* di razionalità o carenze conoscitive o da prevaricazioni, abusi o coartazioni. In un'accezione negativa, invece, il paternalismo è concepito quale ingerenza indebita di chi si fa rappresentante e portavoce degli interessi altrui per decidere e agire al suo posto, sul presupposto di conoscere le reali esigenze altrui meglio del suo stesso titolare: pertanto è concepito quale sinonimo di usurpazione patriarcale dei diritti altrui, intromissione dispotica e affronto alla libertà di autodeterminazione⁹.

Le questioni sottese al tema del paternalismo si caratterizzano tutte per la presenza di un comune filo problematico, ravvisabile nella valutazione della portata da assegnare al principio di autonomia o autodeterminazione della persona, in vista della legittimazione costituzionale e politico-criminale di un ampio ventaglio di questioni

⁹ L'accezione negativa del paternalismo è espressa da KANT I., *Sopra il detto comune: "Questo può essere vero in teoria, ma non vale per la pratica"* (1793), in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET, 1965, p. 255: «un governo fondato sul principio della benevolenza verso il popolo, come il governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*) in cui i sudditi, come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso, sono costretti a comportarsi solo passivamente, per aspettare che il capo dello Stato giudichi in qual modo essi devono essere felici, e ad attendere solo dalla sua bontà che egli lo voglia, è il peggior dispotismo che si possa immaginare (reggimento che toglie ogni libertà ai sudditi, i quali non hanno quindi alcun diritto)».

essenzialmente contestate, dal consumo personale di sostanze stupefacenti alla pratica di sport estremi, dalla penalizzazione dell'inosservanza degli obblighi relativi all'uso di caschi e cinture di sicurezza alla liceità/illiceità della prostituzione, dalla commercializzazione di parti del proprio corpo all'eutanasia, dalla liceità/illiceità delle mutilazioni genitali femminili alla pratica del sadomasochismo.

Nell'intento di comprendere se vi sia un limite tendenziale alla legittima interferenza dello Stato sull'autonomia individuale, compatibile con i valori del modello di Stato laico, liberal-democratico e pluralista accolto dalle più moderne costituzioni del mondo occidentale, Feinberg elabora la sua teoria sui "Limiti morali del diritto penale", esposta nella sua opera monumentale in quattro volumi (*The Morals Limits of the Criminal Law*).

Il filosofo, cercando di capire come dovrebbe essere strutturato il diritto penale per tutelare adeguatamente l'ambito della sovranità personale, scompone il principio del danno in quattro sotto-principi: il danno ad altri (*harm to others*), la molestia ad altri (*offense to others*), il danno a se stessi (*harm to self*) e la condotta illecita o immorale non dannosa (*harmless wrongdoing*). Secondo Feinberg, soltanto i primi due tipi di condotte sono legittimamente sottoponibili al controllo del diritto penale in applicazione del principio del danno. La repressione penale del danno a se stessi e delle condotte illecite (o immorali) non dannose, viceversa, non può trovare giustificazione nell'ambito di un diritto penale *liberal*, poiché si giustificherebbe una restrizione dell'autonomia e della sfera di libertà dell'individuo secondo criteri che prescindono dalla lesione di interessi di soggetti terzi¹⁰.

¹⁰ Si tratta chiaramente di un'applicazione diretta del pensiero di Mill, il quale sosteneva che non era una buona ragione per legittimare l'esercizio del potere statale l'impedire che una persona arrecasse un danno a se stessa. Questo perché egli riteneva che quando una persona adulta e consapevole arreca un danno a se stessa, lo fa perché, secondo il suo modo di vedere, il suo comportamento, in realtà

Nell'opera *Harm to Self*, Feinberg si domanda se siano ammissibili forme di "paternalismo giuridico": se ed entro quali limiti, cioè, lo Stato sia legittimato ad intervenire mediante l'uso della coazione nella sfera di autonomia dei consociati al fine di proteggerli, anche contro la loro volontà, dalle loro stesse condotte auto-dannose ovvero dai danni causati da soggetti terzi, sia pure con il consenso del medesimo destinatario della tutela. Il filosofo elabora la *soft paternalist strategy*, tracciando un discrimine tra l'ambito in cui è legittimo che lo Stato intervenga limitando l'autonomia di un soggetto per il suo bene - principalmente quando le azioni di un individuo derivano da scelte non volontarie, irrazionali o prese in maniera non pienamente consapevole - e l'ambito in cui non è ammessa l'ingerenza paternalistica - quando la volontà si è formata in modo razionale e sia sufficientemente libera da pressioni coercitive (sempre che dalla sua azione non derivi un danno a terzi). Appare evidente che le principali argomentazioni di Feinberg contro il paternalismo giuridico sono da ricondurre all'importanza che attribuisce al principio di autonomia della persona e al concetto di volontarietà della scelta. L'autonomia implica una sovranità assoluta su se stessi, anche quando la soddisfazione dei propri desideri e delle proprie preferenze produca conseguenze ritenute dalla comunità dannose per lo stesso agente. Questa sovranità assoluta su se stessi funziona soltanto se la scelta dell'agente è volontaria e libera da pressioni coercitive.

L'analisi di Feinberg è volta a determinare quando una scelta auto-dannosa (o potenzialmente auto-dannosa) possa essere

non è nocivo a chi lo pone in essere. È la generalità dei consociati che ritiene quel comportamento dannoso a quell'individuo. Per Mill, il diritto di libertà di un individuo è sacrosanto, e così anche il diritto di perseguire ciò che più gli piace, sino al punto in cui ciò che fa non arrechi danno ad altri. «Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve rendere conto alla società è quello riguardante gli altri: per l'aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano», MILL J. S., *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, Il saggiatore, 2009, p. 28.

considerata abbastanza volontaria e sufficientemente libera da pressioni coercitive da precludere l'interferenza statale. Innanzitutto, egli distingue i *single-party cases*, quelli in cui un individuo mediante la sua azione causa un danno o un rischio di danno a se stesso (paternalismo diretto)¹¹, dai *two-party cases*, in cui una parte acconsente che l'azione di un terzo possa danneggiarlo (paternalismo indiretto)¹². Entrambe le condotte auto-dannose, eseguite *manu propria* e/o *manu aliena*, sono soggette a una valutazione della volontarietà del consenso: nel primo caso si deve verificare che la scelta dell'attore sia davvero la sua e che abbia agito secondo i suoi reali desideri e preferenze, nel secondo caso bisogna valutare che il consenso dell'attore non sia viziato. Poiché è l'accertamento della volontarietà del consenso che determina l'autonomia della scelta, mi concentrerò sul concetto di coercizione per determinare quando una scelta auto-dannosa possa essere considerata libera da pressioni coercitive e, dunque, valida.

Il secondo capitolo ha un carattere squisitamente definitorio, necessario preludio per cogliere con uno sguardo d'insieme il complesso e articolato fenomeno della poligamia nella società odierna.

Dapprima, metterò in evidenza gli errori più comuni nei quali ci si imbatte quando si affronta la tematica della poligamia. Il primo, di ordine linguistico-concettuale, ci induce erroneamente a confondere la poliandria - il matrimonio di una donna con più di un uomo - con la poliginia - il matrimonio di un uomo con più donne. Questa

¹¹ Rientrano nei *single-party cases* che infliggono un danno direttamente alla persona che li pone in essere gli atti di autodistruzione; mentre tra quelli che prevedono un rischio di danno a se stessi vi sono gli sport pericolosi come il parapendio, il *rafting* o chi fa uso di droga, chi guida senza cinture di sicurezza o il casco.

¹² Il caso paradigmatico per eccellenza di *two-party cases* è rappresentato dall'eutanasia, ma vi rientrano anche certi tipi di lesioni personali come la pratica di sesso sadomaso, le mutilazioni genitali femminili (ove la richiesta provenga da donne adulte e consenzienti), e ancora l'usura, la prostituzione, l'incesto, la poligamia.

differenza terminologica si rivelerà fondamentale per analizzare, nel capitolo successivo, gli argomenti a sostegno e contro la poliginia.

In seguito, esaminerò il profilo religioso della poligamia e la sua diffusione geografica ripercorrendone brevemente la storia. Metterò in rilievo che la poligamia, a differenza da come si è comunemente indotti a ritenere, non costituisce un carattere peculiare della società islamica ma è una pratica diffusa anche in piccole comunità fondate sulla religione fondamentalista mormone, stanziate negli Stati Uniti e in Canada, nonché in alcuni Stati africani e in alcune tribù dell'India, indipendentemente dalla religione di appartenenza. Tale precisazione permetterà di distinguere i casi in cui il legame tra i coniugi poligami è riconosciuto dall'ordinamento giuridico (la c.d. poligamia *de iure*), dai casi in cui la relazione poligama ha un mero fondamento religioso e culturale non riconosciuto, e addirittura vietato, dall'ordinamento giuridico (poligamia *de facto*).

Nell'intento di mostrare la posizione della religione islamica rispetto alla poligamia, emergerà che essa non ha un'identità unitaria e definita bensì mutevole e poliedrica. L'analisi di alcune esperienze provenienti da tre differenti Stati a prevalente religione musulmana servirà ad evidenziare che, mentre in alcuni paesi si assiste ad una progressiva regolamentazione (Marocco) o proibizione del fenomeno poligamico (Tunisia), in altri si ha una spinta di segno opposto in favore del riconoscimento di questa pratica.

Dopo avere illustrato gli aspetti peculiari della pratica poligamica, approfondendo quelli del mondo islamico e del contesto americano mormone, farò delle riflessioni *de iure condito* sulla poligamia nel contesto europeo. Inizierò con l'analisi del reato di bigamia previsto dal codice penale italiano, per comprendere quale sia la *ratio* che giustifica la sua penalizzazione. L'esame della norma italiana può essere utilizzata come minimo comun denominatore di tutti gli Stati che vietano il matrimonio plurimo, infatti, tutte le figure

delittuose di bigamia hanno una formulazione sostanzialmente analoga alla nostra. Il riferimento al reato di bigamia, dunque a una norma di diritto interno all'ordinamento, si rende necessario poiché la questione poligamica - per effetto del crescente insediamento stabile di islamici che assumono la cittadinanza italiana (o di altri paesi dell'Unione europea), formando nuclei familiari in cui i figli acquistano la cittadinanza per nascita, unita al fenomeno di conversione alla religione musulmana - si sta trasformando da questione di diritto internazionale a questione di diritto interno. Pertanto, ritengo necessaria una riflessione sulla motivazione che giustifica la norma che vieta la bigamia e, dunque, il matrimonio plurimo.¹³

A seguire, l'indagine si sposterà sulla questione del riconoscimento delle unioni poligamiche in ordinamenti monogamici. Infatti, poiché negli Stati occidentali il matrimonio poligamico è vietato, si pone il problema di stabilire se sia possibile consentire l'ingresso di più mogli dello stesso marito, attraverso l'istituto del ricongiungimento familiare. In particolare, approfondirò alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali per comprendere come opera il divieto di bigamia dinanzi a richieste di ricongiungimento familiare a favore del secondo coniuge. Di fronte a tale richiesta, l'ordinamento dovrà effettuare un bilanciamento tra la necessità di non contravvenire ai principi dell'ordine pubblico internazionale (in specie il rispetto dell'uguaglianza tra i coniugi) e l'esigenza di soddisfare altri importanti interessi, quali appunto il diritto al rispetto della vita familiare e all'identità culturale.

¹³ Sebbene nel lessico corrente il termine "bigamia" sia utilizzato in riferimento al reato penale che punisce chi, in costanza di matrimonio ne contrae un altro, in questa tesi utilizzerò i termini "bigamia" e "poligamia" intercambiabilmente per riferirmi al matrimonio plurimo, cioè al matrimonio di un uomo o una donna con più di un coniuge.

Nel terzo capitolo ricostruirò il dibattito filosofico contemporaneo sulla poligamia, esaminando le argomentazioni pro e contro tale pratica. Utilizzerò i principi di limitazione della libertà, elaborati da Joel Feinberg, per analizzare criticamente le diverse tesi utilizzate per sostenere la legittimità degli argomenti che proibiscono la poligamia. I principi teorizzati da Feinberg hanno il pregio di trovare un immediato riscontro nella prassi, ma non è sempre agevole situare una determinata condotta all'interno di uno dei principi di limitazione della libertà¹⁴. Lo stesso filosofo dedica pochissimo spazio al tema della poligamia, limitandosi a negare il fondamento morale di una tutela penale. Feinberg, infatti, non ritiene legittimo impedire ad un individuo di sposarsi con un soggetto già legato da matrimonio avente effetti civili. Il filosofo sostiene che se il "nuovo" coniuge, consapevole del primo vincolo matrimoniale che lega il suo futuro coniuge, decide di sposarlo, e dunque sceglie consapevolmente di divenire coniuge "ulteriore", dovrebbe essere lasciato libero di farlo. L'antipaternalismo di Feinberg, sottintende che il bisogno di proteggere l'agente dai rischi che lo stesso si assume volontariamente non costituisce mai una buona ragione per giustificare l'interferenza coercitiva dello Stato. L'unica limitazione che ammette, si ha nel caso in cui il secondo matrimonio sia stato contratto mediante inganno. Infatti, si potrebbe verificare che il soggetto sposato decida di tenere segreto il primo matrimonio al soggetto che intende sposare in seconde nozze, oppure potrebbe occultare il secondo matrimonio al primo coniuge con la complicità del secondo coniuge. Nel primo caso, il soggetto vulnerabile è chi contrae (inconsapevolmente) matrimonio con persona già legalmente sposata, ignorando il primo matrimonio

¹⁴ Ogni discussione di singoli casi problematici presenta aspetti di difficoltà, si pensi al problema dell'uso delle droghe. Lo dobbiamo inquadrare nel danno a se stessi o nelle condotte illecite non dannose; o ancora nella molestia ad altri o nel danno ad altri?

(in altre parole, il secondo coniuge); diversa è la sua posizione nel secondo caso, in cui, invece, è complice. Gode sempre di una posizione privilegiata il primo coniuge che, in entrambi i casi, è tutelato dalla legge civile che dichiara nullo il secondo matrimonio; inoltre, può sempre chiedere il divorzio una volta scoperta la bigamia. Il problema semmai si pone per il secondo coniuge che non potrà fare valere la sua posizione di coniuge¹⁵.

Nell'intento di integrare l'analisi di Feinberg sui principi di limitazione della libertà, con le tesi sostenute dai filosofi coinvolti nel dibattito sulla poligamia, metterò in evidenza i principali argomenti contro la pratica poligamica allo scopo di verificare se trovano applicazione nella prassi.

Il primo argomento potrebbe interpretarsi come "moralista-perfezionista" e sarebbe da ricondurre all'immoralità della pratica poligamica. Qui il problema è di verificare se le ragioni dei moralisti giuridici siano talmente forti da sconfiggere quelle antagonistiche liberali.

Il secondo argomento, fa leva sul disturbo (o sulla molestia) arrecato alla sensibilità morale e religiosa di alcune persone dall'esposizione alla condotta poligamica. Tale ragionamento potrebbe essere giustificato da alcuni liberali moderati, i quali riconoscono come principi limitativi della libertà soltanto l'*harm to others principle* e l'*offense principle*.

Il terzo argomento utilizzato per opporsi alla pratica poligamica utilizza la teoria del piano inclinato o della china scivolosa per sostenere che l'adozione di A (il riconoscimento della pratica poligamica) condurrà inevitabilmente ad adottare B e C (ovvero all'accettazione degli atti contro natura e dell'incesto).

¹⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, N.Y., O.U.P., 1986, p. 266.

Il quarto argomento è quello del danno ad altri, chi lo sostiene ritiene che la poligamia causi un danno (fisico e psicologico) alle donne e ai figli dell'unione poligamica.

L'ultimo argomento contro la poligamia è quello paternalista. Esso si fonda sull'assunto che la poligamia sia da proibire poiché causa un danno al soggetto che lo pone in essere. Il danno è rappresentato dall'asimmetria di potere che caratterizza le relazioni dei coniugi poligami, ossia dalla disuguaglianza di genere determinata dal fatto che la forma più diffusa di poligamia sia la poliginia. Quest'ultimo argomento lo chiamerò "argomento dell'uguaglianza di genere" e, se accettato, comporterebbe la stigmatizzazione della pratica poliginica in quanto forma non reciproca di relazione tra i sessi. L'analisi della teoria paternalista applicata alla pratica della poligamia godrà di un approfondimento maggiore, poiché la finalità della tesi è dimostrare se un individuo (adulto, razionale e consapevole) è libero di porre in essere azioni che (secondo alcuni) ledono (fisicamente, psicologicamente o economicamente) se stesso. A tal fine, occorrerà riprendere i principali argomenti di Feinberg contro il paternalismo giuridico (analizzati nel primo capitolo) per accertare se la scelta di un individuo di intraprendere una relazione poligamica possa essere considerata volontaria e autonoma e, dunque, libera dall'ingerenza paternalistica dello Stato; oppure se si possa giustificare la restrizione dell'autonomia alla luce di un interesse superiore o, ancora, se si possano prevedere delle misure alternative non coercitive per vietare la pratica della poligamia.

Nell'ultima parte del capitolo, invece, formulerò delle riflessioni *de iure condendo* nell'intento di coniugare le esigenze di autonomia ed

uguaglianza di genere *de iure* e *de facto*¹⁶. In particolare, cercherò di capire se vi sono delle condizioni che potrebbero rendere la pratica poligamica ammissibile anche negli ordinamenti giuridici che riconoscono soltanto il matrimonio monogamico¹⁷.

In conclusione, mostrerò che gli argomenti *pro-polygamy*, legati principalmente al valore della scelta e al principio di libertà religiosa, sono più forti di quelli utilizzati per opporsi a tale pratica. Sosterrò che il valore dell'autonomia individuale nel caso della poligamia è pienamente rispettato solo in presenza della *sex-equal polygamy* ossia solo se si ammette accanto alla poliginia anche la poliandria, ove, naturalmente, vi sia il consenso di tutti i partecipanti.

¹⁶ Poiché, nella pratica, la poligamia è diffusa maggiormente nella forma della poliginia, ritengo che il genere sia una variabile interpretativa dei fenomeni sociali e giuridici che riguardano il dibattito oggetto di questa tesi.

¹⁷ Non mi occuperò di come il diritto civile dovrebbe regolare il matrimonio plurimo dal punto di vista legale-amministrativo, né mi soffermerò sulle richieste di rivendicazione di un diritto costituzionale alla poligamia su basi religiose o culturali.

CAPITOLO I

IL PATERNALISMO NELLA TEORIZZAZIONE DI JOEL FEINBERG

SOMMARIO: 1. Uso del termine paternalismo - 2. Analisi dei criteri di selezione dei fatti punibili: *liberty limiting principle* - 2.1. La nozione di danno - 3. Il paternalismo secondo Joel Feinberg - 4. Tipi di paternalismo - 4.1 Paternalismo coercitivo e paternalismo non coercitivo - 4.2 *Soft paternalism* versus *Hard paternalism* - 4.3 Paternalismo diretto e Paternalismo indiretto - 5. Analisi della *soft paternalist strategy* - 5.1 Autonomia e sovranità personale come diritti e valori fondamentali - 5.2 I limiti della sovranità personale - 5.3 La volontarietà dell'azione autolesionistica - 5.3.1 Scelte irrazionali e scelte irragionevoli - 5.3.2 Il consenso nei *two-party cases* - 6. Fattori che riducono la volontarietà della scelta - 6.1 Coercizione fisica e coercizione psicologica - 6.2 (Segue). Quando la coercizione è "sufficientemente coercitiva" da viziare la volontarietà? - 6.3 Coercizione: differenza tra offerte e minacce.

1. USO DEL TERMINE PATERNALISMO

Una breve indagine storica sull'utilizzo del termine paternalismo, mostra il diverso significato che gli è stato attribuito nel tempo e in relazione ai diversi ambiti (politico, socio-economico, filosofico).

Dalla consultazione di dizionari e opere enciclopediche si evince che: «Il termine paternalismo è divenuto di uso comune nella pubblicistica storico-politica alla fine del XIX secolo per indicare l'impostazione data all'attività di governo, soprattutto a partire dal

XVIII sec., dai sovrani degli stati europei, che si assunsero come proprio l'assolvimento complessivo dei compiti amministrativi e politici nei confronti di quanti vivevano nell'ambito del loro territorio, e in particolare l'atteggiamento per cui i governanti attuano una politica che, pur tendendo con sollecitudine paterna al progresso e al benessere dei governati, non li considera però capaci di perseguire tali fini in modo autonomo»¹⁸.

Nel settore socio-economico indica una serie di relazioni sociali in cui l'individuo più forte protegge e domina, per il loro bene, individui subordinati, un tipico esempio è rappresentato dall'atteggiamento del datore di lavoro verso i dipendenti o, più in generale, del superiore verso l'inferiore, o ancora dell'anziano verso il giovane¹⁹.

Negli studi di filosofia morale e giuridica il termine paternalismo indica, in generale, una limitazione della libertà di un individuo, contro la sua volontà, al fine esclusivo di tutelare quelli che vengono considerati i suoi interessi²⁰. È opportuno specificare che l'intervento è ritenuto dal paternalista nell'interesse dell'individuo la cui libertà è stata limitata, e che il destinatario dell'intervento è trattato come un individuo incapace di riconoscere o perseguire il proprio bene. Tale definizione riconduce al tipo di rapporto che un

¹⁸ "Paternalismo", in Enciclopedia Universale Rizzoli La Rouse, Milano, 1964, vol. XI, p. 334. Per un'analisi più approfondita dei diversi significati termine paternalismo V. ALEMANY M., *El paternalismo juridico*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 29 s.; DICIOTTI E., *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, n.2, 1986, pp. 557 s.

¹⁹ <http://www.treccani.it/vocabolario/paternalismo>.

²⁰ ATIENZA M., *Discutamos sobre paternalismo*, "Doxa", 5, 1988, pp. 203 ss.; GARZÓN VALDÉS E., *Sigamos discutiendo sobre paternalismo*, Doxa, 5, 1988, pp. 215 ss.; ID., *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, "Doxa", 5, 1988, pp. 155 ss.; ALEMANY M., *El concepto y la justificación del paternalismo*, "Doxa", 28, 2005, pp. 265 ss.; DICIOTTI E., *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion Pratica*, 1/2005, Giugno, pp. 99 ss.;

genitore intrattiene con la prole. Tuttavia, mentre i bambini difettano di alcune capacità cognitive ed emotive necessarie per agire razionalmente che giustificano l'intervento paternalista "benevolo", la stessa cosa non può dirsi nel caso di individui adulti, razionali e consapevoli, che percepiranno l'interferenza paternalistica come usurpatrice della loro libertà di autodeterminarsi.

Nel 1971 Joel Feinberg afferma, in uno dei suoi primi scritti sul paternalismo, che il *legal paternalism* è il principio illiberale che giustifica gli interventi coercitivi dello Stato al fine di tutelare gli individui da un danno a se stessi, contro il loro volere²¹. Questa definizione non tiene in conto due considerazioni: da un lato, che vi possono essere delle misure protettive paternalistiche che non sono coercitive e, dall'altro, che lo Stato (il legislatore e le pubbliche autorità) non è il solo che può interferire nella sfera di autonomia individuale.

Nello stesso anno Gerald Dworkin definisce il paternalismo come «l'interferenza nella libertà di agire di una persona giustificata da motivi riferibili esclusivamente al benessere, al bene, alla felicità, ai bisogni, interessi o valori della persona assoggettata a costrizione»²². Egli ritiene che «perché uno tratti un altro in modo paternalistico ci deve essere una violazione dell'autonomia di una persona (...) ci deve essere un'usurpazione della decisionalità, o impedendo alle persone di fare ciò che esse hanno deciso o interferendo nel processo con cui esse giungono alla conclusione»²³. L'autore si rende conto che lo Stato non è l'unico soggetto che può interferire "benevolmente" nella sfera

²¹ FEINBERG J., *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1, n. 1, 1971, p. 105; rist. in SARTORIUS R. (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, pp. 3 s.

²² DWORKIN G., "Paternalism", in *Morality and the Law*, ed. By R.A. Wasserstrom, Belmont, WodworthPu. Co., 1971, p.108, rist. in SARTORIUS R. (ed. by), *Paternalism*, op. cit., pp. 19 s.

²³ DWORKIN G., *Paternalism: Some Second Thoughts*, in SARTORIUS R. (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 107.

individuale, ma ritiene che la coercizione sia una componente essenziale del paternalismo. Pertanto continuano a rimanere fuori dall'ambito del paternalismo tutte quelle azioni non coercitive ma pur sempre invasive della sfera soggettiva individuale.

Nel 1980 Richard Arneson afferma che le leggi coercitive consistono in restrizioni della libertà di una persona - contro il suo volere o contro il suo precedente consenso - al fine di perseguire il suo "bene". Anche per Arneson l'intervento paternalista è strettamente connesso con la coercizione²⁴.

Recentemente, si è occupato di paternalismo coercitivo Giorgio Maniaci, il quale lo ha definito come «la concezione etico-politica in base alla quale lo Stato, o un soggetto autorizzato dallo Stato, ha il diritto di usare la coercizione, contro la volontà di un individuo adulto, anche qualora le sue scelte siano, ad esempio, sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine, esclusivo o principale, di tutelare (quelli che vengono considerati) i suoi interessi, ovvero (ciò che viene qualificato come) il suo bene; in particolare al fine di evitare che questi, tramite un'azione o un'omissione, cagioni, o rischi, o tenti in modo significativo di cagionare, a sé stesso (ciò che viene considerato) un danno, ad esempio fisico, psicofisico, economico»²⁵.

Gli autori che obiettano che non sempre un atteggiamento paternalistico corrisponde all'esercizio di una coercizione sono Bernard Gert e Charles Culver²⁶. Questi ultimi, ritengono che può essere paternalista non solo un intervento diretto ad obbligare un soggetto ad un comportamento per il suo bene, ma anche la

²⁴ ARNESON R. J., *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11, 2005, pp. 259 ss.

²⁵ MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 2.

²⁶ GERT B., CULVER C., *Paternalistic Behavior*, in *"Philosophy and Public Affairs"*, vol. 6, n. 1, 1976, p. 46.

comunicazione di una menzogna, di una falsa informazione per il soggetto che la riceve (ad es. il caso del medico che mente al paziente sul punto di morte). Questi autori ritengono che un'azione sia paternalista quando priva un soggetto di un'opportunità (per il suo bene)²⁷.

Nonostante i primi articoli specifici sul tema del paternalismo risalgono all'inizio degli anni settanta²⁸, è nel decennio successivo che si registra un maggiore impegno espositivo e analitico grazie all'opera *Harm to Self* di Joel Feinberg. In questo volume, il terzo dei quattro che compongono ciò che molti hanno definito l'"opera monumentale" sui limiti morali del diritto penale²⁹, l'autore s'interroga circa la legittimità morale del paternalismo giuridico. Poiché egli ritiene che la legittimazione della legge penale sia da rinvenirsi nella sua capacità di prevenire un danno o una molestia ad altri, in quest'opera, ha cercato di dimostrare la profonda erroneità del paternalismo giuridico - secondo cui vi è sempre una valida ragione per far uso della sanzione penale al fine di evitare che i cittadini danneggino se stessi, come conseguenza di azioni che pongono in essere volontariamente - attraverso un'analisi dettagliata dei requisiti della volontà e del consenso, indispensabili espressioni dell'autonomia personale.

²⁷ *Ibidem*, p. 47 ove gli autori riportano l'esempio del Professore B che comunica alla moglie di avere avuto una relazione con la sua migliore amica. A seguito della notizia la moglie ha una depressione e tenta di suicidarsi ingerendo dei sonniferi. Il professore, per evitare che la moglie si tolga la vita, elimina tutti i sonniferi senza comunicarglielo. Questo esempio mostra chiaramente che il marito priva la moglie dell'opportunità di ingerire i sonniferi, e nonostante non vi sia coercizione e considerato un caso di paternalismo.

²⁸ DWORKIN G., "Paternalism", op. cit.; FEINBERG J., *Legal Paternalism*, op. cit.; GERT B., CULVER C., *Paternalistic Behavior*, op. cit.; TEN C.L., *Paternalism and Morality*, in *Ratio*, 13, 1971, pp. 55 ss.; BEAUCHAMP T.L., *Paternalism and Bio-behavioral Control*, *The Monist*, 60, 1977, pp. 62 s.; ID., "Paternalism", in *Encyclopedia of Bioethics*, ed. in Chief W.T. Reich, New York, The free press, 1978, vol. 3, pp. 1194 s.

²⁹ Gli altri volumi prendono il titolo di *Harm to Others* (1984), *Offense to Others* (1985) e *Harmless Wrongdoing* (1990).

2. ANALISI DEI CRITERI DI SELEZIONE DEI FATTI PUNIBILI: LIBERTY LIMITING PRINCIPLE

L'approccio liberale di Feinberg è contrassegnato dalla costruzione di una teoria che garantisca la massima tutela della libertà dell'individuo, comprimendo il più possibile la sfera d'azione del diritto penale al fine di limitare al minimo le restrizioni dell'autonomia personale, e dunque l'interferenza statale. Per comprendere la visione antipaternalista di Feinberg bisogna richiamare brevemente i principi di limitazione della libertà attraverso i quali cerca di circoscrivere i presupposti della coercizione legale. In relazione alle premesse ideologiche dalle quali si parte, tali principi servono a delimitare l'ambito all'interno del quale la restrizione della libertà dei consociati è ritenuta moralmente legittima³⁰.

Il principio del danno agli altri (*harm to others principle*) individua le condotte legittimamente passibili di pena in quelle che cagionano un danno o espongono a pericolo gli interessi di soggetti diversi da colui che le pone in essere³¹. Tale principio consentirebbe all'individuo di compiere volontariamente scelte auto-lesive sia nell'ipotesi di *single-party cases*, quando l'individuo reca un danno a se

³⁰ FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., p. 9.

³¹ *Ibidem*, p. 11. All'*harm to others principle* Feinberg dedica il primo volume della sua opera sui limiti morali del diritto penale, ma il primo studioso ad avere analizzato il tema dei limiti di ammissibilità delle scelte paternalistiche del legislatore nei confronti dei cittadini, è stato John Stuart Mill nella celebre opera *On liberty*. Il filosofo - uno dei maggiori difensori dell'autonomia individuale nei confronti delle possibili ingerenze, sia fisiche che morali, da parte dello Stato - ha elaborato il *principle of liberty*, considerato antesignano del noto criterio di criminalizzazione angloamericano, ossia il principio del danno ad altri. Per Mill «(...) il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare un danno ad altri. Il bene di un individuo, sia esso fisico che morale, 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, nell'opinione altrui, è opportuno o perfino giusto (...). Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l'azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar un danno a qualcun altro». MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 28.

stesso, sia nei casi di *two-party cases*, quando vi sono due parti coinvolte e una arreca un danno ad un'altra con il consenso di quest'ultima³². È evidente che tale principio mira ad espungere dal penalmente tutelabile la illiceità del danno cagionato a se stessi (il quale non sarebbe un "*wrong*" nemmeno quando sono in gioco la salute e la vita); la illiceità delle condotte intrinsecamente immorali e le condotte moleste per altri³³.

Il principio del disturbo o della molestia (*offense to others principle*)³⁴ punisce le condotte che determinano in persone diverse dall'autore gravi sensazioni sgradite. Esso legittima incriminazioni in quanto produttive di una molestia ad altri. La decisione di criminalizzare la condotta dipenderà dall'intensità e profondità della molestia e dal suo valore sociale, sempre che la molestia si consumi nella sfera pubblica³⁵.

Il paternalismo giuridico (*legal paternalism*) legittima l'incriminazione delle condotte auto-dannose o pericolose, anche se l'individuo in questione non cagioni danni né rischi per i terzi o per la società³⁶.

³² Per una trattazione più ampia della differenza tra *single-party cases* e *two party cases*, che coincide con la distinzione tra paternalismo diretto e paternalismo indiretto cfr. § 4.3 di questo capitolo.

³³ FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., p. 245: «il principio del danno non basterà a legittimare la proibizione di una condotta per il fatto che è molesta per gli altri, dannosa per lo stesso agente o intrinsecamente immorale. Per quanto possa essere elastico, non potrà tendersi così tanto», (corsivo aggiunto).

³⁴ Il termine "*offense*", derivato dall'*offense to others principle*, si è tentati di tradurlo in maniera letterale come "offesa", ma in tal modo si ingenererebbe confusione con il concetto continentale di offesa, il quale coincide tendenzialmente con la categoria della lesione o messa in pericolo di un bene giuridico, che è diverso dall'*offense* cui Feinberg si riferisce; per tale ragione è preferibile tradurlo con il termine "molestia" o "disturbo".

³⁵ FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Offense to Others*, N.Y., O.U.P., 1985, p. 13. Per un maggiore approfondimento dell'*offense to others principle* v. Cap. IV, § 1.2.

³⁶ Con più specifico riguardo al "paternalismo penale" cfr. PULITANÒ D., *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 490, ove afferma che « è paternalista la norma penale che protegge il soggetto da

Il moralismo giuridico (*legal moralism*) individua la ragione sufficiente per la criminalizzazione di una condotta nella sua contrarietà a una norma morale, finisce con l'intendere il diritto penale come strumento per l'imposizione della morale. Prevede la punizione dei fatti intrinsecamente immorali, indipendentemente dal danno o dal disturbo che ne consegue (o può conseguire) e, dunque, fa del diritto penale uno strumento perché i consociati si uniformino ad un certo sistema morale o, come usa dire l'ambiente giusfilosofico di *common law*, un mezzo per l'imposizione coattiva della morale ("*enforcement of morals*"). In questo caso, l'interferenza non ha lo scopo di implementare il benessere di chi la subisce, bensì di rendere l'individuo moralmente migliore³⁷.

A questi principi bisogna aggiungere due sotto-principi. Il primo, denominato paternalismo moralistico (*moralistic paternalism*), deriva dalla combinazione degli ultimi due principi sopra menzionati, secondo cui una proposta di proibizione potrebbe trovare giustificazione nella necessità di impedire il danno morale (distinto dal danno fisico, psichico o economico) da identificarsi con il danno che patisce il carattere dello stesso agente quando diventa una persona peggiore. Il secondo, etichettato con il termine perfezionismo (*perfectionism*), ritiene che l'emanazione e l'applicazione delle norme penali debbano conseguire un miglioramento del carattere dei soggetti diversi dall'agente o della medesima persona la cui libertà è limitata.

decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso».

³⁷ Le leggi che regolano alcuni tipi di condotte sessuali, per esempio l'omosessualità tra adulti consenzienti in privato, sono sorrette da ragioni di stampo moralistico che inducono a ritenere che l'omosessualità sia un "crimine contro natura" così ripugnante da dover essere proibito anche se praticato tra adulti consenzienti. Di certo non si vuole tutelare il bene della persona ma si vuole criminalizzare un atto ritenuto ripugnante. Per un approfondimento della questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto: cfr. Cap. IV, § 1.1.1.

Tale principio si prefigge lo scopo di elevare o perfezionare il carattere dei consociati³⁸.

Il diritto penale può essere giustificato alla luce di uno o più principi. La visione liberale estrema, a cui Mill aderisce, ritiene che solo il principio del danno giustifichi la coercizione penale³⁹; mentre la visione liberale moderata, cui Feinberg appartiene, riconosce solo i principi che puniscono chi reca un danno o una molestia ad altri, ma non quelli che puniscono chi danneggia se stesso (o presta il consenso a che un terzo lo danneggi) o chi pone in essere azioni intrinsecamente immorali. L'unica proibizione paternalistica ammessa dai moderati riguarda soltanto i casi in cui la condotta che espone a pericolo lo stesso agente è sostanzialmente non volontaria, oppure quando un intervento coercitivo temporaneo sia necessario per verificare se la condotta sia realmente volontaria. Infine, chi si ispira a una visione conservatrice si appella ai principi del paternalismo, del moralismo e del perfezionismo.

³⁸ Sono da ricondurre a una posizione perfezionistica ARNESON R. J., *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, op.cit., pp. 278 ss. e FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in DOLCINI E. - PALIERO C.E. (cur.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 283 ss.

³⁹ Nonostante Mill affermi chiaramente di giustificare l'interferenza della società soltanto alla luce del principio del danno, in alcuni passi del suo saggio sembrerebbe giustificare anche il principio della molestia o del disturbo: «vi sono molti atti che, essendo direttamente dannosi solo per chi li pone in essere, non dovrebbero essere vietati dalla legge, ma che, se compiuti in pubblico, integrano una violazione delle buone maniere e, rientrando dunque nella categoria dei reati contro gli altri, possono essere giustamente vietati. Di questo tipo sono i reati contro la decenza, su cui non è necessario soffermarci [...]», MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 118-119. Cfr. FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., p. 15.

2.1 La nozione di danno

Il concetto di danno costituisce il *background* indispensabile per comprendere la *ratio* sottostante ai principi di limitazione della libertà elaborati da Feinberg. Tale nozione si compone di due elementi, entrambi necessari: innanzitutto, la condotta umana deve determinare un “arretramento di un interesse” (*setback to interest*); e, al contempo, deve rappresentare una violazione dei diritti del titolare dell’interesse (*a wrong*). Pertanto occorre capire, da un lato, cosa si intenda per interesse e quando ricorra l’arretramento e, dall’altro, cosa costituisca una violazione dei diritti del titolare dell’interesse.

I modelli cui si fa riferimento al fine di circoscrivere la nozione di interesse sono due: il primo, definito *want-regarding*, fonda la nozione di interesse sulla volontà e sui desideri della persona e, in particolare, sulle cose che rappresentano elementi del suo benessere⁴⁰; il secondo, chiamato *ideal-regarding*, individua il novero degli interessi dei soggetti in relazione «a ciò che sarebbe ideale o sarebbe meglio per loro, nonostante la loro volontà, ovvero ai desideri che dovrebbero avere a prescindere dal fatto che essi in realtà li abbiano o meno»⁴¹. I liberali, i quali attribuiscono massimo rilievo all’autonomia e alla volontà della persona, privilegiano il primo modello; i paternalisti e i moralisti, che impongono gli interessi che è “bene” o “giusto” avere, si basano sul modello idealtipico. Ne deriva che il danno o il pericolo di un danno nei riguardi di un soggetto è trattato in modo diverso dalle regole derivanti dal principio del danno e dal paternalismo; il *discrimen* tra i due principi deriva - oltre che dall’adesione a una nozione di interesse *want-regarding* o *ideal-regarding* - dall’importanza

⁴⁰ FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., pp. 43 ss., l’autore ritiene che affinché venga in essere un interesse è necessario che sussista un desiderio forte e stabile, non si considerano i desideri passeggeri, ad. es., l’improvvisa voglia di gelato in un giorno d’estate.

⁴¹ *Ibidem*, p. 67.

che attribuiscono al consenso prestato. Il principio del danno - così come il paternalismo *soft* - sostiene che un terzo non possa danneggiare un soggetto salvo che questo non vi abbia acconsentito espressamente. Dunque, il consenso al danno agisce come causa di giustificazione poiché la massima *volenti non fit iniuria*, espressione diretta del principio di autodeterminazione e del riconoscimento dell'autonomia personale come sovranità su se stessi, fa venire meno l'antigiuridicità del comportamento lesivo e, così, l'illiceità del fatto. Il paternalismo *hard*, invece, ritiene che un terzo non possa danneggiare un soggetto, anche se questo vi acconsente. Pertanto, la legge paternalistica annulla il giudizio del soggetto che ha prestato il consenso all'azione dannosa nei suoi confronti e restringe la sua libertà per (ciò che è considerato) il suo bene, prescindendo dai suoi reali desideri e preferenze. Se il principio del danno non prevedesse la clausola di esclusione della responsabilità - derivata dalla massima del *volenti non fit iniuria* - in presenza del consenso espresso, sarebbe un principio equivalente a quello del paternalismo e non vi sarebbero differenze. La medesima conseguenza, nel senso opposto, si avrebbe nel caso in cui il paternalismo prevedesse la clausola di esclusione.

Dopo aver chiarito la nozione di interesse, può essere esaminato il concetto di "arretramento di un interesse". Quest'ultimo ricorre solo quando una determinata condotta ha "effetti deleteri" su un interesse⁴², cioè quando gli interessi subiscono un'interferenza che incide negativamente su di essi in maniera duratura e non passeggera,

⁴² Cfr. VON HIRSCH A., *I concetti di "danno" e di "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica anglo-americana*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*. op. cit., 2008, pp. 29 ss. L'autore piuttosto che utilizzare il termine "arretramento", preferisce quello di "interferenza" o "intrusione". Egli spiega che in molti casi l'intrusione ha effetti deleteri sull'interesse (ad es. un furto interferisce con il diritto di proprietà di un individuo), ma vi sono dei casi in cui l'atto dannoso non determina un "arretramento di interessi", tuttavia si riscontra ugualmente un'intrusione, una violazione (es. entrare senza autorizzazione in un appartamento). Dunque, per tale autore gli interessi possono essere danneggiati da qualsiasi intrusione, non solo da quella che ne determina un peggioramento o una perdita di valore.

lasciando il titolare in una posizione deteriore - in modo sufficientemente stabile o comunque per un lasso di tempo significativo - in relazione a uno o a più elementi del suo benessere o rispetto alla realizzazione o al progresso dei suoi obiettivi. Feinberg muove dal presupposto che i diversi interessi di una persona, prima di venire in relazione con eventi che li promuovono o li pongono in uno stato deteriore, si trovano in una certa posizione. Per determinare gli effetti che una condotta può avere su un interesse, bisogna fare riferimento alla posizione che quest'ultimo ricopriva prima che la condotta medesima intervenisse. Se la posizione dell'interesse è regredita - e il pregiudizio è stato inflitto in violazione dei diritti della persona che lo patisce - allora si avrà un danno⁴³.

Per Feinberg le sensazioni sgradevoli quali il disgusto, l'irritazione, il turbamento della sensibilità, l'imbarazzo, l'ansia e la rabbia, vanno ricondotte alla nozione di *offense*, salvo che non rappresentino il sintomo o la conseguenza di un danno precedente o concomitante oppure diano causa ad un danno - evenienza che si verifica quando raggiungono un'intensità e una gravità tali da preoccupare chi li patisce al punto di impedirgli di perseguire i propri interessi⁴⁴.

Il secondo elemento della nozione di danno, necessario insieme a quello di arretramento di un interesse affinché l'interferenza statale sia legittima, è costituito dalla violazione dei diritti del titolare dell'interesse. Difatti, la coercizione penale può trovare legittimazione soltanto innanzi a un interesse tutelato dall'ordinamento giuridico, pertanto è necessario individuare quali siano tali interessi. Per Feinberg in linea di principio tutti gli interessi, ad eccezione di quelli malvagi o morbosi, possono invocare la tutela dello Stato.

⁴³ FEINBERG J., *Harm to Others*, op. cit., pp. 52 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 49.

Aggiungendo che «una pretesa diventa valida, e perciò un diritto, quando ha un supporto razionale, non soltanto pertinente e convincente, ma decisivo»⁴⁵. In particolare, l'autore fa riferimento agli interessi inerenti al benessere (*welfare interests*), essi sono interessi che generalmente ciascuno ha e compendiano le condizioni minime necessarie per il benessere dell'uomo. L'autore individua nella categoria dei *welfare interests* l'interesse a una durata accettabile della propria vita e a un livello minimo di salute fisica e mentale, l'integrità del proprio corpo, la stabilità emotiva, l'assenza di ansie e risentimenti, la capacità di intrattenere normali rapporti sociali, l'interesse a un minimo di sicurezza economica, a un ambiente sufficientemente salubre, a un adeguato spazio di libertà da interferenze e coercizione⁴⁶. Per individuare tali interessi, il legislatore dovrà fare riferimento alla persona *standard*.

Altro gruppo di interessi meritevoli della tutela penale sono gli interessi pubblici. Feinberg ritiene che si possano distinguere due concezioni, strettamente connesse, di interessi pubblici. La prima concezione li definisce come «l'insieme degli specifici interessi del medesimo tipo posseduti da un vasto ed indefinito numero di soggetti privati»⁴⁷, invece, la seconda come «l'interesse che tutti i membri di una comunità, o la maggior parte di essi, hanno nella medesima *res*»⁴⁸. In quest'ultima categoria rientra l'interesse alla prosperità economica del paese, l'interesse che non si verifichino disastri pubblici (guerre, epidemie, carestie, odio sociale e inciviltà), l'interesse che vengano

⁴⁵ *Ibidem*, p. 215.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 223 s. L'autore riferisce che sono danni pubblici quelli «cagionati da un'attività generalmente pericolosa che non minaccia nessuna persona specifica individuabile in anticipo, ma quasi chiunque si trovi ad essere in una situazione passibile di essere intaccata (...). L'avvelenamento delle riserve idriche di una città causerebbe un danno pubblico (...) a un numero indefinito di persone».

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 223 ss.

garantite le funzioni pubbliche, dalla raccolta dei rifiuti, all'illuminazione stradale, dal servizio postale al mantenimento dell'ordine pubblico.

Questo gruppo di interessi deve essere trattato con una certa cautela, in quanto la vaghezza del concetto permetterebbe di giustificare interferenze statali alla luce del principio del danno quando, in realtà, sarebbero riconducibili ad altri principi tradizionalmente non condivisi dai liberali. A tal proposito, il giudice Devlin, moralista convinto, giustificava l'intervento penale al fine di impedire un danno alla società. E così, appropriandosi dell'argomentazione fondata sul danno quale criterio di legittimazione del diritto penale, puniva le condotte immorali perché ritenute socialmente dannose. Più in generale nell'ambiente giusfilosofico angloamericano, a partire dagli anni '90, un orientamento conservatore ha fatto proprio il concetto di danno e ha giustificato la criminalizzazione di numerose condotte (dalla prostituzione alla pornografia, fino al consumo di droga e alcool), la cui punizione in precedenza veniva invocata in forza del moralismo giuridico, sulla base dell'*harm principle*. Ciò, ad avviso di alcuni autori, è dovuto all'atecnicità del concetto di danno, passibile di essere riempito nella sua dimensione normativa con i più disparati valori, per sostenere i propri valori non apertamente, bensì celandoli dietro la condivisa nozione di *harm*⁴⁹.

Feinberg riconosce che le leggi penali possono essere giustificate, da un lato, dal bisogno di proteggere gli individui dalle conseguenze dannose delle loro azioni e, dall'altro, dalla necessità di

⁴⁹ Cfr. SMITH S.D., *The Hollowness of the Harm Principle*, University San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n.17, 2004; HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle*, *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 90, n.1, 1999; DICIOTTI E., *Il principio del danno nel diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1997, n.3, pp. 366 s. ove l'autore sostiene che il contrasto tra *harm principle* e moralismo giuridico è molto più sfumato e dipende dal contenuto morale che si dà alla nozione di danno.

prevenire un danno sociale in generale. Con riguardo al vasto campo dell'incolumità, della sicurezza e dell'integrità personale, per esempio, o dei rischi riguardanti incidenti agevolati da condotte azzardate dell'interessato, alcuni autori ritengono che l'interesse pubblico sia sempre coinvolto. Pensiamo ai costi sociali sul piano del sistema sanitario pubblico che deve sostenere lo Stato quando un individuo noncurante, spericolato e senza casco di sicurezza incorre in un incidente stradale⁵⁰. Il suicidio e l'omicidio del consenziente sono casi particolari giacché l'azione lesiva, talvolta, non danneggia nessuno direttamente, anzi avvantaggia i superstiti che, per esempio, non devono sostenere i costi di mantenimento di un soggetto bisognoso di cure costose. Per questa ragione Feinberg suggerisce di distinguere tra atti *other-regarding* le cui azioni si ripercuotono su altri, suscettibili di subire una limitazione da parte dello Stato; e condotte direttamente *self-regarding* e solo indirettamente e minimamente *other-regarding*, immuni dall'interferenza paternalistica⁵¹.

3. IL PATERNALISMO SECONDO JOEL FEINBERG

Feinberg definisce con il termine "*legal paternalism*", il principio illiberale secondo cui «è sempre una buona ragione a sostegno di una proibizione il fatto che essa sia necessaria per prevenire un danno

⁵⁰ ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 157 ss. L'autore, ritenendo che quasi tutte le azioni umane siano etero-dirette, e dunque potenzialmente produttive di danni ad altri, crede che l'intervento del legislatore penale non sarebbe espressione di un *hard paternalism*, in quando si giustificherebbe in base al principio del danno. Inoltre, riguardo all'obbligo di utilizzare il casco per la moto o la cintura di sicurezza dell'auto, ritiene che costituisca una lieve interferenza nella libertà del singolo, pertanto sopportabile e non eccessivamente invadente.

⁵¹ Anche qui è chiaro il riferimento a Mill, il quale distingue «la sfera che concerne l'individuo», dalla »sfera che concerne la società».

fisico, psicologico o economico allo stesso agente»⁵². Nonostante ritenga tale termine infelice, tuttavia decide di adottarlo poiché divenuto di uso comune in occasione del successo riscosso a seguito dell'acceso dibattito nato tra Hart e Devlin⁵³.

Feinberg considera il termine "paternalismo" inappropriato per due ragioni. Innanzitutto, ha una connotazione negativa e nessuno, anche i paternalisti convinti, ammetterebbero di esserlo. Tale termine suggerisce l'idea che lo Stato si pone come genitore nei confronti dei propri cittadini e, tratta gli adulti come se fossero dei bambini. Questa visione sembra essere talmente oltraggiosa che potrebbe indurci a pensare che nessuno confesserebbe di essere un paternalista⁵⁴. Un altro motivo per il quale il termine paternalismo è ritenuto infelice, risiede nel fatto che le ragioni alla base della sua giustificazione potrebbero apparire altruistiche, cioè si potrebbe credere che lo scopo dell'ingerenza da parte dello Stato sia proteggere gli interessi della persona (per il suo bene), ma in realtà le attitudini, le pratiche e le norme nasconderebbero fini tutt'altro che altruistici⁵⁵. Poiché Feinberg ritiene che il paternalismo si distingua secondo il fine (benevolente o non benevolente), individua due significati diversi del termine paternalismo che, a un'attenta osservazione, sembrano collapsare nella

⁵² FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., p. 4.

⁵³Il dibattito tra i due è divenuto talmente celebre che il termine "*legal paternalism*" è divenuto di uso comune tra i teorici di entrambe le correnti. V. FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., p. 375, nota 2. Per una trattazione più compiuta del dibattito tra Hart e Devlin: cfr. Cap. IV, § 1.1.1.

⁵⁴La medesima critica è condivisa da MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, p. XII, op. cit., ove afferma: «Ancora più difficile è confessare agli altri di essere paternalisti. Significa avere il coraggio di guardare qualcuno dritto negli occhi e dirgli che ciò che vuole, desidera, la sua volontà, razionalmente e liberamente formatasi, non vale molto. (...) Tra coloro che sanno di essere paternalisti, non tutti, infatti, confessano al mondo di esserlo».

⁵⁵*Ibidem*, p. XII, nota 2, in cui l'autore sostiene che alcuni paternalisti «sono perfettamente consapevoli di usare, strumentalmente la retorica paternalista (*È per il tuo bene*) per promuovere ideali clericali, razzisti, omofobi, cioè sono consapevoli che tali ideali non tutelano né garantiscono *gli interessi* di coloro il cui bene tali ideali dovrebbero tutelare».

distinzione tra paternalismo *hard* e *soft*. Il primo - denominato paternalismo degno di biasimo (*presumptively blamable paternalism*) - consiste nel trattare gli adulti come se fossero dei bambini (obbligandoli ad agire in un certo modo o facendoli astenersi dal compiere una certa azione), al fine di tutelare (ciò che è considerato) il loro bene - *benevolent paternalism* - oppure il bene di altre parti - *nonbenevolent paternalism* - prescindendo dai loro veri desideri e volontà. Affinché un'autorità governativa sia accusata di "*nonbenevolent paternalism*", è necessario che il trattamento sia arbitrario, superfluo ed espressivo di una mancanza di fiducia nei confronti del soggetto la cui libertà è limitata. Il secondo - denominato *presumptively nonblamable paternalism* - l'unico tipo di paternalismo giustificato da Feinberg, consiste nel difendere gli incapaci o le persone vulnerabili dai pericoli esterni, incluso il danno da altri, quando le parti protette non hanno volontariamente accettato il rischio⁵⁶.

Nell'opera *Harm to Self* Feinberg si occupa solo del *presumptively blamable benevolent paternalism*, ossia di quelle interferenze sulla sfera soggettiva individuale, poste in essere "per il bene" del destinatario dell'ingerenza (ove il soggetto sia adulto, razionale e consapevole)⁵⁷. Questa precisazione delinea con nettezza la posizione "*soft*" di Feinberg, il quale sembra escludere che un intervento coercitivo nella

⁵⁶ *Ibidem*, p. 5. Un esempio di intervento paternalistico "benevolente" si verifica quando il genitore si precipita dal figlio per "salvarlo" da un ragazzo più grande di lui che ha intenzione di dargli un pugno. Lo Stato è analogamente paternalistico quando crea delle norme contro l'abuso sui minori, e applica una legislazione che tutela i bambini. Per Feinberg il miglior esempio di *presumptively nonblamable paternalism* è espresso dal principio di legge anglo-americano conosciuto con il nome di *parens patriae*. In virtù di questo principio le corti americane riconoscono allo Stato il potere di tutela sui minori e sulle persone legalmente incapaci, conferendogli il diritto/dovere di proteggere i loro interessi. Principalmente lo Stato invoca questo principio per proteggere gli incapaci dai danni causati da altri ma il principio prevede anche la protezione da danni contro se stessi.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 7.

sfera individuale di un soggetto incapace possa considerarsi paternalistica.

Feinberg critica il paternalismo poiché pone dei limiti stringenti alla libertà di una persona e autorizza altri a intervenire per correggere la sua scelta sul presupposto di conoscere meglio i suoi bisogni. In questo senso, il paternalismo presuppone che lo Stato conosca meglio gli interessi degli individui che gli individui stessi, è come un guardiano perenne di questi interessi, perfino contro la libera scelta della persona, che dovrebbe essere sovrana. Posto in questi termini, il paternalismo appare irragionevole perché se gli adulti vengono privati del loro diritto di scegliere per se stessi, di conseguenza perderanno la capacità decisionale e di giudizio. Anche i bambini, a un certo punto, devono essere trattati come adulti per renderli responsabili delle loro azioni. Per Feinberg, tutte le restrizioni della libertà sono moralmente offensive poiché invadono la sfera dell'autonomia personale - nella quale tutti gli individui adulti, responsabili e competenti dovrebbero essere sovrani - perciò giustifica l'uso della coercizione nella sfera di autodeterminazione individuale solo quando la condotta autolesiva appaia non pienamente volontaria, e il consenso dell'interessato non sia genuino⁵⁸.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15.

4. TIPI DI PATERNALISMO

4.1 Paternalismo coercitivo e paternalismo non coercitivo

Feinberg suggerisce di distinguere tra i comportamenti paternalisti non coercitivi e le leggi paternaliste coercitive che limitano la libertà⁵⁹. Come osservano Gert e Culver, un atto paternalistico non deve necessariamente essere coercitivo o interferire con la libertà di azione di un individuo⁶⁰. Il contesto medico offre molti esempi di paternalismo non coercitivo. Consideriamo il caso del dottore che mente a una donna sul punto di morte dicendo che suo figlio sta bene, nonostante sappia che il figlio è stato ucciso mentre tentava di scappare da una prigione, dopo essere stato accusato di stupro e omicidio.

L'unica cosa in comune tra questo tipo di paternalismo e quello delle leggi penali è che il trattamento, l'inganno in un caso e la coercizione nell'altro, è finalizzato al bene delle persone (o quello che si crede sia il bene).

Sebbene, nell'opera *Harm to Self*, Feinberg richiami la distinzione tra paternalismo coercitivo e paternalismo non coercitivo, tuttavia specifica che la sua analisi si concentrerà soltanto sul primo⁶¹.

Secondo Feinberg, una legge coercitiva è paternalista quando lo è la sua ragione di fondo, cioè quando lo scopo perseguito è quello di evitare che il destinatario del precetto agisca in modo da procurare un danno a se stesso. La caratteristica che accomuna le leggi paternalistiche

⁵⁹ Abbiamo visto che nel primo scritto di Feinberg sul paternalismo egli riteneva che la coercizione fosse una componente imprescindibile. Evidentemente il successivo articolo di Gert e Culver è stato determinante affinché includesse anche i comportamenti non coercitivi fra gli i casi di paternalismo. Cfr. Cap. II, § 1.

⁶⁰ GERT B., CULVER C., *Paternalistic Behavior*, op. cit., p. 46.

⁶¹ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 7 ss.

coercitive - sia penali (che minacciano una pena) sia amministrative (che in caso di violazione prevedono una sanzione amministrativa) - è la restrizione della libertà o dei poteri della persona allo scopo di prevenire un danno alla persona la cui libertà è limitata, ovvero per il suo (presunto) bene⁶².

Quali norme debbano essere considerate paternalistiche è una questione controversa per via dei confini incerti tra atti riguardanti se stessi, che producono un danno soltanto al soggetto agente, e atti riguardanti gli altri, che producono un danno a individui diversi dall'agente. Per questo motivo Feinberg distingue le leggi paternalistiche *unmixed*, il cui scopo esclusivo è di impedire agli individui di causare un danno a se stessi (anche acconsentendo ad azioni dannose di terzi), dalle leggi paternalistiche *mixed* che, oltre a impedire il danno a sé sono in parte giustificate da altre ragioni, ad esempio dal desiderio di proteggere terze persone o la società da un danno indiretto. In questo caso la legge è parzialmente paternalistica. Un esempio di legge paternalistica *mixed* potrebbe essere quella che vieta il consumo di stupefacenti, essa infatti, da un lato ha lo scopo di impedire che gli individui si danneggino, dall'altro ha lo scopo di prevenire i reati a danno di terzi (incluso il danno alla società) che i consumatori potrebbero commettere. Per Feinberg una vita non produttiva, votata all'uso di sostanze stupefacenti potrebbe essere "*no one else's business*" quando uno, cento o dieci mila persone utilizzano tali sostanze per libera scelta. Tuttavia, quando il 10% dell'intera popolazione sceglie di vivere così, diventa parassita, e si arriva al limite di un serio danno pubblico, e se il 50% della popolazione optasse per un uso massiccio di sostanze stupefacenti, diventerebbe una situazione insostenibile. Un altro esempio di legge paternalistica *mixed* potrebbe essere quella che vieta di fumare nei luoghi pubblici.

⁶² *Ibidem*, p. 16.

Invero, lo scopo sarebbe evitare un danno al fumatore e impedire un danno a terzi, vittime del fumo passivo.

4.2 *Soft paternalism versus Hard paternalism*

Feinberg introduce un'importante distinzione tra paternalismo *hard* e paternalismo *soft*, che dipende essenzialmente dalla natura volontaria o meno della scelta del soggetto con la quale si interferisce, al fine di valutare la legittimità dell'ingerenza dello Stato nell'autonomia della persona⁶³.

Il paternalismo *hard*, o forte, giustifica l'intervento penale diretto a prevenire il danno a sé anche quando la scelta del soggetto autodannosa sia perfettamente volontaria ed espressa in modo consapevole. Questo tipo di paternalismo si fonda sulla necessità di proteggere adulti capaci, contro il loro volere, per evitare conseguenze dannose. Questo principio «impone i suoi propri valori e giudizi sulle persone per il loro stesso bene», e legittima l'interferenza dello Stato nelle condotte *self-regarding* (“auto-referenti”, letteralmente “che riguardano solo se stessi”) di un soggetto, anche senza il suo consenso.

Il paternalismo *soft*, o debole, ritiene che lo Stato abbia il diritto di prevenire le condotte auto-dannose di un soggetto (e prive di effetti diretti a danno di soggetti terzi), se e solo se tali condotte siano sostanzialmente involontarie, oppure fino a quando non venga accertato che davvero l'azione sia frutto di una scelta volontaria dell'agente. Analogamente, quando sono coinvolte due parti, l'accordo che abbia ad oggetto la condotta di uno a danno dell'altro regge solo

⁶³ Alcuni autori utilizzano la denominazione di paternalismo dispotico e paternalismo tutorio in luogo del termine “paternalismo *hard*” e “paternalismo *soft*”. V. SPENA A., *Esiste un paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Anno LVII, fasc. 3, 2014, p. 1215 ss.

in quanto il consenso di costui sia valido. Quando non lo è, il paternalismo *soft* consente alla legge di impedire la condotta dannosa al fine di verificare che la scelta sia veramente la sua, e non sia viziata. in quanto l'obiettivo del legislatore dovrebbe essere solo quello di aiutare a realizzare la vera scelta di una persona, e non di proteggerla dal danno in quanto tale.

La posizione di Feinberg è di un paternalismo debole, in quanto si oppone all'ingerenza paternalistica nelle scelte volontarie e auto-dirette di persone adulte e competenti, ma accetta l'imposizione di limiti ad azioni realizzate da persone incapaci o a scelte non volontarie di persone capaci. Nonostante affermi di schierarsi dalla parte del paternalismo *soft*, in realtà egli crede che gli interventi giustificati alla luce del paternalismo debole non siano veramente paternalistici, in quanto tutelare un individuo da una scelta che lo stesso non avrebbe mai fatto volontariamente o se fosse stato capace, non è diverso da proteggere una persona da scelte che altri hanno fatto per lei e, di conseguenza, non si tratta di proteggere la persona da se stessa. In questi termini il paternalismo *soft* sembra costituire l'antitesi del paternalismo, perché presuppone il rispetto della volontà della persona e della sua autonomia individuale. Feinberg ritiene che il *soft paternalism* sia un principio essenzialmente liberale, essendo per lui una sottospecie dell'*harm principle*⁶⁴, e lo annovera, insieme all'*harm* e all'*offense principle*, tra le buone ragioni per l'intervento coercitivo

⁶⁴ Anche Tom L. Beauchamp, ritiene che il paternalismo debole non debba considerarsi una forma di paternalismo ma un principio che deriva da quello del danno ad altri. Egli osserva che quando una persona, inconsapevolmente o involontariamente mette in pericolo se stesso e interveniamo per proteggerlo, non lo proteggiamo da se stesso ma da qualche fattore esterno al suo volere. Il principio del danno ad altri giustifica l'interferenza per proteggere un soggetto da un'azione cui non ha acconsentito in maniera consapevole e volontaria; il *soft paternalism* produce lo stesso risultato, cfr. BEAUCHAMP T. L., *Paternalism and Bio-behavioral Control*, op. cit., p. 67, come riportato da Feinberg in *Harm to Self*, op. cit., p. 13.

dello Stato⁶⁵. Tuttavia, per evitare di confondere le idee, il filosofo decide di adottare i termini *standard* di paternalismo forte e debole, «continuando a mormorare in *sotto voce* che il *soft paternalism* non è paternalismo»⁶⁶.

4.3 *Paternalismo diretto e Paternalismo indiretto*

Un'altra importante distinzione è quella tra leggi paternalistiche applicate al singolo individuo (ad esempio, le leggi che proibiscono il suicidio, l'automutilazione, l'uso di droghe) - paternalismo diretto - e leggi paternalistiche che si applicano a due soggetti (ad esempio, le leggi che proibiscono l'eutanasia, il duello, le mutilazioni genitali femminili e la vendita di droga) - paternalismo indiretto⁶⁷. Nel primo caso, ritenuto da Feinberg ingiustificabile, lo Stato limita coattivamente la sovranità di un determinato individuo nei confronti di azioni dannose o potenzialmente dannose che riguardano solo se

⁶⁵ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 15. Occorre evidenziare che, per Feinberg, la necessità di evitare che le persone danneggino se stesse non volontariamente non giustifica proibizioni di natura *stricto sensu* penale, ma solo altre forme di limitazione della libertà di carattere non sanzionatorio. Egli fa riferimento a strumenti di intervento di carattere non punitivo, come l'invalidità dei contratti, condanne civili, dinieghi di permessi, ordini restrittivi temporanei. Anche altri autori ammettono norme paternalistiche a condizione di utilizzare la sanzione amministrativa piuttosto che quella penale. Cfr. CADOPPI A., *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, Criminalia 2011, pp. 232; VON HIRSCH A. *I concetti di "danno" e di "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica anglo-americana*, op. cit., pp. 31-32.

⁶⁶ FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., p. 16. Ritengono che non possa trattarsi di un vero e proprio paternalismo (in riferimento al *soft paternalism*) anche CANESTRARI S. e FAENZA F., *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 170.

⁶⁷ Cfr. DWORKIN G., *Paternalism*, op. cit., pp.110 ss., l'autore etichetta come paternalismo puro quello che si applica a un solo soggetto (*single-party case*) e paternalismo impuro quello che si applica a due soggetti (*two-party case*). Feinberg preferisce utilizzare i termini "paternalismo diretto" e "paternalismo indiretto".

stesso. Tale approccio non è giustificabile in una prospettiva *liberal* poiché non implica danni o rischi nei confronti di terzi o per la società in generale. Tuttalpiù, nei casi di paternalismo diretto si potrebbe ammettere la sanzione amministrativa (meno invasiva rispetto a quella penale) per incoraggiare gli individui a non farsi del male, senza però proibire del tutto l'azione dannosa, né condannandola moralmente, ipotesi che dovrebbe essere riservata alle sole condotte produttive di un danno ad altri⁶⁸. Questa soluzione è stata adottata nei casi di contravvenzione all'obbligo di utilizzo di caschi e cinture di sicurezza, e nelle ipotesi di divieto di fumo nei luoghi pubblici. Diverso è il caso di condotte autolesive che arrecano un danno alla vita, poiché il danno è irreparabile. Invero, nelle ipotesi di suicidio (*manu propria*) non si può condannare il suicida poiché sarebbe troppo tardi per punirlo; né sarebbe opportuno condannare il tentato suicidio, giacché chi tenta il suicidio difficilmente avverte il messaggio dissuasivo della sanzione a causa dello stato psicologico che l'ha indotto a compiere l'atto e, in ogni caso, sottoporre a pena il suicida mancato equivarrebbe a infierire nei confronti di una persona che già soffre abbastanza. In questi casi, si potrebbe ammettere un "paternalismo limitato" nel tempo, volto a determinare se la scelta dell'individuo sia volontaria e non viziata. Trascorso il tempo necessario per la verifica della volontarietà, se l'individuo persiste nel voler porre fine alla sua vita, lo si dovrebbe lasciare libero di farlo⁶⁹.

⁶⁸ Come rileva CADOPPI A., *Liberismo, paternalismo e diritto penale*, op. cit., p. 110, «mentre la pena avrebbe (anche) una funzione "denunciatoria" della immoralità o della contrarietà alla società del fatto commesso, la stessa cosa non varrebbe per gli illeciti amministrativi; qui la sanzione avrebbe piuttosto una funzione preventiva, volta a ridurre il numero degli illeciti commessi».

⁶⁹ Tale prospettiva è adottata da VON HIRSCH A., *Direct Paternalism: Punishing the Perpetrators of Self-Harm*, Intellectum, 5, 2008, pp. 7 ss. Anche Mill ritiene che l'autorità sia legittimata ad intervenire per proteggere le persone dall'insipienza e dai limiti cognitivi. Nel famoso esempio dell'individuo intento ad attraversare un ponte pericolante, egli afferma che bisognerebbe intervenire per accertarsi che l'individuo non sia ignaro del rischio che sta correndo. Se la persona (adulta e sana di mente) è pienamente consapevole del pericolo che lo attende,

Nei casi di paternalismo indiretto, invece, sono coinvolti due individui: una parte compie l'azione e l'altra subisce l'azione dannosa, acconsentendovi. «I casi con due parti rientrano nell'ipotesi di paternalismo allorché il consenso di una parte (A) all'azione dannosa di un terzo (B) non attribuisce a quest'ultimo il permesso di fare ciò che la prima parte vuole che le si faccia (*o ciò cui essa acconsente*). Se la seconda parte (B) tuttavia esegue l'accordo, sarà punita perché avrà violato la legge. La legge mira a impedire che la prima parte abbia ciò che desidera sia fatto ed in tal modo interferisce con la sua libertà, ritenendo di sapere meglio cosa è bene per lei. Perciò, la legge è paternalistica verso la prima parte, anche se il reato che la legge stessa prevede è commesso dalla seconda parte»⁷⁰.

Feinberg ci fornisce un esempio per comprendere meglio il paternalismo indiretto: se A si rivolge a B per un prestito, cui applica un interesse del 50% in violazione delle leggi sull'usura, sarà B ad essere punito per aver violato la legge che proibisce i prestiti a tassi usurari. Anche se la sanzione non è applicata direttamente ad A, la sua libertà è limitata dalla legge, dunque la legge è paternalistica nei confronti di A.

Feinberg ritiene che il paternalismo indiretto sia ingiustificabile, infatti, la massima *volenti non fit iniuria* esclude la penalizzazione di una condotta quando un soggetto vi abbia acconsentito, purché il consenso sia stato espresso liberamente da persona adulta, razionale e consapevole. Invero, il consenso del titolare dell'interesse ad una lesione a lui stesso cagionata da altri costituisce una rinuncia al proprio diritto, ed esclude che si possa configurare un *wrong*, ossia la violazione di un diritto, che rappresenta insieme al presupposto dell'arretramento di interessi una componente fondamentale della

allora bisogna lasciarla libera di agire. Cfr. MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 117.

⁷⁰ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 9.

nozione di danno ad altri⁷¹. In assenza del requisito del *wrong*, non sussiste l'*harm* che legittima l'imposizione di un divieto penale. In virtù di questa massima, un individuo potrebbe acconsentire anche a che gli siano lesi beni supremi, quale la vita stessa, potrebbe decidere di diminuire la propria libertà di azione, ma più importante è il diritto che viene leso, più meticolosa deve essere l'indagine sulla volontarietà del consenso⁷².

In breve, nei casi di paternalismo diretto la classe di persone la cui libertà è limitata dalla minaccia, coincide con la classe di persone cui si vuole promuovere il beneficio. Esempio: fare del suicidio un crimine, esigere che i passeggeri utilizzino le cinture di sicurezza, o che i testimoni di Geova ricevano la trasfusione di sangue. Nei casi di paternalismo indiretto, per proteggere il benessere di una classe di persone restringiamo la libertà di altre persone.

5. ANALISI DELLA SOFT PATERNALIST STRATEGY

Al fine di procedere all'analisi della *soft paternalist strategy* sostenuta da Feinberg, bisogna approfondire due concetti fondamentali della sua teorizzazione: quello di autonomia e sovranità personale, come diritti e valori fondamentali, e quello di volontarietà della scelta.

⁷¹ Il concetto di danno è stato trattato più compiutamente nel § 2.1 di questo capitolo.

⁷² A questo proposito V. Cap. II § 5.3.

5.1 Autonomia e sovranità personale come diritti e valori fondamentali

L'autonomia rimanda alla facoltà di governarsi da sé, per Feinberg, un diritto che implica una sovranità assoluta su se stessi. Tale diritto è intangibile e, di conseguenza, la scelta autonoma dell'individuo è intangibile dal diritto, salvo che vada ad invadere la libertà altrui, procurando un danno o una molestia ad altri. Questa sovranità assoluta su se stessi funziona soltanto se la scelta dell'agente è volontaria, perché se così non fosse la scelta non sarebbe più espressione della sua autonomia personale. Per Feinberg, l'autodeterminazione è un valore in sé, non bilanciabile con altri interessi, significa libertà da intromissioni esterne, indipendentemente dal fatto che le scelte compiute siano imprudenti, svantaggiose o auto-dannose⁷³. Rientra nel modello dell'azione autolesiva sia l'azione autodiretta, la cui lesione ricade direttamente su chi la compie, sia quella eterodiretta, eseguita *manu aliena* da chi, con il mio consenso, lede un mio interesse.

L'interpretazione più interessante del concetto di autonomia che ci offre Feinberg è quella dell'autonomia come diritto, che si fonda sulla metafora del territorio e, in particolare, sull'analogia tra sovranità personale e sovranità dello Stato⁷⁴. Il filosofo, utilizza

⁷³ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 59, ove l'autore afferma che «la vita che una persona mette in pericolo con la sua stessa imprudenza è dopotutto la sua vita; appartiene a lei e a nessun altro. Soltanto per questa ragione, l'individuo deve essere il solo a decidere - nel bene e nel male - cosa deve essere fatto in quel regno privato ove gli interessi degli altri non sono direttamente coinvolti».

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 27 ss. Feinberg ritiene che la parola autonomia può significare: 1) capacità di governare se stessi (corrisponde alla capacità di fare delle scelte razionali, non è una questione del tutto o niente, bensì una questione di grado); 2) condizione di fatto di autogoverno - *de facto self-government* - (benché una persona possieda la capacità e il diritto di autogovernarsi, deve anche avere l'opportunità di esercitare il suo diritto. A questo fine è necessaria una buona dose di fortuna, altrimenti le circostanze potrebbero distruggere le opportunità che gli si presentano); 3) un ideale di carattere (l'ideale della persona autonoma è quella di persona che si autogoverna come membro di una comunità, in quanto il mondo

un'accezione del termine "autonomia" suggerita dal diritto internazionale, in cui si afferma che gli Stati hanno il diritto sovrano di autodeterminazione sul proprio territorio. Poiché il territorio di una nazione, così come il corpo, è definito dalle sue dimensioni spaziali, si può affermare che nella propria sfera corporea un individuo esercita la sua sovranità in modo assoluto⁷⁵.

Per comprendere quali sono i limiti dell'autonomia personale, dobbiamo analizzare la metafora territoriale utilizzata da Feinberg. Se la sovranità di una nazione si estende sul territorio, comprese le acque territoriali, lo spazio aereo sovrastante e il sottosuolo, allora si può dedurre che lo spazio di autonomia personale sia definito non solo dalla dimensione spaziale in senso stretto, cioè dalla sfera corporea di un individuo, ma anche dallo spazio attorno al corpo dell'individuo (*breathing space*, letteralmente "spazio vitale"). Di conseguenza il nostro diritto (*bodily autonomy*) sarà violato sia quando una persona provoca un danno o arreca una molestia (un disturbo)⁷⁶ al nostro corpo, senza il nostro consenso (ad es. una carezza indesiderata, uno schiaffo, un pugno sul naso, un'operazione chirurgica, una violenza), sia quando, senza toccare realmente il nostro corpo, una persona rimane, senza il nostro consenso, nel nostro spazio personale (ad es. trasmettendo in questo spazio spettacoli, suoni o odori indesiderati).

umano non è costituito da milioni di isole separate che esercitano le loro scelte autonomamente, indipendenti le une dalle altre); 4) autogoverno di diritto - *de jure self-government* - (non è una questione di grado).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 53. Come sottolinea Feinberg, affermare che «io e soltanto io sono sovrano nel mio territorio fisico, significa affermare che io, e soltanto io, decido cosa accade al suo interno». Alla stessa stregua, Mill afferma che: «su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l'individuo è sovrano». MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 28.

⁷⁶ Per un approfondimento della nozione di molestia o disturbo in senso feinberghiano si veda Cap. IV, § 1.2.1.

Uno degli elementi dell'autonomia personale è proprio il diritto alla *privacy*⁷⁷.

Il diritto di scegliere e prendere decisioni che si ripercuotono sul nostro corpo (*bodily territory*) è una competenza discrezionale che implica sia diritti negativi (ad es. il diritto di non essere sottoposto all'operazione contro il mio consenso), sia diritti positivi (ad es. il diritto di essere operato se la mia scelta è volontaria e il chirurgo è favorevole all'intervento)⁷⁸. Pertanto, il nostro diritto è violato non soltanto quando ci viene imposta un'operazione chirurgica contro il nostro consenso ma anche quando ci negano un intervento da noi desiderato. A riguardo, Feinberg pone l'esempio di un uomo o una donna che decidono di sottoporsi volontariamente a un'operazione chirurgica che li renderà sterili. Se il medico è disponibile a eseguire l'operazione, l'autonomia verrebbe violata qualora lo Stato vietasse l'intervento sulla base di giustificazioni moralistiche o di prudenza. Per Feinberg, se nessun altro interesse è coinvolto, la decisione spetta soltanto alla persona che decide di sottoporsi all'intervento. Dunque, l'essenza della nozione di autonomia è racchiusa nel «diritto di decidere come si vuole vivere la propria vita, e in particolare, quali decisioni prendere riguardo agli aspetti cruciali della propria esistenza»⁷⁹. Nello specifico, il filosofo si riferisce a quale corso di studi o carriera intraprendere, quali competenze coltivare, chi sposare, a quale fede appartenere, decidere se avere figli, come utilizzare la propria proprietà o beni, quali informazioni personali divulgare e quali tenere segrete e così via.

⁷⁷ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 54, ove l'autore ribadisce che «nella mia terra, al di fuori di casi eccezionali nei quali entra in gioco il pubblico interesse o i corrispondenti diritti dei proprietari delle terre confinanti, io e soltanto io posso decidere cosa deve accadere».

⁷⁸ *Ibidem*, p. 52 ss. Ciò significa che il consenso costituisce un presupposto necessario per il trattamento lecito del proprio corpo nei modi richiesti.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 54.

L'analogia tra Stato e cittadino è stata criticata da Shafer Landau, il quale afferma che: «non possiamo desumere l'illegittimità del paternalismo statale solo dimostrando l'illegittimità dell'interferenza internazionale in uno Stato che non viola alcun diritto, *perché* i principi che identificano i limiti dell'interferenza internazionale nella sovranità nazionale possono essere diversi da quelli che individuano i giusti limiti dell'interferenza dello Stato nella vita dei suoi cittadini. La ragione di questa differenza si ritrova nel fatto che lo scopo del diritto internazionale può essere diverso da quello del diritto penale interno»⁸⁰. Pertanto, secondo Shafer-Landau, l'argomento di Feinberg in tema di analogia può affermarsi solo se riteniamo che gli scopi del diritto penale nazionale e del diritto internazionale siano identici.

5.2 I limiti della sovranità personale

L'analogia tra la sovranità statale e la sovranità personale presenta una debolezza nella definizione dei limiti. Secondo Feinberg uno Stato politicamente indipendente è sovrano sul proprio territorio esattamente come l'individuo è sovrano sul proprio corpo. Tuttavia nel primo caso, i confini sono delimitati in modo netto dai Trattati e dalle Convenzioni Internazionali⁸¹, mentre, nel secondo caso i limiti dell'autonomia individuale sono controversi, in quanto il "territorio personale" non è facilmente determinabile. Pertanto è necessario stabilire dei criteri che ci permettano di delimitare i "confini" della

⁸⁰ SHAFER-LANDAU R., *Joel Feinberg e i limiti del paternalismo giuridico*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 112.

⁸¹ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 52, in realtà l'autore evidenzia che «anche i confini territoriali di una nazione sono soggetti a dispute, per esempio su quale debba essere l'estensione dell'atmosfera o la distanza dalle coste».

sovranità personale⁸². Ciascuno dei principi di limitazione della libertà, se combinati con la teoria dell'autonomia personale, offrono una spiegazione di quale sia il legittimo dominio personale di ciascuno. Secondo il nostro autore, il principio del moralismo - che ammette solo scelte e azioni "moralmente" giuste - congiunto al principio del paternalismo - che proibisce azioni auto-dannose - non forniscono dei limiti plausibili in quanto implicano, se interpretati e applicati rigorosamente, uno spazio di auto-governo troppo stretto. Seguendo i criteri offerti da questi due principi, nessuno potrebbe mai prendere (legittimamente) una decisione che sia oggettivamente dannosa e un soggetto non avrebbe altra scelta che conformarsi a ciò che è giusto fare, piuttosto che agire come lui stesso desidera⁸³. Il criterio adottato da Feinberg, in linea con il suo paternalismo debole, è quello derivato dai principi del danno e della molestia, che suggerisce di collocare nella sfera personale tutte le decisioni *self-regarding*, che incidono direttamente solo sugli interessi dell'autore della decisione. Lasciando fuori dall'ambito di esercizio della sovranità personale le decisioni *other-regarding*, che colpiscono gli interessi e la sensibilità di altre persone. D'altronde, se non vi fosse questa distinzione, il paternalismo non solleverebbe alcuna questione, in quanto tutte le restrizioni paternalistiche avrebbero lo scopo di tutelare terze persone e quindi non sarebbero più interamente paternaliste.

Un altro criterio utile per tracciare i limiti dello spazio di autoregolamentazione della persona è suggerito da Gerald Dworkin. Egli propone di far rientrare nella sfera di autonomia personale solo le

⁸² *Ibidem*, p. 55, ove l'autore si interroga sui limiti della sovranità personale: «la mia sfera di sovranità è composta dal mio corpo, dalla mia *privacy*, dai beni e dalla terra di mia proprietà, e forse dalle decisioni di vita fondamentali, ma quali sono i suoi confini territoriali?».

⁸³ *Ibidem*, p. 56, ove Feinberg, facendo un parallelismo con il diritto internazionale, osserva che «è irragionevole pensare che uno Stato intervenga, mediante la coercizione, negli affari interni di un altro Stato per stimolare la crescita dell'economia mondiale, o per migliorare la sua cultura».

scelte di vita *self-regarding* fondamentali - attraverso le quali si esprime la personalità di ognuno (ad es. le scelte che riguardano il matrimonio, la carriera, l'uso di droghe, la libertà sessuale, la pratica di sport pericolosi, il suicidio e l'eutanasia) - escludendo quelle che coinvolgono questioni di importanza minore (ad es. se indossare o no le cinture di sicurezza o se indossare una maglia rossa o verde durante la caccia)⁸⁴. Feinberg ritiene che la sovranità sia un concetto "del tutto o niente", e afferma che se si prende sul serio il modello di sovranità nazionale non si può pesare l'entità dell'interferenza paternalistica nei termini di una maggiore o minore invasione dell'autonomia, poiché qualunque interferenza nelle scelte *self-regarding* costituirebbe una violazione della nostra sovranità⁸⁵. Il filosofo afferma che «un'interferenza insignificante nella sovranità è come una minima invasione della verginità: la logica sottostante i concetti di sovranità e verginità implica che, o si rispetta totalmente il loro valore, o non lo si rispetta in assoluto»⁸⁶.

È evidente che egli non voglia scendere a compromessi col paternalismo, ritenendo che nell'ambito della nostra sovranità, siamo autorizzati a decidere su tutto, anche su questioni apparentemente banali⁸⁷.

⁸⁴ DWORKIN G., *Paternalism: Some Second Thoughts*, op. cit., p. 110, in cui l'autore ritiene che «siamo giustificati a fare in modo che i marinai prendano le precauzioni necessarie, perché questo minimizza il rischio di un danno ad essi al costo di una minima interferenza nella loro libertà».

⁸⁵ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 93, per richiamare la metafora tanto amata da Feinberg, è come se il limite della distanza dalla costa che deve rispettare uno Stato per non violare la sovranità di un altro Stato, fosse di tre miglia piuttosto che dodici o quindici.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 94.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 55, ove l'autore sottolinea che nel diritto internazionale «la sovranità di una nazione è ugualmente violata sia da un singolo peschereccio straniero che naviga nelle sue acque territoriali, sia da uno squadrone militare di caccia che vola sopra la sua capitale. Entrambe costituiscono violazioni del diritto di sovranità, sebbene una, di certo, sia più importante dell'altra. Se una nazione rispetta la sovranità di un'altra nazione, la rispetterà in toto, e non giustificherà la sua violazione sulla base dell'irrilevanza della violazione o da considerazioni di convenienza ed efficienza».

Molti hanno obiettato che il confine tra atti *self-regarding* e *other-regarding* sia controverso e tutt'altro che semplice da definire. Le differenze tra gli individui creano dei problemi nel delimitare tali confini (per esempio, per alcuni motociclisti, indossare il casco, comporterebbe una minima restrizione della libertà personale, ma non sarebbe lo stesso per chi desidera guidare con il vento fra i capelli), ma anche l'individuazione di interessi centrali, fondamentali e fecondi sembra essere non priva del requisito dell'arbitrarietà.

Lo stesso Feinberg riconosce quanto sia labile il confine tra decisioni interamente *self-regarding* e *other-regarding* poiché "nessun uomo è un'isola", e ogni decisione può ripercuotersi sugli altri, ma non crede che vi siano altre alternative plausibili per tracciare i "confini" dell'autonomia personale. Poco importa che il danno a se stessi, che lo Stato intende prevenire, sia significativo, o che la coercizione richiesta per prevenirlo sia minima.

La teoria di Feinberg sulla sovranità, secondo la quale tutto ciò che concerne la sfera di autodeterminazione personale è protetto, in modo assoluto, da ogni interferenza indesiderata, sembra essere messa in discussione quando si ravvisano ipotesi in cui ciò che apparentemente appartiene al dominio sovrano di un soggetto viene utilizzato legittimamente da altri, indipendentemente dal consenso del titolare.

Se Feinberg afferma che il dominio personale di ciascuno concerne il proprio corpo, la propria riservatezza, la propria proprietà e almeno le decisioni vitali, allora non dovremmo accettare che altri facciano uso del nostro corpo o della nostra proprietà senza il nostro consenso. Vi sono, però, delle ipotesi in cui è ammessa un'eccezione che legittima l'utilizzo che altri fanno di ciò che rientra nella nostra sfera di sovranità, poiché i benefici derivanti da tale intrusione sono rilevanti e l'ingerenza subita è minima. Pensiamo all'ipotesi in cui un soggetto, per scappare da un *pit bull* aggressivo che minaccia di

aggrederlo, scavalchi il cancello della nostra proprietà per evitare di essere sbranato. In questo caso, il soggetto che teme per la propria incolumità fisica, data la brevità dell'ingerenza, non ha bisogno della nostra autorizzazione per salvarsi da un'aggressione.

Ancora, possiamo ricorrere al famoso esempio feinberghiano dell'alpinista che occupa una baita di montagna per non morire assiderato. L'alpinista, per sfuggire alla morte per assideramento, si rifugia nella baita senza il permesso del proprietario. Quest'ultimo non presta il suo consenso in quanto assente e, dunque, ignaro del pericolo in cui versa l'alpinista. Feinberg spiega che questo esempio mostra l'ipotesi in cui la sovranità non determina una barriera invalicabile ad un'interferenza legittima. Dunque, come osserva Shafer-Landau, nel caso in cui un individuo abbia disperatamente bisogno di ciò che possediamo, si verificano due ipotesi: o che ciò che è nostro non comprenda tutto ciò che pensavamo; oppure che ciò che credevamo essere nella nostra indisponibilità assoluta non implica una inviolabilità assoluta⁸⁸. Queste due ipotesi dimostrano che quando si deve prevenire un danno significativo e imminente ad un costo relativamente basso, si ammettono interventi paternalistici. In queste ipotesi, la limitazione della sovranità personale è giustificata da ragioni utilitaristiche. È evidente che tali considerazioni si pongono in contrasto con il pensiero antipaternalistico di Feinberg secondo cui la sovranità richiede un'inviolabilità assoluta, perché ammettono di ridisegnare l'ambito di sovranità personale innanzi a situazioni urgenti senza il consenso del titolare del diritto.

5.3 La volontarietà dell'azione autolesionistica

⁸⁸ SHAFER-LANDAU R., *Joel Feinberg e i limiti del paternalismo giuridico*, op. cit., p. 116.

Il concetto di volontarietà della scelta costituisce, insieme a quello di autonomia, il presupposto fondamentale del paternalismo debole. Quest'ultimo, a differenza del paternalismo forte - il quale giustifica il restringimento dell'autonomia al fine di proteggere l'individuo da un danno a sé indipendentemente dalla sua volontà - non giustifica un'interferenza nella libertà individuale quando un soggetto si assume un rischio volontariamente, però se l'azione (o il consenso prestato) non è pienamente volontaria ammette un'interferenza per tutelare l'individuo da scelte pericolose che non sono veramente sue. Pertanto, è opportuno definire cosa si intenda per azione volontaria e, in seguito, analizzare gli *standard* di volontarietà della scelta elaborati da Feinberg, al fine di determinare la soglia della sufficiente volontarietà al di sotto della quale l'azione di un soggetto potrebbe essere legittimamente impedita per prevenire un danno a sé.

Feinberg elabora il «modello della scelta perfettamente volontaria»⁸⁹, secondo il quale una scelta è pienamente volontaria quando:

1) chi sceglie è competente (egli esclude gli animali, i bambini, gli insani di mente e i comatosi);

2) la scelta non è compiuta sotto coercizione o a causa di sottili manipolazioni (suggestioni, ipnosi), o a causa di ignoranza o false credenze o, infine, in circostanze che distorcono temporaneamente le sue facoltà mentali (impulsività, fatica, eccitazione, nervosismo, agitazione, rabbia depressione, droghe, alcool, odio, dolore).

Pertanto sono qualificate perfettamente volontarie «solo le azioni di normali esseri umani adulti nel pieno controllo delle loro facoltà deliberative. Tali persone assumono un rischio in modo perfettamente volontario solo dopo essere state pienamente informate di tutti i fatti e contingenze rilevanti, con gli occhi ben aperti, e in

⁸⁹ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 115, V. il diagramma 20-5 che raffigura il modello di scelta perfettamente volontaria.

assenza di pressioni coercitive. Nella situazione ideale ci deve essere calma, riflessione, nessuna emozione che possa confondere, nessuna coercizione psichica, nessun fraintendimento. Nella misura in cui c'è costrizione, cattiva informazione, giudizio annebbiato (per esempio dall'alcool), o facoltà di ragionamento difettosa la scelta cade al di sotto della perfetta volontarietà»⁹⁰. La scelta di una persona è completamente involontaria o quando non è affatto una scelta (ad esempio, quando un individuo perde tutti i controlli muscolari, ha un infarto e sbanda con l'auto) o quando, a causa di ignoranza, uno sceglie qualcosa di diverso da ciò che vorrebbe scegliere (per esempio, ingerendo polvere di arsenico credendo che sia sale da tavola).

Idealmente bisognerebbe agire in assenza di emozioni, fraintendimenti, e costrizioni nevrotiche, ma nella realtà non possiamo negare che la maggioranza delle nostre azioni sono compiute in circostanze in cui è presente almeno un elemento che fa venire meno il concetto di volontarietà piena. Per questa ragione Feinberg ritiene che il modello da lui elaborato non possa trovare applicazione nella realtà, ma che sia utile ai fini dell'elaborazione del vero *standard* di volontarietà che, essendo graduale, si colloca tra i due poli opposti della perfetta volontarietà e della completa involontarietà. Egli riconosce che il concetto di volontarietà sia difficile da definire in modo assoluto, e che non possa esistere uno *standard* universale della volontarietà sufficiente quanto piuttosto uno *standard* che varia in base alla natura delle circostanze, degli interessi in gioco e dello scopo che deve essere perseguito⁹¹. Tale interpretazione della volontarietà è etichettata con il nome "concezione variabile della volontarietà".

⁹⁰ *Ibidem*, p. 104.

⁹¹ *Ibidem*, pp.113 ss., per Feinberg i criteri che si possono invocare per determinare la volontarietà, come il concetto aristotelico di scelta deliberata, o il *no passion standard* o quello della *faithful expression* sono adeguatamente usati in alcuni contesti e per certi scopi, ma nessuno di loro è usato in tutti i contesti e per tutti gli scopi. Ad esempio, potremmo sostenere che tutti gli atti sessuali intercorsi tra due

Secondo la *soft paternalist strategy*, l'intervento paternalistico sarà illegittimo se l'azione autodannosa di un individuo è sostanzialmente volontaria, cioè quando pur non presentando tutti i requisiti della piena volontarietà, la scelta o il consenso all'azione dannosa da parte di un terzo si avvicina in misura maggiore alla soglia della sostanziale volontarietà. Invece, le azioni autodannose al di sotto della suddetta soglia possono essere legittimamente impedito alla luce del paternalismo debole.

Al fine di determinare la soglia della sufficiente volontarietà, utile a delimitare i confini della sfera di autonomia della persona, Feinberg elabora tre regole empiriche, definite "*standard* variabili della volontarietà"⁹².

1) *Più la condotta è rischiosa, più alto deve essere il grado di volontarietà richiesto.* Poiché lo scopo del paternalismo debole è di evitare che gli individui si danneggino attraverso azioni non pienamente volontarie, vengono richiesti alti *standard* di volontarietà direttamente proporzionali alla gravità del danno che si rischia e alla probabilità che il danno si verifichi. Se il rischio che si verifichi il danno è alto, bisogna accertarsi che l'attore si assuma la responsabilità dell'azione. Se l'azione appare anche irragionevole bisogna verificare se il fine giustifica la probabilità che il rischio si verifichi (cioè se ne valga la pena rischiare tanto) o, se vi è un'alternativa disponibile che implica un rischio minore, se l'attore ne è a conoscenza. Se l'attore è ignaro dell'alternativa meno rischiosa la sua scelta non è abbastanza volontaria. L'unica eccezione ammessa dal paternalismo debole si ha nel caso in cui si sospetta che l'attore sia irrazionale o insano di mente.

soggetti siano non volontari a causa della passione che li coinvolge? O che la decisione di porre fine alla propria vita debba considerarsi volontaria solo quando, chi la prende, non è depresso? O che una persona nevrotica non possa decidere di sposarsi o non possa scegliere la sua professione volontariamente? E, infine, la scelta di assumere un'aspirina è meno volontaria se compiuta da una persona che ha un mal di testa?

⁹² *Ibidem*, pp. 117 ss.

2) Maggiore è l'irreversibilità del danno, maggiore deve essere il grado di volontarietà richiesto. La scelta di porre fine alla propria vita è la più paradigmatica, essa prevede alti *standard* di volontarietà poiché il danno che ne deriva è irreparabile. L'accertamento della reale volontarietà della scelta di morire deve essere effettuato con estremo rigore poiché siamo dinanzi un'ipotesi di danno ad altri giustificato dal consenso del soggetto passivo. Invero, se si appura che la scelta non è volontaria bensì viziata da incapacità, ignoranza, errore o pressioni coercitive, si configurerà un caso di *harm to others*, dunque l'interferenza del diritto penale sarà legittima. Se, invece, il consenso è valido e la scelta non colpisce direttamente gli interessi di nessun altro, la legge non deve interferire nella decisione di un individuo di porre fine alla propria vita⁹³. Nei casi in cui il paziente rifiuti le cure, o l'alimentazione forzata o la respirazione artificiale, il medico o il terzo che attua la volontà (libera e non viziata) del malato non sarà perseguibile⁹⁴. Accertare la volontarietà del consenso è molto arduo nei casi in cui l'individuo non abbia espresso un consenso attuale, ad esempio perché si trova in uno stato di coma irreversibile. In questi casi, in assenza delle dichiarazioni anticipate di trattamento (dette

⁹³ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 14, ove l'autore afferma: « (...) È la sua vita, dopotutto, e di nessun altro, e soltanto la sua scelta dovrebbe determinare il suo destino».

⁹⁴ La dottrina è concorde nel ritenere non illecita la condotta del medico che aiuti il paziente a porre fine alla sua vita: VALLINI A., *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium Iuris*, 2007, pp. 539 ss.; VIGANÒ F., *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, *ivi*, 1/2007, pp. 5 ss.; ID., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto penale e processo*, 2008, pp. 1035 ss.; FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, pp. 227 ss. Invece, per una disamina approfondita delle delicate questioni sottese al tema delle decisioni di fine vita: quali la differenza tra "lasciare morire" e "aiutare a morire", la valutazione del consenso informato del paziente, il problema dell'accanimento terapeutico Cfr. SERRAINO F., *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Torino, Giappichelli, 2010; ARGIROFFI A., BECCHI P., VIOLA A. P., ANSELMO D., *I diversi volti dell'eutanasia: prospettive teologiche, etiche e giuridiche*, Roma, Aracne, 2009; COSTERBOSA M., *"Eutanasia e filosofia morale: l'autonomia e le sue insidie"*, in G. Zanetti (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, Carocci, 2003.

anche “testamenti biologici”), il rappresentante del paziente incapace dovrà ricostruire una presunta volontà della persona in stato di incoscienza, tenendo conto dello stile e del carattere della sua vita⁹⁵.

Un altro esempio di scelta dannosa che comporta, talvolta, una decisione irrevocabile è quella relativa all’assunzione di droghe. Per Feinberg, salvo i casi in cui il soggetto sia affetto da disturbi cognitivi o volitivi, la scelta di fare uso di droghe non dovrebbe essere soggetta ad ingerenze paternalistiche⁹⁶.

3) *Per determinare il grado di volontarietà bisogna valutare le circostanze contingenti.* Vi sono dei casi in cui i soggetti potrebbero subire delle pressioni che in altre circostanze non subirebbero. Supponiamo che un detenuto che abbia già scontato quindici anni di carcere, goda di una diminuzione della pena se accetta di sottoporsi a un esperimento pericoloso per dodici mesi. Se applichiamo gli *standard* di volontarietà appropriati ne dedurremo che la scelta non è pienamente volontaria, perché il detenuto non ha alternative per godere della diminuzione della pena. Dunque, ai nostri fini bisogna stabilire se, in una data circostanza, la decisione è stata presa sotto pressioni coercitive. Feinberg osserva che in alcune occasioni la vita ci offre soltanto alternative infelici, e ci troviamo costretti a scegliere il male minore. Forse non possiamo affermare di scegliere volontariamente un male (poiché la scelta è limitata in partenza), ma sicuramente possiamo scegliere più o meno deliberatamente o

⁹⁵ È questo un argomento degno di autonoma considerazione, che non può essere approfondito in questa sede. Per ulteriori approfondimenti Cfr. DWORKIN R., *“Il dominio della vita: aborto, eutanasia e libertà individuale”*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994; VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, pp. 1594 ss.; CUPELLI C., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pp. 1145 ss.. Invece, per un’analisi del consenso nei *two-party cases* Cfr. § 6.2.

⁹⁶ Nega una giustificazione paternalistica all’uso delle droghe illecite HUSAK D., *Droghe illecite: un test dei limiti morali del diritto penale di Joel Feinberg*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010 pp. 3 ss. Anche Mill era contrario al proibizionismo (MILL, J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., pp. 121 ss.).

possiamo essere più o meno informati in modo «che la scelta che prenderemo possa essere tanto pienamente volontaria quanto sia possibile nelle circostanze»⁹⁷.

5.3.1 Scelte irrazionali e scelte irragionevoli

Feinberg sostiene che ai fini della determinazione della volontarietà si debba distinguere tra scelte irrazionali e scelte irragionevoli. Le prime sono quelle compiute da persone inferme di mente, di conseguenza non sono considerate pienamente volontarie e si ammette l'interferenza statale per evitare che possano essere dannose per sé. L'irrazionalità è legata all'incapacità cognitiva degli individui che li rende incapaci di intendere e di volere. Le azioni di soggetti irrazionali non sono soggette a normali giudizi e valutazioni, le loro scelte possono essere giustificate a causa dello stato in cui versano, cioè piuttosto che essere soggetti a gravi sanzioni penali, si configura un minor grado di responsabilità e viene applicata una sanzione meno grave. Le scelte irragionevoli, invece, sono compiute da persone in pieno possesso delle loro facoltà mentali, e pertanto sono pienamente volontarie. Tali scelte possono essere considerate talvolta imprudenti, spericolate o perverse secondo il punto di vista, ad esempio molte persone razionali ritengono che non valga la pena smettere di fumare e si assumono - volontariamente - il rischio di incorrere in un cancro ai polmoni. Lo Stato, per assicurarsi che la scelta dei fumatori sia perfettamente volontaria, può limitarsi ad assicurarsi che tale vizio sia stato assunto con cognizione di causa, pubblicizzando i rischi e i danni causati dal fumo di sigaretta, in modo

⁹⁷ *Ibidem*, p. 116.

che i fumatori siano sufficientemente consapevoli dei rischi per la salute. Inoltre, può rendere il fumo meno attrattivo aumentando parzialmente i costi delle sigarette, ma non può proibire completamente il fumo, almeno seguendo una politica di paternalismo debole, a chi è pienamente consapevole dei rischi in cui incorre.

A ben vedere, le persone ragionevoli possono compiere scelte irragionevoli, poiché controproducenti rispetto agli interessi personali dello stesso agente, oppure possono agire irrazionalmente quando sono "*temporarily insane*", ossia quando in alcune circostanze la loro razionalità è indebolita, ad esempio perché sotto l'effetto di droghe o di alcool, o perché hanno sbagliato i calcoli. La persona ragionevole generalmente seleziona i mezzi che massimizzano i suoi fini, evita le decisioni impulsive, bilancia i desideri attuali con quelli futuri ma può agire sia irrazionalmente che irragionevolmente⁹⁸. Basti pensare che alcune persone prediligono l'avventura e il rischio rispetto alla tranquillità e alla sicurezza.

Quando qualcuno si assume un rischio, che secondo noi è irragionevole, si ha la tendenza a dissuaderlo dal compiere l'azione rischiosa ma tale irragionevolezza non è incompatibile con la volontarietà. Ne deriva che l'interferenza dello Stato nella libertà di una persona non può essere giustificata dall'irragionevolezza della scelta ma soltanto dalla sua sostanziale non volontarietà, che si verifica soltanto nelle scelte irrazionali.

Occorre, però, rilevare che l'accertamento della reale volontà è un compito molto delicato. Innanzitutto, non tutti gli individui sono uguali e non tutti godono di uguali opportunità. Invero, vi sono

⁹⁸ *Ibidem*, p. 106 ove l'autore afferma che: «persone perfettamente razionali possono avere preferenze irragionevoli secondo il giudizio di altre persone razionali, così come uomini e donne perfettamente razionali (per es. i grandi filosofi) possono sostenere dottrine o credenze irragionevoli, come giudicate da altre persone perfettamente razionali. Pertanto la particolare irragionevolezza difficilmente può costituire una prova forte di una generale irrazionalità».

individui più “deboli” di altri, per età, per povertà, per cultura, per genere o per incapacità. Tali debolezze hanno inevitabili ripercussioni sull'autonomia. Per esempio, talvolta, dietro una scelta apparentemente autonoma vi è una carenza di informazione. Chi non vuole indossare la cintura di sicurezza non ha come obiettivo quello di rimanere pregiudicato fisicamente da un incidente, ma evidentemente o non considera sufficientemente il rischio (magari crede che non incorrerà in un incidente stradale) o non assegna ad esso eccessiva importanza (credendo che l'uso della cintura di sicurezza non lo preserverà, in caso di incidente, dal rischio di morire). In questo caso, potremmo sostenere che la sua scelta di non utilizzare le cinture di sicurezza non sia pienamente volontaria né autonoma, ma viziata da ignoranza o errore, dunque, potremmo giustificare un intervento paternalistico orientato a garantire la reale volontarietà dell'agente. Inoltre, in questo caso, si ravvisa un profilo di *harm to others*, se si pensa che i danni derivanti da un possibile incidente ricadrebbero a danno della collettività (in termini di spese mediche)⁹⁹.

Nell'analisi del paternalismo, Feinberg utilizza l'esempio dell'uso di sostanze stupefacenti per spiegare la sua teoria sul paternalismo debole, che ammette l'intervento dello Stato soltanto quando è necessario per prevenire una condotta sostanzialmente involontaria.

Nell'esempio delle droghe pericolose emerge in pieno la posizione di Feinberg contro il paternalismo forte, e l'importanza che egli attribuisce alla tutela dell'autonomia. Ricordiamo che egli afferma che «l'essenza dell'idea di autonomia consiste nel diritto di fare scelte

⁹⁹ Cfr. CORNACCHIA L., *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Aracne, 2012 p. 77, in cui l'autore afferma che è comprensibile che «proprio nella prospettiva feinberghiana, si giustificano interventi paternalistici contro la volontà del soggetto in caso di lesioni/autoesposizioni colpose (ad es. per carenza d'informazione), proprio perché colpa significa assenza di autentica volontà, quindi mancanza di una scelta espressione di autonomia».

e di prendere decisioni: cosa introdurre nel mio corpo, come e dove muovere il mio corpo nello spazio, come fare uso dei miei beni, quale informazione personale svelare agli altri, quale informazione nascondere, eccetera»¹⁰⁰; e che «il diritto di ogni persona all'autodeterminazione, ad essere sovrana di se stessa, prevale anche sul proprio bene»¹⁰¹. Tali affermazioni pongono Feinberg a favore dell'uso della droga, vediamo esattamente in quali casi.

Il filosofo ipotizza 3 situazioni nelle quali un soggetto, Mr Roe, discute con un dottore circa la sua decisione di fare uso, a scopo ricreativo, di una droga chiamata "X"¹⁰². Nel primo caso, Mr Roe crede erroneamente che l'uso di X non gli possa cagionare alcun danno. Se Mr Roe scegliesse di agire dando seguito alle sue false credenze, la sua azione non sarebbe pienamente volontaria. La scelta di ingerire una sostanza che, nei fatti, lo danneggerà, non è un'azione che sceglie volontariamente (in quanto egli crede che la droga non gli procurerà alcun danno). Dunque, in questo caso, l'intervento dello Stato ha lo scopo di proteggere un soggetto dalla sua ignoranza e non di opporsi a una scelta libera e informata. Feinberg ritiene che tutti gli atti fondati su un errore di giudizio siano involontari¹⁰³.

Nel secondo esempio ipotizzato da Feinberg, Mr Roe desidera causare un danno a se stesso mediante l'assunzione della droga X. La sua scelta è talmente strana che si presume che non sia nella pienezza delle sue facoltà mentali, ma l'irragionevolezza della sua azione non prova la sua involontarietà. Pertanto, se Mr Roe non è malato,

¹⁰⁰ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 54.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 131 ss.

¹⁰³ Anche Mill ritiene che lo Stato debba proteggere l'individuo dall'ignoranza o da scelte che non corrispondono al suo vero volere. Se una persona vede un'altra attraversare un ponte pericolante, è suo dovere informarla della pericolosità della sua azione. Se questa, dopo avere ottenuto l'informazione persiste nell'intento di voler correre il rischio, allora bisogna lasciarla libera. V. MILL, J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 117.

depresso o squilibrato - cioè se si dimostra che è capace di intendere e di volere - e se la sua azione non si ripercuote su terze persone (famiglia, moglie), allora lo *standard* di volontarietà elaborato da Feinberg non ci permette di impedirgli di assumere la droga.

Nell'ultimo caso, Mr Roe desidera assumere la droga nonostante sia consapevole del danno che potrebbe causargli, ritenendo che il piacere che ne ricaverà (dall'assunzione della droga) sarà talmente grande che vale la pena correre il rischio. Questo esempio è simile al secondo caso ipotizzato dal filosofo: si potrebbe presumere che la scelta di assumere la droga sia totalmente irragionevole e affermare, in un secondo momento, dopo avere accertato che Mr Roe si trova nella pienezza delle sue facoltà mentali, che se non sono coinvolte terze persone, Mr Roe sia libero di agire come meglio crede. In realtà, questo caso è differente: il piacere che Mr Roe ricava dalla droga si potrebbe associare al piacere che un fumatore ricava dal fumo (sempreché l'effetto della droga sia una tenue euforia, e che il danno sia simile a quello causato dalla nicotina).

Nonostante le indagini empiriche dimostrino che la maggioranza delle persone è consapevole che l'uso della droga potrebbe essere dannoso, credo che nessun consumatore voglia procurarsi un danno, eppure tutti credono che valga la pena rischiare per ottenere piacere. Dunque, possiamo collocare la maggior parte di adulti che consuma droga illecita nel terzo scenario¹⁰⁴.

Per chi, come Feinberg, ripudia il paternalismo forte, i reati sugli stupefacenti non possono essere legittimati su basi paternalistiche. Altri, invece, ritengono che se si fornisce una prova convincente dei danni che le droghe determinano sulla salute, e si dimostra che sono particolarmente gravi, si dovrebbe accettare

¹⁰⁴ All'interno di questo scenario possiamo collocare anche tutte le altre attività pericolose a scopo ricreativo.

l'incriminazione paternalistica dell'uso della droga, anche se tale uso rientra nella sfera dell'autonomia personale¹⁰⁵.

In questo caso paradigmatico viene in evidenza l'importanza che Feinberg attribuisce all'autodeterminazione personale, egli non ammette alcuna violazione all'autonomia, neppure per proteggere la stessa autonomia¹⁰⁶. Infatti, nonostante il principale danno a se stessi che la proibizione degli stupefacenti vuole prevenire sia la dipendenza che ne deriva dal suo utilizzo - dipendenza che rischia di compromettere la stessa autonomia - il filosofo ritiene che l'individuo adulto e consapevole debba essere lasciato libero di agire.

5.3.2 *Il consenso nei two-party cases*

Il dilemma del paternalismo si manifesta nella sua forma più complessa nei *two-party cases*, quando bisogna stabilire la volontarietà del consenso prestato a un'azione dannosa o potenzialmente dannosa nei propri confronti. Il paternalismo debole nei *two-party case* opera come nei *single-party case*, cioè ha lo scopo di verificare che l'azione, in questo caso indirettamente *self-regarding*, derivi da un consenso genuino e volontario. Nel caso in cui il consenso risulti espresso in modo consapevole e deliberato, e se è certo o verosimile che la volontà di un individuo si sia formata in modo razionale e sia sufficientemente

¹⁰⁵ Cfr. HUSAK D., *Droghe illecite: un test dei limiti morali del diritto penale di Joel Feinberg*, op. cit., pp. 3-39. L'autore ritiene che per giustificare l'incriminazione delle droghe si debba dimostrare la portata dei rischi per la salute causati da tali sostanze. Nel caso in cui si dimostri che la droga causa dei danni particolarmente gravi, allora dovrebbe essere vietata. Poiché non esistono dati che dimostrino che gli utilizzatori di droghe illecite siano meno sani di chi non abbia mai fatto uso di droghe, allora non si dovrebbe punire chi fa uso di sostanze stupefacenti.

¹⁰⁶ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 77, ove afferma che «se un soggetto non è in linea di principio libero di non essere libero, allora non beneficia del diritto all'autonomia».

libera da pressioni coercitive, il paternalismo *soft* limita l'ingerenza dello Stato; al contrario, qualora il consenso risulti viziato lo Stato è legittimato ad intervenire per proteggere l'individuo da una scelta non sua.

Può accadere che Tizio chieda a Caio di fare qualcosa che è direttamente dannosa o pericolosa nei propri confronti, oppure che Tizio acconsenta che Caio faccia quanto gli aveva proposto. Se la legge penale proibisce a Caio di agire, invade la libertà di Tizio (impedendogli di chiedere a Caio di fare ciò che vuole) o la sua autonomia (eliminando gli effetti del suo consenso volontario).

Rispetto ad alcuni tipi di accordi pericolosi *self-regarding* la teoria dell'antipaternalismo vuole accertarsi che il consenso sia stato sufficientemente volontario, e che non dipenda da forme di irrazionalità o di incapacità di intendere e di volere. Vi sono molti esempi di reati in cui figurano due parti: l'induzione al suicidio, l'eutanasia, le mutilazioni dei genitali, il duello, la corruzione di minori, il gioco d'azzardo, la vendita di droga, l'usura, la bigamia e la prostituzione. Queste norme sono, talvolta, giustificate da motivazioni moralistiche, ma la ragione prevalente per cui il consenso prestato non agisce come causa di giustificazione, è di stampo paternalistico perché si tende a tutelare (ciò che si considera) il bene di chi presta il consenso a una azione indirettamente auto-dannosa.

Feinberg ritiene che il consenso sia molto importante quando si deve stabilire la responsabilità penale dell'agente (A), e determinare se ci sono delle cause di giustificazione o esclusione del reato. Ciò che conta, per escludere la responsabilità dell'agente, è che la persona nei cui confronti ricade l'azione dannosa (B), abbia prestato il suo consenso esplicitamente, non quali siano i suoi reali desideri (inespressi e desunti implicitamente da A). Se, per esempio, A violenta B, non vi sono cause di giustificazione, A non può affermare che B abbia acconsentito tacitamente. Se gli interessi di B subiscono un

arretramento, contrariamente alle aspettative di A, B può querelare A, in quanto il consenso tacito non corrisponde a un'autorizzazione. In alcuni casi, però, se gli effetti dell'azione di A sugli interessi di B non sono irreversibili, A può sentirsi giustificato ad agire senza il consenso di B, se immagina che B l'avrebbe voluto. Può accadere che A non abbia il tempo di avvisare B di uno stato di pericolo imminente, ad esempio, se un camion corre a 100 km/h in una strada in cui si trova B, A è autorizzato a spingere B dall'altra parte della strada, anche senza il suo consenso, per evitare un grave danno. Quest'azione non è giustificata dal tacito consenso di B ma dal fatto che B avrebbe sicuramente prestato il suo consenso se A avesse avuto il tempo di avvisarlo.

C'è, dunque, una differenza tra desideri impliciti - uno stato mentale la cui esistenza si desume osservando i comportamenti - e le disposizioni del consenso (*dispositional consent*) - ovvero l'atto di autorizzazione che riteniamo sarebbe esistito se ci fossero state le circostanze.

La teoria del *soft paternalism* sostiene che quando il consenso non è sufficientemente volontario (ciò avviene nel caso di credenze rilevanti palesemente false, pressioni coercitive, o quando il soggetto non è pienamente in grado di intendere e di volere) debba essere ritenuto nullo sulla base del principio del danno ad altri.

Se C ha una buona ragione per pensare che il consenso di B a una condotta di A, potenzialmente dannosa o pericolosa nei suoi confronti, non sia sufficientemente volontaria, oppure se C ha una buona ragione per ritenere che un intervento temporaneo sia necessario per determinare la volontarietà dell'azione, C è legittimato ad intervenire. Dunque, ad esempio nel caso specifico dell'eutanasia, se C vede che A interrompe l'alimentazione forzata di B, è autorizzato ad intervenire per verificare che B abbia prestato il suo consenso volontariamente. Ciò si giustifica sulla base del fatto che la morte è un

fatto irrevocabile e gli *standard* della volontarietà devono essere alti. In questi casi, la limitazione della libertà di B prevista dai sostenitori del paternalismo *soft* non riguarderebbe i desideri fondamentali o le preferenze ultime, ma soltanto le circostanze, di tempo e di luogo, in cui tali desideri vengono realizzati. Invero, nelle situazioni in cui la gravità del danno o l'irrevocabilità dell'azione è alta, si imporrebbe un «*waiting periods*», a condizione che sia breve, al fine di verificare che il consenso espresso sia razionale, libero da pressioni coercitive, basato sulla conoscenza di fatti rilevanti e stabile nel tempo. In questi casi, la giustificazione di un «periodo di riflessione», e dunque dell'interferenza, è antipaternalistica perché implica una limitazione della libertà lieve e limitata nel tempo, che ha lo scopo di rafforzare l'autonomia evitando un danno non voluto.

Può accadere che B dia il suo consenso sotto coercizione, all'insaputa di A. In questo caso, la minaccia indebolisce la volontarietà di B, ma non possiamo punire A, dato che non poteva sapere che il consenso di B fosse stato estorto.

Quando A mette in pericolo gli interessi di B con il consenso di quest'ultimo, la massima *volenti non fit iniuria* trasferisce la responsabilità degli atti di A a B. Nella suddetta ipotesi B diventa l'autore (la persona responsabile) della condotta di A (l'agente). In tali casi, i legali o i rappresentanti di B, possono firmare a nome di B e le conseguenze si ripercuoteranno su B, come se l'atto l'avesse posto in essere lui direttamente. Se A agisce imprudentemente a nome di B, B non può lamentarsi perché si è assunto il rischio volontariamente. Naturalmente, ogni atto che riguarda la sovranità personale di B richiede il suo permesso mediante il consenso espresso, altrimenti è illegittimo. Non sempre, però, il consenso di B alle azioni di A, giustificano la condotta di A. Nei casi in cui A si profitta dell'ignoranza o dell'imprudenza di B, allora è colpevole di sfruttamento.

Pertanto, è evidente che affinché la massima *volenti non fit iniuria* possa escludere l'antigiuridicità del fatto dannoso, è necessario assicurarsi che il consenso sia esplicito e attivo, non viziato da ignoranza o errore.

Talvolta, vi sono dei casi problematici in cui non è semplice desumere il consenso o la volontà attuale di un soggetto. Possiamo, infatti, trovarci dinanzi a situazioni in cui il consenso sia stato espresso in un tempo antecedente a quello nel quale il soggetto sia divenuto incapace di intendere e di volere. Feinberg cerca di capire come si dovrebbe agire quando un soggetto non ha l'opportunità di esprimere un consenso attuale, distinguendo varie tipologie di consenso¹⁰⁷.

1) *Consenso desunto da uno stato psicologico*

Si desume dai desideri, dalle preferenze e dal comportamento di un soggetto. In circostanze estreme può essere la guida migliore per dedurre il consenso di B.

2) *Disposizioni del consenso*

Sono le disposizioni desunte perché espresse in circostanze simili, per esempio, espresse durante una conversazione privata, o lettere. È possibile che dal momento in cui B ha espresso un parere, abbia cambiato idea ma le circostanze non permettono di verificarlo, in questo caso la sua ultima parola è la migliore.

3) *Consenso precedente*

È il caso del testamento biologico o delle "dichiarazioni anticipate di trattamento", con le quali una persona adulta e capace di intendere e di volere esprime il consenso per il suo futuro, quando non potrà più razionalmente disporre di sé, perché ad esempio, a causa di una malattia degenerativa non potrà più farlo, e lascia per iscritto cosa vorrebbe che gli altri facessero.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 180 ss.

4) *Consenso successivo*

Supponiamo che A violenti B (senza il suo consenso) e che B lo denunci per violenza sessuale. Nel tempo intercorso tra il rinvio a giudizio di A, B si innamora di A e lascia cadere le accuse a suo carico, In questo caso il consenso agisce retroattivamente.

5) *Consenso tacito*

Quando si acconsente senza esprimerlo direttamente, ad esempio mediante il silenzio o attraverso dei comportamenti simbolici. Ad esempio se A e B hanno una relazione, e si scambiano delle carezze reciproche, A può desumere che non sia necessario chiedere a B di avere un rapporto sessuale.

6) *Consenso razionale ipotetico*

È il consenso che si presume che una persona perfettamente razionale darebbe in quella circostanza. In questo caso si dà per scontato che il volere reale (*real will*) corrisponda al volere razionale (*rational will*), se A è più razionale di B, la scelta di B (quella a cui prestebbere il consenso) non è che la scelta di A.

Il consenso precedente e il tacito consenso sono forme di consenso attuale, capaci di attivare la massima *volenti non fit iniuria*, nel caso in cui derivi un danno. Le disposizioni del consenso non sono forme di consenso attuale, ma in alcune condizioni hanno gli stessi effetti morali. Il consenso successivo è attuale, ma sicuramente arriva troppo tardi per essere moralmente operativo. Il consenso razionale ipotetico è una falsificazione dell'attuale consenso, potrebbe essere una guida per i rappresentanti legali delle persone incompetenti, invece, come sostituto delle scelte reali di persone competenti che sono irragionevoli, spericolate e imprudenti costituisce un oltraggio.

Finora abbiamo analizzato i *two-party cases*, cioè casi in cui B dà il consenso ad A di fare qualcosa. Ma talvolta nella ricostruzione del consenso di B, è coinvolta una terza persona, C, che deve stabilire se il consenso di B sia volontario. Quando ci si trova nei casi in cui B non

può esprimere il consenso a causa di una temporanea perdita di capacità, A deve derivare il suo consenso o dal consenso espresso da B precedentemente, o dal consenso tacito o dalle disposizioni del consenso. Se A desume il consenso in modo arbitrario, C ha il diritto di intervenire per proteggere B, o se C rappresenta la legge, ha il diritto di punire A.

Riassumendo si possono presentare 4 casi che invalidano il consenso nei *two-party cases*:

- 1) A minaccia B al fine di ottenere il suo consenso per compiere un'azione a suo danno, A può essere perseguito penalmente sulla base del principio del danno ad altri. Il consenso di B non è valido.
- 2) C minaccia B ma A ne è ignara. Il danno derivante a B non è imputabile a A. B ha subito un torto da C.
- 3) A sa che C ha minacciato B e ne approfitta traendone vantaggio. A e C sono perseguibili penalmente.
- 4) La minaccia deriva dalle forze naturali che esercitano una pressione su B. B ha subito una pressione coercitiva e il consenso si considera viziato.

6. FATTORI CHE RIDUCONO LA VOLONTARIETÀ DELLA SCELTA

Chi condivide la *soft paternalist strategy* ritiene che la legge debba permettere alle persone adulte, razionali e consapevoli di porre in essere degli atti dannosi o potenzialmente dannosi o irragionevolmente pericolosi che abbiano ripercussioni soltanto sui soggetti che li pongono in essere; cioè, rifiutano l'interferenza paternalistica dello Stato attraverso l'uso dello strumento coercitivo dinanzi azioni volontarie che non ledono interessi di terzi. L'unico intervento ammesso dagli antipaternalisti si ha quando vi sia un

dubbio circa la volontarietà dell'azione posta in essere; talvolta, infatti, è possibile che l'azione non sia genuinamente volontaria e che sia frutto di manipolazioni o pressioni coercitive.

In particolare, la teoria antipaternalista ritiene che si possa intervenire:

1) quando la scelta appare irrazionale, per verificare che l'agente non sia affetto da disturbi cognitivi (permanenti o temporanei) o che sia consapevole del rischio cui sta andando incontro¹⁰⁸;

2) quando si presume l'ignoranza dell'agente o l'errore circa l'azione che sta compiendo, per avvisarlo dell'esistenza di altre opzioni meno rischiose¹⁰⁹;

3) quando si sospetta che l'agente agisca sotto coercizione.

Dopo avere definito, nei paragrafi precedenti, cosa si intenda per azione volontaria e dopo aver analizzato gli *standard* di volontarietà della scelta feinberghiani, è opportuno stabilire quali sono i fattori che riducono la volontarietà della scelta, per determinare

¹⁰⁸ Se un individuo sotto l'effetto di sostanze stupefacenti si dirige verso una finestra con l'intento di buttarsi giù dal quarto piano, credendo di tuffarsi in una piscina, possiamo ragionevolmente presumere che la sua volontà non sia quella di suicidarsi, pertanto, i sostenitori del paternalismo *soft* giustificheranno un'interferenza per evitare che il soggetto compia un'azione che, in realtà, non ha intenzione di compiere.

¹⁰⁹ Quando si ignora che l'azione che si compie ci causerà un danno, dobbiamo presumere che l'azione non sia pienamente volontaria, a causa della nostra ignoranza; al contrario, se si è consapevoli del rischio che si corre, la scelta deve essere considerata volontaria. Se, ad esempio, si pattina su un lago ghiacciato, credendo che vi sia una scarsa probabilità che il ghiaccio si spacchi quando, in realtà, la probabilità è molto alta, ci si assume un enorme rischio e, l'ignoranza sulla probabilità che il ghiaccio si rompa, rende la nostra azione involontaria. Se però, pattiniamo in primavera, possiamo ragionevolmente prevedere che il ghiaccio si sciogla, e decidiamo ugualmente di pattinare, allora la nostra azione si considera volontaria. L'ignoranza e le false credenze riducono la volontarietà delle azioni pericolose auto-dirette, quando l'ignoranza o l'errore è rilevante, o quando il rischio assunto è grande, o quando si ignora l'esistenza di alternative meno rischiose. Cfr. Feinberg J., *Harm to self*, op. cit., p. 161.

quando una scelta possa essere considerata sufficientemente libera da pressioni coercitive e frutto di una scelta deliberata e consapevole.

6.1 Coercizione fisica e coercizione psicologica

La coercizione è uno dei fattori che viziano la volontarietà nei *single-party cases*, o il consenso nei *two-party cases*. Possiamo distinguere due casi paradigmatici di coercizione: quella fisica e quella psicologica.

La coercizione fisica si verifica quando una forza esterna non ci permette di comandare il nostro corpo, in questo caso non abbiamo scelta, dunque l'azione non sarà volontaria. Questo tipo di coercizione solleva pochi problemi morali. Infatti, se qualcuno rischia di cadere dal gommone, contro il suo volere, a causa della forte corrente del fiume, non costituirà un'invasione della sua libertà cercare di deviarlo verso la riva. Oppure potrebbe accedere che un terzo muova il mio corpo contro la mia volontà. Immaginiamo che A prema il grilletto di una pistola con la mano di B, uccidendo C, in tal caso la volontà di B è del tutto assente, poiché frutto di un movimento involontario o di una coercizione fisica alla quale non poteva sottrarsi¹¹⁰.

Al contrario, la coercizione psicologica si configura quando una persona agisce sotto pressione di pericoli o minacce esterne, e andrebbe accertata in base ad un colloquio con l'agente. Tali atti sono compiuti «in modo involontario o non intenzionale o non sufficientemente volontario, ma sono pur sempre atti compiuti dall'individuo»¹¹¹. In questo caso il soggetto ha una scelta, ma una delle due alternative è irragionevole, dunque è come se non l'avesse.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 150 ss.

¹¹¹ MANIACI G., *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, *Etica & Politica*, XV, 2013, 2, p. 349.

L'unica "libertà" che possiede l'individuo dinanzi a una pressione coercitiva è scegliere il male minore.

Quest'ultima categoria è divisa in due sottocategorie che si distinguono per la fonte della pressione coercitiva, che può essere naturale o personale.

Nell'ipotesi di "fonte naturale" le opzioni sono ristrette dalla natura. A volte, infatti, le circostanze naturali come una tempesta, un incendio, un terremoto restringono le opzioni di una persona, e la costringono a compiere delle scelte che possono apparire spericolate o irragionevoli in circostanze normali, dato che il soggetto deve scegliere tra la morte e il compiere un'azione pericolosa. Pensiamo ai vigili del fuoco che distruggono una proprietà per confinare il fuoco nella foresta o all'alpinista che si rifugia in una proprietà altrui per evitare la tempesta e salvarsi la vita. In tutti questi casi sono le circostanze naturali che obbligano l'attore a scegliere il male minore.

Nell'ipotesi di "fonte personale", la scelta di un individuo è forzata dalla minaccia di un altro soggetto. Paradigmatico è l'esempio dell'uomo che punta la pistola ad un altro, intimandogli: «o i soldi o la vita». In questo caso, potremmo presumere che la scelta di dare i soldi al rapinatore, e dunque la volontà, sia razionale, ma quel che è certo è che si sia formata a causa di una pressione coercitiva inaccettabile (l'alternativa è la morte)¹¹².

Immaginiamo che Tizio minacci Caio con una pistola e dica: «dammi la macchina altrimenti ti ucciderò», in questo caso è evidente che Tizio stia esercitando una pressione coercitiva su Caio, attraverso una minaccia seria di un male (nei confronti di Caio). In altre circostanze, in assenza di coercizione personale, potrebbe essere la natura a imporre lo stesso grado di pressione sulla scelta di Caio, per esempio, un incendio potrebbe costringerlo ad abbandonare l'auto per

¹¹² FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., pp. 153 ss.

salvare la propria vita. Dunque, il risultato sembra essere il medesimo sia nell'ipotesi in cui la pressione coercitiva derivi da fonte naturale sia nel caso di fonte personale: per salvare la sua vita Caio non ha altre alternative che abbandonare l'auto. Nei casi di coercizione personale o naturale presi in considerazione, chi sceglie (o chi acconsente) ha una sola opzione: fare X o morire. Solo facendo X (abbandonare la macchina), Caio sopravvivrà all'incendio e all'uomo che gli punta la pistola.

6.2 (Segue). Quando la coercizione è "sufficientemente coercitiva" da viziare la volontarietà?

Per comprendere in quali casi la coercizione sia "sufficientemente coercitiva" da coartare la scelta di un individuo, occorre distinguere una concezione "soggettiva", "interna" o "formale" della coercizione da quella "oggettiva", "esterna" o "moralizzata"¹¹³. La prima deriva dal nesso tra i desideri e le preferenze di un individuo e le opzioni disponibili, opzioni limitate, da forze esterne all'individuo. Se le opzioni disponibili non realizzano i desideri che l'individuo ritiene importanti si può parlare di costrizione soggettiva. Immaginiamo che Tizio, proprietario di un immobile in città, desidera comprarne un altro vicino una località balneare. Supponiamo che il desiderio di comprare una casa vicino al mare sia molto alto: l'aria è più salubre rispetto alla città; nei *week end* può dedicarsi al suo sport preferito, il *surf*; inoltre l'appartamento al mare è più vicino al suo luogo di lavoro, e consentirebbe a Tizio di risparmiare tempo (quello impiegato per spostarsi dalla casa in città al

¹¹³ Per un approfondimento delle due concezioni della coercizione cfr. MANIACI G., *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, op. cit., pp. 342 ss.; ID., *Contro il paternalismo giuridico*, op. cit., p. 17.

luogo di lavoro) e denaro (in termini di risparmio sui costi dei mezzi di trasporto). Però, l'appartamento in città ha per Tizio un valore affettivo profondo, perché gli è stato donato dai genitori. Se potesse, Tizio comprerebbe la casa al mare senza vendere quella in città, ma non può a causa delle scarse risorse finanziarie di cui dispone. Potrebbe accendere un mutuo per acquistare il secondo immobile, ma dovrebbe fare dei sacrifici economici che Tizio non considera accettabili. Pertanto, l'unica opzione disponibile per andare incontro ai suoi desideri è vendere il primo appartamento, anche se ciò comporta un sacrificio. In questa ipotesi diremo che Tizio è "costretto" a vendere l'appartamento in città. Sulla base della concezione soggettiva della coercizione, chiunque potrebbe ritenersi "costretto" a compiere molte azioni¹¹⁴.

Feinberg elabora dei criteri che permettono di misurare il grado della pressione coercitiva secondo *standard* soggettivi.

1) *Differential coercive pressure*: misura la differenza tra il costo della minaccia e il costo della domanda. Maggiore sarà il differenziale della forza coercitiva, maggiore sarà la pressione coercitiva esercitata.

Es. 1: «Vieni a letto con me altrimenti ti rompo entrambe le gambe». Supponiamo che per Tizio il prezzo della domanda sia 9 e il prezzo della minaccia sia 10. Il costo della minaccia è superiore a quello della domanda, ma il differenziale della pressione coercitiva è 1 (10-9).

Es. 2: «Dammi una tazza di caffè altrimenti ti rompo le gambe». Il prezzo della domanda per Tizio è 1, mentre il prezzo della minaccia è 10. In questa ipotesi il costo della minaccia è nettamente superiore al costo della domanda, e il differenziale della pressione coercitiva è 9 (10-1). Sembra assurdo che si eserciti

¹¹⁴ Tale critica è stata sollevata da ANDERSON S., *Coercion*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2006.

maggior forza coercitiva nel caso del caffè e non nel caso dell'imposizione sessuale, ma utilizzando questo criterio dobbiamo sostenere che nel primo esempio Tizio, avendo valutato il differenziale della forza coercitiva, agisca più volontariamente rispetto al secondo esempio.

2) *Coercive force*: misura la pressione coercitiva dal grado di "indesideratezza" della minaccia. Ritornando agli esempi precedenti, il costo della minaccia sarà 10 in entrambi i casi, pertanto si potrà affermare che viene esercitata la medesima pressione coercitiva.

3) *Total coercive burden*: misura la pressione coercitiva sommando il costo della domanda e il costo della minaccia.

La somma del costo della minaccia e del costo della domanda nel primo esempio è 19 (10+9), e nel secondo esempio è 11 (10+1). Pertanto, potremo ritenere che la pressione coercitiva è maggiore nel primo esempio.

4) *The coercive minimum*: misura il costo della migliore opzione disponibile, che sarà 9 nel primo esempio (concedersi sessualmente), e 1 nel secondo (dare una tazza di caffè). Invero, possiamo ragionevolmente supporre che Tizio preferisca andare a letto con Caio (9) o versargli una tazza di caffè (1) anziché subire una lesione grave (10). Ne deriva che la pressione coercitiva esercitata nell'esempio dell'imposizione sessuale è superiore rispetto al secondo esempio.

Dunque, secondo una concezione soggettiva della coercizione, se vogliamo determinare il grado di pressione coercitiva esercitata da colui che esercita la coercizione (*coercer*) sulla vittima della coercizione (*coercee*) è sufficiente conoscere il costo soggettivo che il *coercee*

attribuisce alla domanda e alla minaccia¹¹⁵. Quest'ultimo varierà in base al criterio utilizzato da colui che subisce la minaccia e serve a determinare se la pressione coercitiva esercitata dal *coercer*, mediante la minaccia, sia sufficiente per forzare il *coercee*. Si suppone che il *coercee* non abbia nevrosi, né anomalie e che abbia una scelta, nonostante le pressioni cui è soggetto. Dunque, in base ai criteri elaborati da Feinberg, il *coercee* sceglierà tra il male minore sulla base delle sue preferenze soggettive.

La concezione "oggettiva", "esterna" o "moralizzata" della coercizione prescinde, invece, dai desideri e dalle preferenze di un singolo individuo. Essa si configura quando il *coercer* minaccia il *coercee* di compiere qualcosa di moralmente ingiusto, cioè quando minaccia di ledere i suoi diritti¹¹⁶. In tali contesti la legge applicherà quelli che Feinberg chiama *standard* oggettivi o esterni, che non tengono conto dei giudizi di valore di un individuo, ossia della comparazione che potrebbe fare il *coercee* tra i due mali, bensì si basano su quello che farebbe un uomo razionale in quella circostanza¹¹⁷. Quando A e B sono direttamente coinvolti in una

¹¹⁵ Nella letteratura anglo-americana, il termine "*coercion*" si riferisce ad una interazione dinamica tra due soggetti: il *coercer*, ossia colui il quale esercita la coazione; e il *coercee*, ovvero chi subisce la minaccia. In italiano, non solo non esistono dei termini che traducano il corrispettivo inglese dei due soggetti coinvolti nella *coercion* (letteralmente potremmo tradurli con i termini "costrittore" e "costretto", ma non sono utilizzati nel nostro lessico), ma il termine "costrizione" viene utilizzato per riferirsi a circostanze nelle quali le opzioni di un soggetto sono limitate, contro la sua volontà, da forze esterne non necessariamente riconducibili alle ipotesi di fonte personale, cioè di minaccia proveniente da terzi. Potrebbe configurarsi uno stato di grave bisogno (Tizio è costretto a vendere la casa perché è stato licenziato); di una calamità naturale (Tizio è costretto a rinunciare alla sua vacanza ai Caraibi a causa di una tempesta tropicale) in cui è difficile individuare il *coercer*. Se Tizio, a seguito del licenziamento vende la casa, perché non avrebbe come pagare le spese correnti, non diremo che qualcuno lo abbia costretto a vendere l'immobile, semplicemente Tizio non aveva altra scelta. Svolge un'analisi linguistica del termine "*coercion*" MANIACI G., *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, op. cit., note 14-15.

¹¹⁶ Sul concetto di coercizione moralizzata cfr. WERTHEIMER A., *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

¹¹⁷ Sulla differenza tra standard oggettivi e soggettivi cfr. FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., pp. 210 ss.

transazione, e la legge si preoccupa paternalisticamente di evitare (quello che considera) un danno a B, è sufficiente che la scelta di B non derivi da pressioni coercitive secondo i suoi *standard* di preferenza affinché questa sia considerata libera e valida. Però, se la scelta di B è *other-regarding*, e coinvolge terze parti o il pubblico in generale, la legge utilizzerà gli *standard* oggettivi. Ad esempio, se Tizio fornisce dei segreti militari al nemico piuttosto che resistere alla tortura, non v'è dubbio che la sua scelta sia stata determinata da forti pressioni coercitive. Il costo delle continue sofferenze, in accordo con le sue preferenze, è più grande rispetto al costo che pagherebbe tradendo i suoi compagni e la nazione. Pertanto, in base ai suoi *standard* soggettivi, Tizio deciderà sicuramente di pagare il prezzo minore (rivelare i segreti militari). Però, poiché la sua scelta sacrifica milioni di innocenti vite umane e mette in pericolo la sicurezza del paese (azione *other-regarding*), si dovranno utilizzare gli *standard* oggettivi, i quali ci indurranno a ritenere che il prezzo pagato sia stato troppo alto. In ultima analisi, applicando gli *standard* (oggettivi e soggettivi) elaborati da Feinberg si dovrà affermare che, sebbene la condotta di Tizio sia stata coartata secondo i suoi *standard* soggettivi, data l'importanza oggettiva degli interessi in gioco, la condotta debba essere considerata sufficientemente volontaria.

Per quando riguarda i problemi concernenti le scelte di B nei casi che coinvolgono soltanto i suoi interessi, ovvero nelle ipotesi di condotte *self-regarding*, Feinberg ritiene che se B cede alla proposta indesiderata di A perché attribuisce un costo più alto alla minaccia rispetto al costo della domanda, il suo consenso si dovrà ritenere estorto con la minaccia e sarà sufficiente ad attenuare o escludere la sua responsabilità o volontarietà nel compimento dell'azione rilevante.

Il problema di una concezione oggettiva della coercizione è che talvolta si rivela inadeguata. Immaginiamo che Tizio abbia scoperto il

tradimento della fidanzata e che voglia vendicarsi incendiandole il ristorante di sua proprietà. Supponiamo che Tizio lavori nello stesso ristorante della fidanzata e che dei rapinatori entrino nel locale intimandogli di consegnargli tutto il denaro in cassa, minacciando di appiccare il fuoco al ristorante se non otterranno il denaro richiesto. In questo caso, non esistono i presupposti di un'eventuale coercizione nei confronti di Tizio, non sussiste la minaccia di un male, infatti, Tizio meditava già di incendiare il locale. Però, se applicassimo una concezione oggettiva della coercizione, che prescindere dai desideri del singolo, potremmo sostenere che i rapinatori stiano costringendo Tizio a consegnargli il denaro minacciandolo di un male ingiusto.

Pertanto, per ovviare all'inadeguatezza del concetto di coercizione oggettiva, vi è chi suggerisce di adottare una concezione mista della coercizione: che utilizzi sia la concezione soggettiva sia quella oggettiva¹¹⁸. Il requisito soggettivo servirà da limite «alla possibilità di considerare determinate situazioni come una forma di coercizione nei confronti di un determinato individuo»¹¹⁹, infatti non vi sarà coercizione se un individuo minaccia un altro di privarlo di qualcosa che per lui non rappresenta un bene. Il requisito oggettivo, invece, servirà a stabilire «se la pressione coercitiva sia o meno sufficiente al fine di escludere o attenuare la volontarietà nel compimento da parte della vittima dell'azione rilevante, dunque se la pressione coercitiva sia moralmente inaccettabile (...), o se sia, invece, accettabile, e dunque sia insufficiente a viziare il consenso dell'individuo che afferma di essere stato costretto ad agire»¹²⁰.

Le pressioni coercitive sono soggette a giudizi comparativi e di grado pertanto, talvolta, forzano il consenso, talaltra no. Invero, può

¹¹⁸ MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, op. cit., p. 83.

¹¹⁹ MANIACI G., *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, op. cit., p. 363.

¹²⁰ *Ivi*.

accadere che B sia particolarmente vulnerabile alle minacce di un certo tipo, e che le proposte siano considerate coercitive secondo i suoi *standard* soggettivi, proposte che per una persona idealmente ragionevole non sarebbero coercitive.

Le pressioni coercitive esercitano una forza sul volere di qualcuno, in particolare il *coercer* - il quale non coincide necessariamente con persone identificabili ma potrebbe essere rappresentato da una forza esterna¹²¹ - impone al *coercee* di fare una scelta tra due alternative indesiderate, cioè richiede che il *coercee* classifichi i desideri in base alle sue preferenze, selezionando quella meno indesiderata (in altre parole, il *coercee* deve scegliere tra il male minore). La scelta del *coercee*, e dunque il grado di pressione coercitiva, dipenderà da come classifica le sue preferenze, dalle sue caratteristiche e dai suoi valori (da quanto vuole X, o ha paura di Y). Nello scegliere il male minore, il *coercee* dovrebbe comparare il costo della minaccia e il costo della domanda secondo i suoi standard soggettivi¹²². Infine, per determinare se la pressione coercitiva sia moralmente inaccettabile, e dunque sia sufficiente da viziare la volontà, utilizzeremo la concezione oggettiva della coercizione.

Immaginiamo una società in cui il settore universitario sia privatizzato e non preveda l'erogazione di borse di studio per gli studenti meno abbienti. Supponiamo che Tizio, lavoratore precario *part-time*, decida di vendere la sua casa per pagare le spese universitarie del figlio. In questa ipotesi, la volontà di Tizio di alienare la sua casa è frutto di una pressione coercitiva inaccettabile, dunque sufficiente a viziare il consenso. Se, infatti, lo Stato mettesse a disposizione delle borse di studio per gli studenti con scarse risorse finanziarie, Tizio, avendo a disposizione un'opzione aggiuntiva, non

¹²¹ Cfr. nota 104.

¹²² FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., p. 202.

venderebbe più il suo immobile. Se, invece, Tizio decidesse di vendere l'immobile per acquistare un'auto sportiva, non potremmo sostenere che la sua volontà sia stata viziata da una pressione coercitiva inaccettabile. È evidente che il grado di pressione coercitiva derivi da quali diritti fondamentali attribuiamo ad un individuo: il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, il diritto alla casa, etc.

In sintesi, prima si dovrà verificare se l'individuo abbia subito una pressione coercitiva in relazione ai suoi desideri, e dal punto di vista soggettivo la pressione coercitiva sarà più forte quando il costo della minaccia supera quello della domanda. Successivamente, nel caso in cui l'individuo ritiene di essere vittima di coercizione, occorrerà valutare se tale pressione coercitiva sia inaccettabile, e dunque sufficiente a viziare la volontà.

6.3 Coercizione: differenza tra offerte e minacce

I casi più noti di coercizione riguardano le minacce, ma vi sono delle proposte coercitive che vengono fatte per mezzo di offerte.

Un'offerta è una proposta che produce un miglioramento della situazione (economica, sociale) di un individuo, attraverso il conferimento di un bene, o un beneficio, o qualcosa di gradito e desiderato. Invece, una minaccia è una proposta che produce un peggioramento della situazione della vittima (almeno rispetto alle ragionevoli aspettative che la vittima stessa aveva prima della proposta) attraverso l'inflizione di un male, un danno, o qualcosa di sgradito e indesiderato¹²³. In effetti, la coercizione riguarda direttamente i nostri desideri e preferenze piuttosto che i nostri interessi e bisogni. Un'offerta è una proposta fatta allo scopo di

¹²³ *Ibidem*, pp. 216 ss.

attribuire a una persona qualcosa che vuole, qualcosa che preferirebbe avere («se vieni a letto con me ti darò 1.000 euro, se non lo farai non ti darò il denaro»), mentre una minaccia è una proposta che mira ad infliggere a una persona qualcosa che non desidera («se non mi dai i tuoi soldi, ti sparo e se me li dai non ti sparo»). Vi sono anche delle ipotesi di proposta “bicondizionale”, cioè un misto tra promessa di un beneficio e minaccia di un danno (“se vieni a cena con me ti darò 100 euro e non ti ucciderò, se non vai non te li darò e ti ucciderò”). Feinberg afferma che una proposta “bicondizionale” è una minaccia quando uno dei suoi componenti è una minaccia pura e gli altri componenti non sono né una minaccia né un’offerta. Allo stesso modo una proposta “bicondizionale” è un’offerta quando uno dei suoi componenti è un’offerta e gli altri non sono né una minaccia né un’offerta¹²⁴.

Il problema si manifesta dinanzi alcune offerte ingiuste che sfruttano la situazione di difficoltà nella quale versa un soggetto. Pensiamo al direttore di un carcere che offre al prigioniero di commutargli la pena di morte se si sottopone a un pericoloso esperimento, o al milionario lussurioso che propone a una donna che non può sostenere le spese mediche che salverebbero la vita del figlio, di avere un rapporto sessuale con lui in cambio del pagamento dell’operazione chirurgica che salverà la vita al figlio.

Tutti questi sono esempi di offerte perché offrono a B (il carcerato, nel primo caso; e la donna, nel secondo caso) un’opportunità che prima non aveva. Infatti, né il carcerato pensava che fosse probabile avere uno sconto della pena, né la donna immaginava che qualcuno pagasse le spese mediche del figlio. A prima vista possono sembrare offerte coercitive perché sembrano obbligare B a compiere ciò che A desidera, ma in realtà non lo sono

¹²⁴ *Ibidem*, p. 219.

perché producono un miglioramento della situazione di B rispetto alle sue ragionevoli aspettative. Però, si tratta sicuramente di offerte “*exploitative*”, perché sfruttano una situazione di necessità.

Analizziamo l’esempio del milionario lussuoso. Se la donna desidera salvare la vita di suo figlio, non ha altra scelta che concedersi al milionario. Quella del milionario è un’offerta perché non minaccia la donna di un danno, quest’ultimo prescinde dall’offerta del milionario (il figlio è già malato). Il milionario offre una scelta che la donna non aveva prima, in un certo senso la libertà della madre è stata incrementata. Dato che la coercizione è concepita come qualcosa che indebolisce la libertà, tale tipo di offerta non è considerata coercitiva. L’offerta sarebbe coercitiva se il milionario dicesse «vieni a letto con me altrimenti uccido tuo figlio», più precisamente, questo sarebbe un esempio di minaccia coercitiva. Per determinare se l’offerta è coercitiva è necessario stabilire se e in che misura lo stato di bisogno, o di soggezione o inferiorità (economica, giuridica, sociale) dipenda dalla volontà di chi fa l’offerta. Se, per esempio, il milionario crea la situazione di bisogno per fare in modo che la donna ceda alla sua offerta, facendola licenziare in modo che non possa chiedere un prestito alla banca e aggravando, così, la sua condizione economica, l’offerta sarà certamente coercitiva e il milionario sarà responsabile moralmente e giuridicamente¹²⁵.

Dunque, possiamo considerare le offerte coattive soltanto quando A crea deliberatamente le circostanze di “bisogno” di B, sfruttando la vulnerabilità che lo stesso ha creato, offrendo a B un’alternativa che è preferita solo in quanto rappresenta un male minore. Quando le offerte implicano soltanto uno sfruttamento dello stato di bisogno della vittima, non possono essere considerate coattive.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 229 ss.

Per Feinberg, le offerte coercitive fatte in circostanze create dall'offerente allo scopo di trarne vantaggio invalidano il consenso, mentre le offerte "*exploitative*" fatte da una parte che non ha avuto alcun ruolo nella creazione delle circostanze di vulnerabilità, in genere, non invalidano il consenso. Nel primo caso, le offerte indeboliscono la libertà di B, nel secondo invece la incrementano, offrendo un'opzione aggiuntiva rispetto alle aspettative¹²⁶. Nel caso dell'offerta "*exploitative*" mancano i tre elementi che caratterizzano una transazione coattiva: 1) il meccanismo coattivo impiegato dal *coercer* per produrre la coazione; 2) l'intenzione del *coercer* di costringere il *coercee* e 3) l'effetto coattivo esercitato sul *coercee*. Infatti, i casi paradigmatici di coazione suppongono una manipolazione attiva delle circostanze da parte del *coercer*.

Ciò che distingue l'offerta coercitiva da quella non coercitiva è il grado della differenza tra pressioni coercitive (*differential coercive pressure*), e il fatto che un'alternativa costituisce un grande male e non un bene minore¹²⁷.

¹²⁶ Per comprendere meglio cosa sia un'offerta non coercitiva, immaginiamo che Tizio, un imprenditore di Bruxelles, proponga a Caio, un contabile di Roma, un lavoro nella sua impresa belga offrendogli una retribuzione di 2000 euro al mese. Caio è molto attratto dall'offerta di Tizio ma preferisce rimanere a Roma, vicino alla sua famiglia e ai suoi amici. Supponiamo che l'imprenditore, per rendere più appetibile l'offerta, incrementi la retribuzione di altri 1000 euro, e che Caio accetti l'offerta. In questo caso, la scelta di Caio è stata una scelta tra il bene maggiore e non tra il male minore.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 233 ss.

CAPITOLO II

DEFINIZIONI E PRATICHE DELLA POLIGAMIA

SOMMARIO: 1. Precisazioni terminologiche e concettuali - 2. La poliginia nel diritto islamico - 2.1. Poliginia islamica e principio di uguaglianza - 2.2. Il caso del Marocco, della Tunisia e del Kenya - 3. La poliginia tra i Mormoni fondamentalisti negli USA - 3.1 Poliginia mormone e diritto alla privacy - 4. I rari casi di poliandria - 5. Riflessioni de *iure condito* sulla poliginia nel contesto europeo - 5.1 La bigamia in Italia: cenni ricostruttivi della *ratio* di fondo dell'art. 556 c. p. - 5.2 Matrimonio poligamico e ricongiungimento familiare - 6. Conclusioni

1. PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE E CONCETTUALI

Prima di fornire una panoramica riguardo la diffusione della poligamia nel mondo contemporaneo, è propedeutico avviare l'analisi da un lavoro di tipo definitorio, al fine di sgombrare il campo da dubbi sui quali mi sono imbattuta occupandomi della poligamia.

In generale, con il termine "poligamia" si indica il matrimonio plurimo, in cui un soggetto è sposato con più coniugi contestualmente; tale pratica si contrappone alla monogamia, che prevede il matrimonio soltanto con un coniuge per volta. Quest'ampia definizione deriva dall'etimologia del termine "poligamia", composto dalla parola *polys* (molti) e *gamos* (matrimoni), in greco antico poligamia significa letteralmente "sempre sposato".

Nella prassi dobbiamo distinguere tra due forme di poligamia: la poliginia, forma matrimoniale in cui un uomo è legato a più donne;

e la poliandria, nella quale una donna è sposata con più uomini¹²⁸. Secondo i demografi e gli etnologi, le società poligame conosciute e studiate sono poliginiche nell'80 % dei casi¹²⁹.

La distinzione fra le due forme di poligamia è di capitale importanza al fine di avviare un'analisi sul carattere potenzialmente dannoso di tale pratica. Oggi per riferirsi alla poliginia si utilizza erroneamente il termine poligamia, senza considerare che laddove è riconosciuta la poliginia, la poliandria è vietata e viceversa, determinando delle conseguenze non irrilevanti di cui discuteremo più avanti¹³⁰.

Nelle scienze sociali, il termine "poligamia" è utilizzato spesso per riferirsi alla poligamia *de facto*, che si configura quando l'unione tra più persone non è riconosciuta legalmente. Questa è maggiormente diffusa nelle società occidentali, in cui la poligamia è vietata dalla legge, ma di fatto praticata. Per esempio, si ha poligamia *de facto* quando un musulmano americano sposa la sua seconda moglie soltanto mediante rito religioso, cui l'ordinamento americano non riconduce alcuna rilevanza giuridica. La poligamia *de facto* priva il coniuge del complesso di diritti ed obblighi conseguenti all'atto del matrimonio: diritto o assistenza da parte delle autorità in caso di divorzio, diritto all'eredità, diritti relativi all'adozione, diritti e benefici per i superstiti; compresi alcuni benefici e responsabilità quali l'affidamento dei figli, l'accesso ospedaliero, il potere di assumere decisioni di carattere medico, gli assegni familiari.

Occorre specificare che se un uomo è sposato e intrattiene una relazione extra-matrimoniale con una donna non è considerato

¹²⁸ MADERA R., *Poligamia*, in Enciclopedia Filosofica, vol. 9, Milano, Bompiani, 2006, p. 8754.

¹²⁹ MOHAMMAD ALI AMIR-MOEZZI, *Poligamia*, in Dizionario del Corano, edizione italiana a cura di Ida Zilio-Grandi, Mondadori DOC, 2007.

¹³⁰ Prima fra tutte la relazione di disuguaglianza tra uomo e donna. Per un'analisi più dettagliata cfr. § 2.1 e Cap. 4, § 1.4.1.

poligamo *de facto*, poiché la società, e lui in prima persona, non riconosce l'amante come moglie "non ufficiale". Nella poligamia *de facto* c'è un riconoscimento sociale da parte della comunità religiosa della moglie non ufficiale. Il matrimonio avviene mediante un rito religioso o culturale, anche se non è riconosciuto dalle autorità civili¹³¹. Per questa ragione, non condivido la tesi di chi ritiene che, con la depenalizzazione dell'adulterio e del concubinato si sia rimosso l'ostacolo che impediva una poligamia di fatto: un conto è avere una relazione extra-coniugale clandestina, un altro è instaurare una relazione stabile e duratura nel tempo alla quale si attribuisce un'importanza pari a quella conferita al primo matrimonio. Pensiamo ai mormoni fondamentalisti che sposano le mogli successive alla prima esclusivamente mediante rito religioso. Sebbene giuridicamente le mogli unite spiritualmente non acquisiscano alcun diritto, sono trattate dalla comunità religiosa, e dunque dalla loro società, al pari della prima moglie.

La poligamia è, invece, *de iure* quando è riconosciuta dall'ordinamento giuridico, tipico esempio è la poliginia praticata dai musulmani negli Stati che la riconoscono e la disciplinano.

Oltre alla distinzione tra poligamia *de facto* e *de iure*, bisogna discernere la poligamia "successiva" o "seriale" da quella "sincronica" o "contemporanea". La prima si configura in caso di nuovo matrimonio dopo la cessazione del primo. Alcuni studiosi ritengono che la società odierna, legiferando a favore della liceità del divorzio, non sia monogama in senso stretto, bensì poliginica o poliandrica "seriale" o "successiva". Quest'ultimo tipo di poligamia si distingue

¹³¹ KOKTVEDGAARD ZEITZEN M., *Claiming the Right to Polygamy. Fundamentalist Mormon Challenges to North American Legal Cultures*, in Petersen, H. et al (eds.) *Contemporary Gender Relations & Changes in Legal Cultures*, Copenhagen: DJØF, 2013, pp. 61 ss.

da quella “sincronica” o “contemporanea”, che si realizza quando l’unione matrimoniale tra più soggetti avviene simultaneamente.

Sebbene nell’immaginario collettivo la poligamia sia associata alla religione musulmana e mormone, è stata praticata fra gli aderenti di tutte le religioni del mondo. Invero, tra gli elementi più rilevanti che emergono dallo studio della diffusione della poligamia vi sono la sua trasversalità rispetto al fenomeno religioso. La poligamia è, infatti, consentita e praticata, oltre che dai musulmani e dai fondamentalisti mormoni, anche da animisti, e, in passato, era invalsa anche tra i cristiani¹³².

La maggior parte degli studi antropologici sulla poligamia si concentra sulla poliginia dei mormoni e dei musulmani, sulla poliandria praticata in alcune zone dell’Himalaya e quella diffusa in alcune regioni africane. La poliginia è praticata prevalentemente negli Stati a religione musulmana e dai mormoni nello Utah (in America), mentre la poliandria è ammessa soltanto in alcune aree dell’Asia centrale, dell’India e dell’Africa.

Infine, è bene non confondere la poligamia con il *polyamory*¹³³, che è una pratica che ammette la possibilità che una persona abbia più relazioni intime contemporaneamente. La relazione poliamore presenta più vantaggi rispetto alla poligamia: offre eguali opportunità all’interno della relazione, prevede il consenso di tutte le parti coinvolte - che devono essere informate del contesto relazionale in cui si trovano inseriti - infine, non discrimina le unioni tra persone dello

¹³² Per un maggiore approfondimento della diffusione della poligamia nel mondo V. KOKTVEDGAARD ZEITZEN M., *Polygamy: A Cross-Cultural Analysis*, Oxford: Berg Publisher, 2008.

¹³³ L’*Oxford English Dictionary*, 2006, lo definisce come: «(1) il fatto di avere strette relazioni affettive con uno o più individui simultaneamente, inteso come un’alternativa alla monogamia, spec. rispetto a quanto attiene alla sfera sessuale; (2) l’usanza o la pratica di intrattenere relazioni sessuali multiple con la conoscenza o il consenso di tutti i partner coinvolti».

stesso sesso¹³⁴. Tali legami si caratterizzano dal rifiuto dell'assunto monogamico e dall'assenza di vincolo matrimoniale tra le persone coinvolte. Poiché il *polyamory* si fonda principalmente sul presupposto del consenso di tutte le persone coinvolte, le quali non rivendicano alcun diritto a sposare più di un coniuge, non rientra nel novero del dibattito sulla poligamia, e non le terrò in considerazione.

2. LA POLIGINIA NEL DIRITTO ISLAMICO

Nei paesi islamici non c'è uniformità nella legge e nelle tradizioni, ma alcuni atteggiamenti culturali e alcune istituzioni sono comuni. La poliginia, come forma di unione familiare, infatti, è ammessa nella maggior parte degli Stati in cui il credo musulmano è religione di Stato - con l'eccezione della Tunisia e della Turchia in cui la poliginia è stata soppressa ed è penalmente sanzionata¹³⁵.

In primo luogo, appare necessaria una riflessione preliminare: sebbene il matrimonio poliginico sia considerato uno dei tratti distintivi del mondo arabo, è praticato sia nei paesi islamici nordafricani, sia in molti paesi dell'Africa subsahariana¹³⁶. Nel periodo preislamico la poliginia era largamente diffusa - senza limitazioni nel numero di donne da sposare - sia nelle società arabe sia

¹³⁴ La Emens definisce il *polyamory* come «un modello sessuale esclusivo, analiticamente distinto dalle relazioni monogame principalmente per il numero dei partecipanti». Cfr. EMENS E. F., *Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence*, 29 N.Y.U., Rev. L. & Soc. Change, 2004, p. 277.

¹³⁵ In Turchia nel 1926, e in Tunisia nel 1956 è stato adottato un nuovo codice che recepisce il modello di famiglia monogamica.

¹³⁶ Vi sono Stati dell'Africa subsahariana ove essa è pienamente legittima (Kenya), e altri in cui pur non essendo prevista nell'ordinamento statale è prevista dal *customary law*, (Namibia, Sudafrica, Zimbabwe, Lesotho, Somalia, Etiopia, Botswana, Guinea Equatoriale, Liberia, Malawi, Mozambico, Sierra Leone, Ghana), ed infine alcuni in cui è proibita (tra i quali Costa d'avorio, Angola, Benin, Rwanda, Burundi).

in quelle africane. L'avvento della religione islamica ha disciplinato la poliginia limitando il numero di mogli legittime e circoscrivendo le condizioni sociali e materiali che il poligamo è chiamato a rispettare.

Nei paesi musulmani il diritto di famiglia è disciplinato dal Corano il quale permette all'uomo musulmano di sposare fino a un massimo di quattro mogli, a condizione che posseda i mezzi finanziari sufficienti per mantenere tutte le sue mogli, visiti ciascuna moglie a intervalli regolari di tempo e garantisca equità tra le sue mogli. Il versetto del Corano che fa riferimento alla poliginia è il terzo della Sura IV, il quale recita: «Se temete di non esser equi con gli orfani, sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola, o le ancelle in vostro possesso; questo sarà più atto a non farvi deviare»¹³⁷.

Le donne islamiche hanno opinioni diametralmente opposte sulla poligamia: alcune si dichiarano contrarie e vorrebbero abolirla, pur rimanendo fedeli alla fede islamica; altre la approvano ma vorrebbero apportare delle modifiche per adattare la poligamia ai loro bisogni. Purtroppo, a causa dell'interpretazione patriarcale dell'Islam, le donne hanno difficoltà a conciliare, da un lato, la fedeltà alla

¹³⁷ Questo versetto è stato oggetto di interpretazioni contrastanti tra loro: alcuni hanno ritenuto che non si potesse trarre il divieto di sposare più di quattro donne poiché l'espressione "due o tre o quattro" è semplicemente indicativa di un numero maggiore di uno; altri hanno sostenuto che tale versetto dovesse essere inteso come un'esortazione alla poliginia, quasi costituisse un dovere per i credenti, e non come un mezzo finalizzato a limitarne gli abusi che venivano fatti nel periodo preislamico. Questi problemi interpretativi sono stati risolti mediante il riferimento alla Sunna, nella quale si legge che a un neofita, Gaulàn, il quale aveva dieci mogli al momento della sua conversione, il Profeta gli abbia detto: «scegline quattro e separati dalle altre». Inoltre, sempre nel Corano al versetto XXXIII, 50, si trova un'altra indicazione riguardo alla limitazione del numero delle mogli di un poligamo: «o Profeta! Noi ti dichiaram lecite le tue spose, cui hai pagato la dote dovuta, e le schiave che possiedi concesse a te da Dio come preda di guerra, e le tue figlie di tuo zio paterno e le figlie delle tue zie paterne, e le figlie di tuo zio materno e le figlie delle tue zie materne che emigrarono con te, ed ogni donna credente che si conceda al Profeta, se il Profeta voglia sposarla, privilegio questo a te concesso ad esclusione di altri credenti affinché non gravi su di te alcun peccato; che Dio è indulgente, clemente!». Da questo versetto si evince che il privilegio di sposare un numero illimitato di donne sia riservato soltanto al Profeta e non riguardi, quindi, la generalità di fedeli.

religione islamica e, dall'altro, la rivendicazione di maggiori diritti. L'affermazione di pari opportunità è, infatti, un'impresa ardua in tale contesto perché la religione regola tutti gli aspetti della vita dei musulmani e la giurisprudenza non è stata riformata, continuando ad essere legata a concezioni che mal si adattano alle esigenze di una società moderna¹³⁸.

Negli ultimi anni si assiste a un forte ridimensionamento del diritto alla poligamia, realizzato con lo sforzo esegetico teso a reinterpretare in chiave evolutiva i versetti coranici non più rispondenti alle mutate condizioni della stessa società islamica: sono stati introdotti dei meccanismi di limitazione al matrimonio poligamico che rendono, di fatto, tale pratica di difficile attuazione. Tali meccanismi prevedono un'autorizzazione giudiziaria preventiva al matrimonio poliginico¹³⁹- volta ad accertare l'esistenza dei requisiti che possono garantire la serena convivenza: il consenso della prima moglie al matrimonio successivo del marito nonché la sufficiente capacità economica del marito a sostenere tutte le mogli e i figli - e, in alcuni casi, la possibilità di introdurre la clausola di monogamia come stipulazione accessoria del contratto di matrimonio. Se il marito viola la clausola, la legge prevede l'automatico scioglimento del primo o del secondo matrimonio, secondo quanto previsto dal contratto. Tali meccanismi di limitazione hanno un effetto culturale dissuasivo. Ne è prova il fatto che l'Islam moderno registra un bassissimo numero di matrimoni poligamici.

Gli islamici si dividono tra chi vorrebbe abolire la poliginia ritenendo che sia frutto di un'interpretazione misogina dei precetti islamici; e chi accetta tale pratica sostenendo che sia un diritto che Dio riserva solo agli uomini.

¹³⁸ ALEXANDRE M., *Big Love: Is Feminist Polygamy an Oxymoron or a True Possibility?*, *Hastings Women's Law Journal* 18, 2007, pp. 2 ss.

¹³⁹ Questa è la soluzione adottata in Siria, Iraq, Libia e Somalia.

La prima tesi è sostenuta da un movimento di donne, denominato “femminismo islamico”, sviluppato in varie parti del mondo (Iran, Egitto, Turchia, Marocco, Malesia, Sudafrica, Stati Uniti), all’inizio degli anni novanta del novecento¹⁴⁰. Questo movimento - considerato uno dei più importanti per la tutela dei diritti umani all’interno della cornice islamica - basandosi su una rilettura dei testi sacri da una prospettiva di genere, sostiene che il Corano garantisca alle donne libertà e diritti, e che la subordinazione femminile sia il risultato non solo dell’esclusione delle donne dal processo esegetico e da quello di formazione della giurisprudenza islamica, ma anche dell’occultamento del ruolo da loro svolto nella storia. Queste studiose ritengono che siano state le interpretazioni dei testi sacri realizzate da ristrette élite maschili ad affermare l’inferiorità e la sottomissione femminile, tradendo il messaggio coranico della fondamentale eguaglianza di tutti gli esseri umani, compresa l’eguaglianza fra i generi. Le femministe islamiche ritengono che il percorso verso l’emancipazione non debba necessariamente svilupparsi adottando il modello universalista dell’ideologia femminista occidentale, ma che possa invece realizzarsi attraverso l’accettazione e la reinterpretazione critica della propria tradizione culturale. In particolare, per reinterpretare in chiave femminile la tradizione musulmana, si servono dell’*ijtihad* - la ricerca indipendente sui testi religiosi - e del *tafsir* - l’esegesi del Corano - concentrandosi sullo studio della vita del Profeta, delle sue mogli e delle donne che hanno ricoperto ruoli importanti nella storia dell’Islam. Le mogli del Profeta sono

¹⁴⁰ Alcune studiose credono che sia necessario parlare di femminismi islamici, al plurale, vista la molteplicità di posizioni insite nel movimento. V. PEPICELLI R., *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, Carocci editore, 2010, p. 23, la quale afferma che «il femminismo islamico non si presenta come un movimento omogeneo, un’identità coerente, ma piuttosto come un contenitore di diverse posizioni, il cui scopo comune è l’affermazione dei diritti delle donne in chiave islamica».

considerate donne di grande prestigio per leadership politica e autorità religiosa¹⁴¹.

Fra le battaglie sostenute dal movimento femminista islamico, si annovera anche quella per l'abolizione della poliginia per porre fine al patriarcato e garantire alle donne gli stessi diritti degli uomini¹⁴². Le femministe islamiche credono che il Corano abbia previsto la poliginia per far fronte alle esigenze delle prime comunità di credenti, quando i matrimoni poligamici servivano a offrire assistenza e protezione alle donne rimaste vedove e ai loro figli. A quei tempi, infatti, molti uomini morivano in battaglia e le donne rimanevano sole con i figli da accudire. Gli uomini che restavano in vita erano tenuti a prendersi cura degli orfani e delle vedove. Pertanto, contestualizzando i versetti coranici, le esegete femministe mostrano che la poliginia è stata autorizzata da Dio come garanzia di giustizia ed equità, e che tale pratica, alla luce della realtà del XXI secolo, debba essere considerata anacronistica. Questo cambiamento di prospettiva mostrerebbe come nel Corano siano sempre assicurati i diritti delle donne, piuttosto che il contrario.

Si oppongono alle teorie propuginate dalle femministe islamiche gli studiosi tradizionali islamici, i quali disapprovano ogni proposta di riforma, innanzitutto perché credono che la legge islamica sia divina e

¹⁴¹ Per un approfondimento sullo sviluppo del movimento femminista islamico si veda PEPICELLI R., *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, op. cit.; PEPICELLI R., *Donne e diritti nello spazio mediterraneo*, in F. Cassano, D. Zolo, a cura di, *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 315-333; BADRAN M., *Il femminismo islamico*, *ivi*, pp. 334-361; BARLAS A., *Believing Woman: Sex/ Gender, Patriarchy and the Qu-ran*, University of Texas Press, Austin, 2002; COOKE M., *Woman Claim Islam: Creating Islamic Feminism Through Literature*, Routledge, New York, London, 2001.

¹⁴² Il femminismo islamico ha affrontato anche questioni interne alla sfera religiosa: come la possibilità per la donna di divenire *imam* (colui che guida la preghiera), l'accesso alla moschea per la preghiera collettiva e l'ingresso delle donne nelle professioni religiose, come quella dei *mufti* (che ha l'autorità di emettere le *fatwa*). Inoltre, le esegete femministe islamiche si sono pronunciate anche in una serie di questioni relative alla sottomissione della donna al proprio marito, sostenendo che il Corano non giustifica la violenza fisica o psicologica contro alcun essere umano.

indisponibile, inoltre perché temono che le riforme possano minare la legittimità delle leggi islamiche e il fondamento degli Stati musulmani. Questi giustificano la poliginia sul presupposto che l'uomo abbia naturalmente più appetiti carnali della donna, mentre la donna si appagherebbe per sua natura con un solo uomo. Secondo la loro interpretazione, Dio, nella sua infinita saggezza, gli avrebbe concesso più mogli per evitare che l'uomo cada nello stupro, nella fornicazione e nell'immoralità¹⁴³.

È, dunque, evidente che oggi chi interpreta il Corano abbia delle visioni diametralmente opposte: da un lato, vi è chi ritiene che il Corano sia basato su un sistema patriarcale fondato su una gerarchia di tipo sessuale, e si batte per interpretarlo in modo più ugualitario rispetto al genere¹⁴⁴; dall'altro si schierano gli islamici difensori di una visione ultrapatriarcale e conservatrice. Queste due fazioni contrapposte permettono di distinguere tra coloro che si battono per abolire la pratica poliginica da chi ritiene debba essere mantenuta.

2.1 Poliginia islamica e principio di uguaglianza

Nel mondo islamico le donne e gli uomini, da un punto di vista strettamente religioso, sono uguali: entrambi sono chiamati a rispettare i doveri morali e religiosi dell'Islam. Tuttavia, nella legge coranica e nelle consuetudini è radicata l'idea della complementarità e

¹⁴³ Per un approfondimento sulle ragioni avanzate dai saggi islamici a favore della poliginia cfr. PACINI J., *Il diritto islamico vivente. Le Fatwa dell'European Council for Fatwa and Research*, Jura Gentium, 2010; RIGOTTI F., *Poligamia e diritti*, Jura Gentium, 2005, <http://www.juragentium.org/topics/women/it/rigotti.htm>.

¹⁴⁴ È interessante rilevare che questa prospettiva è condivisa anche da molti uomini, i quali ritengono che la poliginia in Islam riduca le donne a soddisfare le pulsioni sessuali degli uomini e sia sinonimo di sopraffazione e supremazia maschile. Cfr. Qasim Amin, autore di uno dei primi testi femministi del mondo arabo (*La liberazione della donna* - 1899), fu uno dei primi a proporre una riforma della legge sulla poligamia.

della diversità funzionale dei coniugi, dalla quale deriva una differente posizione della donna rispetto all'uomo: le prime hanno un ruolo dominante nell'educazione dei figli e in ogni altro aspetto della vita domestica, invece, i secondi dominano nella sfera economica e sociale¹⁴⁵.

Per gli islamici la poliginia non corrisponde a una promiscuità legalizzata, così come potrebbe apparire agli occhi di un occidentale, bensì rappresenta un'assunzione di responsabilità da parte degli uomini che devono sostenere il peso economico di tutte le loro mogli e della loro prole, dettata dal desiderio dell'Islam di integrare tutti i membri della società in una struttura familiare. L'importanza dell'istituto del matrimonio in Islam è confermata dalla permanenza del reato di fornicazione¹⁴⁶.

La società poliginica musulmana considera, dunque, la poliginia un bene, in quanto «persegue la realizzazione di una necessità umana, assecondando al contempo le tendenze sessuali della parte maschile e la garanzia di sostegno per quella femminile¹⁴⁷»

Eppure le regole di derivazione religiosa in materia di diritto islamico appaiono lesive dei principi di uguaglianza e non discriminazione tra i generi, soprattutto nel rapporto coniugale. La pratica poliginica riconosce soltanto all'uomo la possibilità di prendere più di una moglie, negando alla donna lo stesso diritto. L'assenza di bilateralità nel matrimonio poliginico, rende tale istituto

¹⁴⁵ Per un approfondimento sul matrimonio nel diritto islamico cfr. PUGLIESE M., *La condizione della donna e il matrimonio nel diritto islamico*, in *St. stor. e religiosi*, 2001, pp. 199 ss.

¹⁴⁶ Costituisce fornicazione qualunque rapporto sessuale al di fuori del matrimonio. La fornicazione è un delitto particolarmente grave, fa parte del ristretto gruppo di comportamenti la cui punizione, essendo sancita direttamente dal Corano, costituisce un vero e proprio diritto di Allah, ineludibile e irrinunciabile. La pena per fornicazione può giungere fino alla morte per lapidazione.

¹⁴⁷ PACINI J., *Il diritto islamico vivente. Le Fatwa dell'European Council for Fatwa and Research*, op. cit., p. 3.

lesivo di un valore che è accolto nel concetto occidentale di democrazia: mentre, infatti, la società occidentale si informa ai diritti universali di uguaglianza, il diritto musulmano classico si fonda sulla disuguaglianza tra uomo e donna. La superiorità dell'uomo rispetto alla donna trova esplicito riconoscimento nel Corano, nel quale si afferma che «gli uomini hanno autorità sulle donne per la superiorità che Dio ha concessa agli uni sulle altre¹⁴⁸». Tale affermazione, che ripropone un'idea patriarcale della donna, collide con il diritto occidentale che si fonda sull'opposto principio dell'uguaglianza tra esseri umani, senza distinzione e discriminazione di sesso, e attribuisce all'uomo e alla donna «uguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento»¹⁴⁹.

Il principio di uguaglianza rappresenta una conquista fondamentale della moderna civiltà giuridica. La Convenzione Internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, afferma che il principio di uguaglianza impegna gli Stati a prendere «tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio»¹⁵⁰. Tale Convenzione prevede delle riserve da parte dei paesi arabi per i quali il matrimonio è «un diritto di ogni essere umano» ma «nel suo quadro islamico».

Una precisazione si rivela necessaria: se alla poliginia si accompagna la relazione di disuguaglianza tra uomo e donna, non si può affermare che il principio di uguaglianza sia alla base del matrimonio monogamico, invero, lo sarebbe pure del rapporto poliginico, se si ammettesse pure la poliandria. Dunque, il carattere

¹⁴⁸ Corano, Sura IV, 34.

¹⁴⁹ Tale principio è affermato nell'articolo 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, e nell'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

¹⁵⁰ Art. 16 della Convenzione Internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (CEDAW).

monogamico non costituisce il presupposto del rispetto del principio di uguaglianza, ma è solo un effetto che la legge ordinaria collega al vincolo che nasce dal matrimonio. Vi è chi sostiene che, in futuro, al pari di quanto è accaduto per il vincolo dell'indissolubilità del matrimonio, anche il carattere monogamico del matrimonio potrebbe venire meno per lasciare spazio alla poligamia bilaterale, che assicura ad entrambi i sessi lo stesso diritto¹⁵¹.

2.2. *Il caso del Marocco, della Tunisia e del Kenya*

Il Marocco, la Tunisia ed il Kenya meritano un approfondimento poiché godono di una posizione diversa rispetto agli altri Stati musulmani. Il Marocco si caratterizza per aver introdotto un meccanismo di limitazione alla pratica poliginica; la Tunisia si distingue per aver abolito la poliginia; infine, il Kenya ha di recente riconosciuto la poliginia accanto al matrimonio monogamico.

La prima codificazione del Codice della famiglia marocchino, la *Mudawwana*, che dispone in materia di matrimonio, divorzio e filiazione risale al 1958. Il Codice sanciva una serie di limitazioni ai diritti e alle libertà femminili, come il riconoscimento della poligamia, limitazioni all'ottenimento del divorzio quando era la donna a chiederlo e, l'obbligo, per le donne, di ottenere il permesso di un tutore per potersi sposare. Nel 2004 il Codice è stato riformato in conformità a letture progressiste del Corano, sancendo l'uguaglianza e la corresponsabilità tra i coniugi¹⁵². In particolare, la *Mudawwana*

¹⁵¹ COLAIANNI N., *Poligamia e principi del "diritto europeo"*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 2002/1, p. 247.

¹⁵² La *Mudawwana* segna un importante passo in avanti per i diritti delle donne, sia in ambito matrimoniale - prevede: l'abolizione della figura del tutore per le donne; l'innalzamento dell'età matrimoniale da 15 a 18 anni (anche se è previsto che tale soglia possa essere abbassata dal giudice, a cui il codice assegna un ampio

prevede delle restrizioni che rendono più difficile il procedimento per sposare più di una moglie, ma non vieta espressamente la poliginia. Il nuovo codice ammette la possibilità di introdurre una clausola monogamica nel contratto matrimoniale, attraverso la quale la donna può vietare al marito di prendere una seconda moglie¹⁵³. In mancanza di tale clausola l'uomo, per contrarre un altro matrimonio, deve presentare istanza giudiziaria in tribunale, nella quale menziona i motivi che giustificano la sua richiesta. Il giudice concede l'autorizzazione solo se accerta che la poligamia è giustificata da una ragione obiettiva eccezionale (generalmente il desiderio dell'uomo di avere più figli), e se il richiedente dimostri - mediante la presentazione di una dichiarazione dei redditi - di possedere risorse sufficienti per provvedere al sostentamento di tutte le famiglie, garantendo un alloggio indipendente ed uguaglianza in tutti gli aspetti della vita. Inoltre, affinché il giudice conceda la possibilità di contrarre matrimoni poligamici è necessario, da un lato, che la prima moglie dichiari di essere a conoscenza dell'intenzione del marito di prendere una "ulteriore" moglie, e che presenti una sua dichiarazione dalla quale si evinca la sussistenza delle condizioni sufficienti al consenso al matrimonio poligamo e, dall'altro, che la futura seconda moglie conosca lo stato coniugale dell'uomo che intende sposare. Il giudice

marginale di discrezionalità); l'abolizione della regola di obbedienza della moglie al marito; la divisione dei beni acquistati durante il matrimonio in caso di divorzio - sia in tema di divorzio - prevede la possibilità per la donna di richiederlo, il riconoscimento del solo divorzio giudiziario; garantisce gli alimenti alla madre, la custodia dei figli e il domicilio coniugale; nel caso in cui si risposi, la donna può ottenere la tutela dei figli fino a quando non abbiano compiuto i sette anni di età. Per un'analisi della riforma del codice della famiglia si veda BUSKENS L., *Recent Debates on Family Law Reform in Morocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere*, *Islamic Law and Society*, 10, 2003, 1, pp. 70 ss.; CHEKIR H., *Il ruolo della donna nei paesi del Maghreb*, in CASSANO F., ZOLO D., a cura di, *L'alternativa mediterranea*, op. cit., pp. 362 ss.

¹⁵³ Anche nell'ordinamento egiziano è possibile inserire nel contratto la clausola di monogamia. Tuttavia, anche se essa manca, il matrimonio contratto dal marito senza il consenso della prima moglie è una delle cause che giustificano il divorzio. Allo stesso modo la nuova moglie, alla quale sia stato tenuto nascosto il precedente matrimonio, è legittimata a chiedere il divorzio.

vieterà la poliginia nel caso in cui tema che possa derivarne un'ingiustizia tra le mogli, oppure quando la prima moglie abbia imposto una condizione in base alla quale il marito si impegna a non prendere un'altra moglie. In Marocco, dunque, non si può affermare che esista un vero e proprio diritto di poliginia, in quanto esso è vincolato necessariamente alla volontà della moglie e alla decisione del giudice¹⁵⁴.

In Tunisia, il codice di statuto personale promulgato nel 1956 ha rafforzato la tutela dei diritti della donna all'interno della famiglia attraverso: l'abolizione della poliginia, la sostituzione del divorzio al ripudio, la legalizzazione dell'aborto, l'abolizione del dovere di obbedienza della donna al suo sposo e la previsione di un obbligo di cooperazione tra i coniugi nella gestione della vita familiare. In particolare, l'art. 18 del Codice di statuto personale sancisce l'espresso divieto della poligamia e prevede che chiunque, se già sposato, contrae matrimonio prima della dissoluzione di quello precedente «è punito con un anno di reclusione e con una multa di 240 dinari, o con una delle due pene». Alla stessa pena soggiace chi conclude consapevolmente il contratto di matrimonio con una persona già sposata¹⁵⁵. La violazione del divieto disposto dall'art. 18 determina la nullità del secondo matrimonio. Il processo di modernizzazione avviato in Tunisia ha indotto alcuni studiosi a ritenere che il paese rappresenti un esempio di sintesi tra due sfere, quella conservatrice e quella progressista, da sempre considerate in antitesi¹⁵⁶. Secondo alcuni, il codice tunisino «è portatore di elementi di innovazione e di

¹⁵⁴ Cfr. BAILEY M., KAUFMAN A. J., *Polygamy in the Monogamous World. Multicultural challenges for Western Law and Policy*, Santa Barbara, CA Praeger, 2010, p. 26 ss.

¹⁵⁵ La formulazione del divieto di poligamia rispecchia l'art. 556 del codice penale italiano.

¹⁵⁶ BECK-PECCOZ ALUFFI R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi, Codificazione e riforme*, in Riv. Dir. Civ., 1998, p. 595.

progresso nella società, ed è un buon esempio del modo in cui modernità e diritto islamico non necessariamente si escludano a vicenda, ma possano convivere»¹⁵⁷. La riforma del codice di statuto personale tunisino ha trasformato la fisionomia della società, contribuendo a far uscire la donna dallo stato d'inferiorità nella quale era relegata, improntando le relazioni familiari ad un maggiore senso di giustizia e di equità.

Un altro caso particolarmente interessante è quello kenyota in cui la poligamia, ampiamente tollerata dal *customary law*, in entrambe le sue forme, è stata espressamente riconosciuta, prima, nel 2007 dal *Marriage Bill*, e, dopo, nel 2014 dalla *Poligamy Bill*, legge che permette esclusivamente ai cittadini maschi di sposare legalmente altre donne oltre la prima moglie¹⁵⁸. La legge non limita il numero di mogli legali che è, di solito, associato alla disponibilità finanziaria dell'uomo. La poliginia ha, però, dei limiti di applicazione: è valida per tutti i cittadini di fede musulmana o animista.

La *Poligamy Bill* è stata oggetto di un vivace dibattito: da un lato, le associazioni femministe, la federazione nazionale delle donne avvocato e alcune associazioni in difesa dei diritti umani si sono opposte alla legalizzazione della poligamia sostenendo che promuovesse una cultura patriarcale e misogina, lesiva della dignità della donna; dall'altro, i promotori della legge hanno affermato la necessità di regolamentare una situazione di fatto per meglio proteggere le donne keniate. Secondo alcuni avvocati l'emanazione di norme destinate a conferire pieno riconoscimento giuridico ai matrimoni poliginici contratti secondo il *customary law* è

¹⁵⁷ D'AMATO C., *Il fenomeno della poliginia in Africa: la legislazione nei paesi islamici nordafricani e il caso della Tunisia*, in ALICINO F., BOTTI F., *I diritti culturali-religiosi dall'Africa all'Europa*, Giappichelli Editore, 2012, pp. 333 ss.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 342 ss.

principalmente finalizzata a garantire alle mogli e ai figli dei poligami, quali soggetti più deboli della famiglia poligamica, l'esercizio di diritti e tutele derivanti dal matrimonio che, in caso di mancato riconoscimento dello stesso da parte dell'ordinamento statale, sarebbe spesso frustrato. Il *Poligamy Bill* garantisce un equo trattamento di tutte le mogli dal punto di vista giuridico, e vieta di contrarre matrimoni con minorenni, pratica molto diffusa in Kenya. Controverso è l'articolo che prevede che l'uomo possa contrarre nuovo matrimonio senza il consenso della donna. Così come molto dibattuta è stata la questione legata all'inammissibilità della poliandria, pratica diffusa in Kenya.

Questi ultimi sviluppi sono indicativi del fatto che il mondo islamico non può essere considerato come un blocco monolitico, esso possiede un'identità dinamica e poliedrica¹⁵⁹. Pertanto non potendo analizzare le singole realtà presenti nei vari stati musulmani, mi sono limitata a descriverne alcuni per evidenziare che, se in alcuni paesi si è assistito ad un percorso di evoluzione normativa caratterizzato da una progressiva regolamentazione e limitazione della poligamia, come nel caso del Marocco, fino ad arrivare, come nell'esperienza tunisina, alla sua proibizione; in altri, vedi l'esperienza keniota, vi è stata un'evoluzione di segno opposto. L'idea che la poligamia sia un retaggio del passato e che, pertanto, un percorso di modernizzazione della società non possa che condurre verso la sua proibizione può essere, dunque, smentita. In alcuni contesti la poligamia è accettata poiché ancora fortemente radicata nel tessuto sociale, culturale e religioso di un popolo, e l'ordinamento statale assume generalmente una posizione incline alla legittimazione giuridica anche al fine di

¹⁵⁹ Per una trattazione più completa del fenomeno poliginico in Africa cfr. BAILEY M., KAUFMAN A. J., *Polygamy in the Monogamous World. Multicultural challenges for Western Law and Policy*, op. cit., p. 7 ss.

garantire, attraverso tale riconoscimento, altri diritti e altri valori ritenuti ugualmente meritevoli o prevalenti rispetto a quelli che l'eliminazione della poligamia vorrebbe tutelare.

3. LA POLIGINIA FRA I MORMONI FONDAMENTALISTI NEGLI USA

La poliginia mormone «si sviluppa come fenomeno autoctono di una minoranza all'interno di una cultura dominante»¹⁶⁰. Invero, i mormoni fondamentalisti poliginici hanno fondato le loro comunità negli Stati Uniti e in Canada, paesi nei quali la monogamia è l'unica forma di matrimonio ammissibile.

I mormoni fondamentalisti ritengono che la poliginia sia stata imposta da Dio, tramite una rivelazione avvenuta nel 1843 al profeta Joseph Smith, il fondatore della Chiesa dei Santi degli Ultimi Giorni (SLD¹⁶¹). Secondo questa rivelazione, tale pratica era giustificata dal fatto che Abramo e altri patriarchi dell'Antico Testamento avevano più di una moglie. La pratica del matrimonio plurimo è stata interrotta definitivamente nel 1890 anno in cui - in seguito ad una rivelazione ricevuta dall'allora Presidente della Chiesa SLD Wilford Woodruff - la Chiesa mormone vietò la poliginia attraverso una dichiarazione formale di rinuncia conosciuta come il "Manifesto"¹⁶². Dopo aver assunto questa posizione la Chiesa mormone scomunicò coloro che non osservavano tale *dictum*.

¹⁶⁰ PETRALIA V., *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, in *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, (a cura di) PARISI N., RUGGERI A., Editoriale scientifica, Atti del Convegno - Catania, 29 maggio 2014 (in corso di pubblicazione).

¹⁶¹ Acronimo di *Church of Latter-day Saints*.

¹⁶² <https://www.lds.org/scriptures/dc-testament/od/1?lang=ita>

Al fine di promulgare uno stile di vita poligamo, nella prima metà del novecento, Lorin C. Woolley lasciò la Chiesa mormone reclamando una separata linea di autorità sacerdotale. Dal gruppo scismatico condotto da Woolley traggono origine le diverse branche del fondamentalismo poligamo oggi esistenti. Le organizzazioni poligame maggiori sono circa una decina e nessuno di questi gruppi, o dei loro fedeli, ha legami di nessuna natura con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni. Tra questi gruppi i più noti e numerosi sono quelli che fanno capo alla Chiesa fondamentalista di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni (FLDS¹⁶³), alla Chiesa della Fratellanza Apostolica Unita e al Clan di Kingston. Complessivamente si stima che i fedeli mormoni fondamentalisti siano 60.000, di cui la metà stanziati nel territorio dello Utah in America.

Attraverso il matrimonio plurimo, i mormoni fondamentalisti esprimono la loro fedeltà ai valori della loro cultura tradizionale, da difendere di fronte la pretesa universalistica e imperialistica della società occidentale fondata sul matrimonio monogamico. I mormoni credono che la famiglia sia l'unità sociale fondamentale ed essenziale sulla terra, e che la struttura e la funzione della famiglia abbiano delle implicazioni eterne. Infatti, il principio cardine seguito dai mormoni fondamentalisti - noto come "il principio" - è la costruzione della "famiglia celeste", così come ordinato dal Padre Celeste, che rimarrà unita per l'eternità, obiettivo che può essere raggiunto sposando più donne possibili e facendo il maggior numero di figli¹⁶⁴. Poiché il

¹⁶³ Acronimo di *Fundamentalist Church of Jesus Christ of Latter Day Saints*.

¹⁶⁴ Per un approfondimento del "matrimonio celeste" tra mormoni fondamentalisti cfr. GORDON BARRINGER S., *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict in Nineteenth-Century America*, The University of North Carolina Press, 2002, pp. 18 ss.; VAZQUEZ R., *The practice of polygamy: Legitimate free exercise of religion or legitimate public menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence*, 5 N.Y.U.J. LEG. & PUB. POL'Y 225, 2002, p. 226; NUSSBAUM M., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic Books, 2008, pp. 179 ss.; KILBRIDE L. P., PAGE R. D., *Plural Marriage for Our Time: a Reinvented option*, 2d ed., California, Preager, 2012, p. 67 ss.;

Morrill Anti-Bigamy Act vigente in America, non consente di sposare più di una moglie, i mormoni fondamentalisti costituiscono le loro famiglie poliginiche unendosi alle “ulteriori” mogli attraverso un rito religioso, al quale non corrisponde, però, alcun riconoscimento giuridico da parte dell’ordinamento.

I mormoni fondamentalisti, al fine di vedere riconosciuto il loro stile di vita poligamo, rivendicano la libertà di religione e il diritto alla *privacy*, il quale ricomprende l’autonomia della persona di costruire liberamente le proprie relazioni sociali e sessuali.

Il caso più noto in tema di poliginia mormone sottoposto al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti è il caso *Reynold v. United States*, in cui un esponente della Chiesa fondamentalista di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, accusato per bigamia e condannato nei gradi di giudizio inferiori, ha presentato ricorso alla Corte Suprema sostenendo che la sua condotta avrebbe dovuto essere giustificata in quanto espressione del proprio credo religioso. La Corte è stata dunque chiamata a valutare se la criminalizzazione della poligamia ledesse la libertà di religione, sancita nel I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti¹⁶⁵, e ha statuito che «sebbene la libertà religiosa sia un diritto costituzionalmente garantito, la sua manifestazione concreta non può essere tutelata in maniera assoluta, e che il governo può intervenire per proibire o limitare pratiche che abbiano effetti dannosi su un individuo singolo, su un gruppo o sulla struttura morale della società»; aggiungendo che «il *common law* ha sempre definito il matrimonio monogamico come la pietra angolare della civiltà», e che «cambiare queste regole equivarrebbe a ritornare a pratiche barbare e primitive».

KOKTVEDGAARD ZEITZEN M., *Claiming the Right to Polygamy. Fundamentalist Mormon Challenges to North American Legal Cultures*, op. cit., p. 65 ss.

¹⁶⁵ Cfr. WITTE JR., *The legal challenges of religious in the USA*, in *Eccles. Law Jour*, 2009, pp. 72 ss.

In un'altra sentenza risalente, *Mormon Church v. United States*, la Corte ha dichiarato che i matrimoni poligamici sono «contrari allo spirito di cristianità ovvero alla civiltà occidentale nella quale il cristianesimo si è affermato», per tale motivo «la bigamia e la poligamia sono considerati reati in tutti i paesi civilizzati di cultura cristiana»¹⁶⁶.

Lo stesso orientamento è stato confermato, più recentemente, nel caso *Potter v. Murray City*, nel quale la Corte ha affermato che «è nell'interesse dello Stato promuovere la monogamia perché costituisce il fondamento sul quale si basa la nostra cultura»¹⁶⁷.

L'ostilità per la pratica della poliginia ha portato alla criminalizzazione, nello Stato dello Utah, non solo del matrimonio plurimo, ma anche del concubinato: al fine di dimostrare la sussistenza di un legame familiare poligamico era sufficiente comprovare la mera coabitazione con donne "ulteriori" rispetto alla "prima" moglie¹⁶⁸.

In una recentissima pronuncia¹⁶⁹, la Corte distrettuale dello Utah è stata chiamata a valutare il ricorso presentato da Kody Brown, personaggio principale del famoso reality "Sister Wives", che segue le vicende di una famiglia poliginica composta da quattro "mogli", un

¹⁶⁶ Supreme Court of the United States, decision of 19 May 1890, 136 U.S. 1, *Mormon Church v. United States*.

¹⁶⁷ United States Court of Appeals, Tenth Circuit, decision of the 30th April 1985, n. 84-1813, *Potter v. Murray City*.

¹⁶⁸ Nel caso *Cannon v. United States*, del 14 dicembre 1985, 116 U.S. 55, la Corte Suprema americana ha precisato che la mera coabitazione rientra nel regime di penalizzazione della poligamia. Ai fini della perseguibilità delle condotte era rilevante «*the outward semblance*». In argomento: EICHENBERGER S. L., *When for better is for worse: Immigration Law's gendered impact on foreign polygamous marriage*, in *Duke Law Journal*, 2012, pp. 1067 ss.; STRASSBERG M. I., *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, in *Em. Law Journal*, 2015, pp. 1815 ss.; ID., *The Challenge of Postmodern Polygamy*, *Capital University Law Review* 31, 2003, pp. 439 ss; ID., *Why the US Should Not Decriminalize Polygamy, But Should Not Criminalize Polyamory*, Hadassah Brandeis Institute, 2010. Conference On Polygamy, Polygyny, and Polyamory.

¹⁶⁹ United States District Court of Utah, decision of 13th December 2013, n. 2:11-cv-0652-CW, *Brown v. Buhman*.

marito e 17 figli. Il signor Brown sosteneva che il divieto di coabitazione violasse il I emendamento della Costituzione, che protegge i diritti fondamentali dell'individuo, incluso quello di praticare liberamente la propria religione; nonché il diritto alla *privacy*, coperta dal XIV emendamento, inteso come libertà di intrattenere relazioni intime tra persone adulte e consenzienti. La Corte, rivalutando gli elementi in conflitto, ha dichiarato il reato di coabitazione incostituzionale per violazione della libertà religiosa e del diritto alla *privacy*. In particolare, la Corte ha sostenuto che, per quanto attiene alla libertà di religione, la pratica della poligamia si fonda su una scelta religiosa e la proibizione della coabitazione sarebbe non neutrale poiché diretta a punire le convivenze religiose e non invece quelle laiche. Tale decisione deriva probabilmente dal fatto che la legge vigente nello Utah, vietava ai suoi cittadini il diritto alla "coabitazione" con più di una donna, diritto che negli altri 49 Stati poteva essere esercitato. Nello Utah, infatti, la convivenza aveva sempre assunto un altro significato rispetto agli altri Stati: prima delle riforme del mormonismo moderno, la poliginia era largamente praticata e il "coabitare religioso" corrispondeva a un vero e proprio matrimonio riconosciuto dalla chiesa.

Sebbene tale ultima pronuncia, che ha rimosso il divieto di coabitazione, sia stata interpretata dai mormoni fondamentalisti come un'apertura nei confronti del matrimonio poligamo, il giudice ha tuttavia precisato che «il semplice fatto di vivere insieme non rappresenta un matrimonio».

3.1. Poliginia mormone e diritto alla privacy

Oggi, i sostenitori della poligamia in America si appellano al XIV emendamento per vedersi riconosciuto il diritto di definire ed esprimere la loro identità attraverso il matrimonio plurimo. Le libertà fondamentali protette dal XIV emendamento includono la maggior parte dei diritti enumerati nel *Bill of Rights*. Queste libertà si estendono a scelte personali essenziali per la dignità dell'individuo e la sua autonomia, incluse le scelte intime che definiscono la sua identità personale e le sue credenze.

In particolare, i difensori della poligamia menzionano la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Lawrence v. Texas*¹⁷⁰, nel quale era in discussione la *Texas Sodomy Law*, per affermare che così come tale legge aveva illegittimamente interferito con la condotta sessuale privata di adulti consenzienti (nel caso di specie del medesimo sesso), allo stesso modo le leggi che proibiscono la poligamia violerebbero il diritto alla *privacy* della persona. In questa ricostruzione, la nozione del diritto alla *privacy* includerebbe: il diritto di prendere decisioni riguardo i comportamenti sessuali privati di adulti consenzienti, il diritto all'autodeterminazione sessuale, la libertà dall'ingerenza dello Stato nella sfera della libertà sessuale e familiare, includendo le scelte più intime e personali che una persona può fare nel corso della sua vita, scelte centrali alla propria dignità e autonomia¹⁷¹.

La loro richiesta potrebbe trovare riconoscimento anche nell'opinione di maggioranza espressa dal giudice Kennedy nell'ultima sentenza che ha riconosciuto il matrimonio omosessuale, in

¹⁷⁰ Supreme Court of the United States, decision of 26th June 2003, 539 U.S. 558, *Lawrence et al. v. Texas*.

¹⁷¹ Cfr. RICHARDS J., *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, in *Calif. Law Rev.*, 2010, pp. 197 ss., nel quale afferma che «la libertà include il diritto di definire il proprio concetto di esistenza, di significato dell'universo».

cui si afferma che: «l'identificazione e protezione dei diritti fondamentali è una parte fissa del dovere del giudice di interpretare la Costituzione» ed «esige che le Corti esercitino un motivato giudizio nell'individuare interessi delle persone tanto fondamentali a cui lo Stato debba accordare loro il proprio rispetto (...). La storia e la tradizione guidano e disciplinano questa indagine ma non pongono i suoi limiti esterni, v. *Lawrence*. Quel metodo rispetta la nostra storia e impara da essa, senza consentire al passato da solo di governare il presente (...). Chi ha scritto il *Bill of Rights* non presumeva di conoscere l'estensione della libertà in tutte le sue dimensioni e così affidarono alle future generazioni lo statuto che protegge i diritti di tutte le persone a godere delle libertà come e quando ne apprendiamo il significato. Quando una nuova visione rivela una discordanza tra le tutele fondamentali assicurate dalla Costituzione ed una limitazione legale, si deve sollevare una pretesa di libertà. Applicando questi principi, la Corte ha da lungo tempo ritenuto che il diritto al matrimonio è protetto dalla Costituzione». Alla luce di quanto affermato dai giudici nelle sentenze richiamate, i difensori della poligamia chiedono che vengano utilizzati gli stessi argomenti per vedersi riconosciuto il diritto al matrimonio che è «uno dei diritti personali essenziali per l'ordinaria ricerca della felicità da parte di uomini liberi»¹⁷².

Al contrario, coloro che si oppongono alla poligamia sostengono che non sia possibile riconnettere l'esercizio della pratica poliginica a una libera determinazione della persona, poiché le donne sono indotte alle relazioni poliginiche da pressioni religiose e sociali; pertanto il matrimonio plurimo confliggerebbe con il diritto all'autodeterminazione sessuale. Inoltre, i critici della poligamia

¹⁷² Tale principio è stato affermato dalla Corte Suprema americana nel caso *Loving v. Virginia*, in cui ha annullato la legge che rendeva nulli i divieti di unioni tra persone di razze diverse.

evidenziano che nelle comunità poliginiche mormoni, le donne hanno un limitato accesso all'istruzione e alle informazioni circa la vita che si svolge al di fuori delle loro comunità. Tale mancanza di informazioni sulle possibili alternative di vita non consentirebbe alle stesse l'esercizio di scelte consapevoli. Quindi l'eventuale scelta di queste donne a favore della poliginia sarebbe viziata e, pertanto, irrilevante.

La nuova ondata di proscuzioni nei confronti dei mormoni fondamentalisti è alimentata dalle storie divulgate dai media, che pongono l'accento sulle condizioni in cui versano giovanissime donne costrette a sposarsi (contro il loro volere) con uomini molto più anziani di loro. Inoltre, l'opposizione nei confronti della pratica della poliginia mormone deriva dal fenomeno conosciuto con il nome di "*Lost Boys*", in cui giovani ragazzi vengono espulsi dalla comunità di origine - nel caso in specie dalla comunità di Warren Jeffs, profeta della Chiesa FLSD - per il timore che possano competere con gli uomini più anziani nella scelta delle spose. Infatti, a causa dell'educazione limitata ricevuta da tali giovani e dell'isolamento rispetto al mondo esterno alla comunità, molti "*lost boys*" esiliati hanno avuto problemi con la legge, la droga e l'alcool¹⁷³.

L'argomento del danno generato alle donne e ai bambini, nonché quello del "consenso imperfetto" è quello maggiormente utilizzato dagli americani per opporsi a tale pratica.

Dinanzi a tali argomenti controversi, bisognerebbe stabilire quando una scelta scaturisca da un'autonoma e libera determinazione della persona. A tal proposito è stato avanzato un ulteriore argomento che fa leva sul fatto che sia difficile stabilire se le scelte riflettano veramente cosa una persona consideri meritevole, desideri o creda. Si

¹⁷³ Si stima che circa 1000 giovani, in maggioranza uomini, siano scappati o siano stati scacciati dalla comunità conosciuta come "*The Crick*", sita nella città di Hildale nello Utah e da Colorado City in Arizona. Per un approfondimento sul fenomeno dei "*lost boys*" si veda il documentario "*Sons of perdition*", vincitore del Tribeca Film Festival nel 2010.

rileva che il problema della limitazione dell'autonomia e della pressione coercitiva subita non caratterizza soltanto le donne mormoni che vivono in comunità isolate; anche una donna cresciuta in una società occidentale monogama secondo i principi del cattolicesimo potrebbe fare una scelta non scevra da interferenze esterne o limitazioni personali, ed essere dunque vittima di pressioni culturali, religiose e sociali che viziano la sua libertà di scelta. Per questo motivo alcuni sostengono che questi limiti, insiti in tutte le scelte che compiamo, non rendono il diritto di esercitare il "consenso imperfetto" meno vitale¹⁷⁴. Pertanto, l'accertamento dell'esistenza di un libero consenso della persona richiede di stabilire quando tali pressioni siano così estreme da rendere la scelta invalida, e quale sia il livello di informazioni sufficiente sulle loro opzioni di vivere nelle comunità poliginiche o intraprendere un altro tipo di relazioni¹⁷⁵.

4. I RARI CASI DI POLIANDRIA

La poliandria è la forma di matrimonio plurimo in cui la donna sposa più di un uomo. Il maggior centro di sviluppo e di persistenza della poliandria si registra nell'area dell'Asia meridionale, sebbene si siano rilevati casi sporadici di matrimoni poliandrici in Africa subsahariana, Oceania, America e Artico. Si stima che tale istituto sia diffuso in meno dell'1% delle culture del mondo¹⁷⁶.

Si distinguono due tipologie di poliandria: la prima, denominata poliandria "adelfica" o "fraterna", si configura quando un

¹⁷⁴ RICHARDS J., *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, op. cit., 197 ss.

¹⁷⁵ Per un maggiore approfondimento si rinvia al Cap. III, § 6.2.

¹⁷⁶ KILBRIDE L. P., PAGE R. D., *Plural Marriage for Our Time: a Reinvented option*, 2d ed., California, Preager, 2012. p. 42.

gruppo di fratelli condivide la moglie. Questa forma di “solidarietà fraterna” è diffusa in Nepal e in Tibet poiché, agendo come politica di contenimento demografico, permette di mantenere integra la proprietà terriera in ambienti, a elevata altitudine, in cui la terra arabile è scarsa¹⁷⁷.

La seconda tipologia di poliandria, chiamata “libera” o “non adelfica”, è caratterizzata dal matrimonio di una donna con più uomini non legati da vincoli di parentela. È prevalentemente diffusa in India meridionale tra la popolazione Nayar. Tale società si basa su un modello di famiglia matrilineare: il capofamiglia è la donna, e la famiglia è composta dalla madre e i suoi figli; gli uomini non condividono la casa con la donna ma si limitano a visitarla di tanto in tanto. La poliandria “libera” è generalmente connessa a un’elevata posizione sociale ed economica della donna¹⁷⁸.

La differenza tra le due forme di poliandria è legata ai rapporti di forza tra i sessi: mentre la poliandria adelfica si associa in genere a uno statuto patriarcale del diritto familiare e di successione, la poliandria libera è quasi sempre congiunta alla discendenza matrilineare e al matriarcato propriamente detto.

È interessante notare che la poliandria viene giustificata sulla base di esigenze riproduttive ed economiche. Vi è chi sostiene che tale pratica sia un meccanismo inibitore dell’aumento della popolazione e che venga utilizzato come strumento di controllo delle nascite, esattamente al contrario della poliginia che permette all’uomo di avere più figli. Invero, la fertilità femminile per ogni singola donna non varia con il numero di partner, mentre quella maschile sì.

¹⁷⁷ GOLDSTEIN C. M., BEALL C. M., *Tibetan Fraternal Polyandry and Sociology: A Rejoinder to Abernathy and Fernandez*, 84 *Am. Anthropologist*, 1982, p. 898; SIGMAN S., *Everything Lawyers Know about Polygamy Is Wrong*, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 16, 2006, pp. 161 ss.

¹⁷⁸ LÉVI-STRAUSSE C., *Lo sguardo da lontano*, Il Saggiatore, 2010, pp. 56 ss.

Inoltre, mentre un uomo poliginico può avere più mogli al solo scopo di aumentare il suo piacere sessuale, le donne che praticano la poliandria adelfica hanno più mariti per il bene della comunità e della famiglia dell'uomo. Infatti, la poliandria permette a tutti i maschi della famiglia di ereditare la terra in egual misura, anziché tramandarla al primogenito, come vuole la tradizione. Soltanto nella poliandria libera la donna, godendo di prestigio sociale e di autorità morale non è vincolata a tale pratica da motivazioni economiche.

Vi è, infine, chi ha rilevato che la poliandria sia stata adottata come strategia di sopravvivenza di una tribù in mancanza di donne fertili.

5. RIFLESSIONI DE IURE CONDITO SULLA POLIGINIA NEL CONTESTO EUROPEO

5.1 *La bigamia in Italia: cenni ricostruttivi della ratio di fondo dell'art. 556 c. p.*

In Italia, così come nella maggior parte delle legislazioni straniere, il rapporto coniugale riconosciuto e tutelato dall'ordinamento giuridico è quello monogamico¹⁷⁹. Malgrado negli ultimi settant'anni la disciplina della famiglia sia stata oggetto di radicali e innovative modifiche in ambito civilistico¹⁸⁰, in campo

¹⁷⁹ Per un efficace, benché sintetico, quadro comparatistico delle legislazioni straniere Cfr. PISAPIA G., *Bigamia*, in Dig. disc. pen., vol. I, Torino, UTET, 1987, p. 460 s.; CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, VI, Materiali, Utet giuridica, 2010, pp. 126 s.

¹⁸⁰ La Costituzione ha riconosciuto l'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi (art. 29, comma 2) ed è stata superata la figura del "capo famiglia"; la c.d. "patria potestà" è stata sostituita dalla "potestà dei genitori" (L. 19-05-1975, n. 151 di "Riforma del diritto di famiglia"); i figli naturali sono stati equiparati ai figli

penale il legislatore ha mantenuto una concezione granitica del ruolo della famiglia nella società, che si riverbera nel mantenimento del reato di bigamia¹⁸¹.

Nel nostro ordinamento giuridico sono diverse le fonti che disciplinano l'istituto del matrimonio. La Costituzione italiana, all'art. 29, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio in cui è garantita l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi¹⁸². Qui, l'espressa menzione dell'istituto non fa alcun riferimento né al carattere indissolubile né a quello monogamico. «Ma, proprio perché la famiglia viene riguardata nel suo aspetto di comunità naturale, il punto di riferimento è il nucleo familiare come realtà naturalmente operante, sicché tale articolo rende il matrimonio un istituto di diritto positivo, il quale non può dar luogo che ad effetti previsti di volta in volta, secondo le esigenze storiche ed in rapporto ad un *ethos* condiviso, dalla legge ordinaria: escluse perciò la copertura costituzionale, la monogamia è solo un carattere del vincolo matrimoniale che, come l'indissolubilità prima della legge

legittimi (Cost. art. 30, comma 3; L. 219/2012 "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali"); il matrimonio non è più indissolubile (l. 1-12-1970 n. 898 di "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio").

¹⁸¹ Nell'ambito dei rapporti familiari matrimoniali, a parte qualche intervento della Corte Costituzionale - che è intervenuta abrogando dapprima l'adulterio della moglie (art. 559 c.p., commi 1 e 2) e poi tutte le altre ipotesi di adulterio e concubinato (artt. 559, commi 3 e 4, 560, 561 e 562) - non vi sono state sostanziali modifiche legislative.

¹⁸² Cfr. PETRALIA V., *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in I quaderni europei, Online Working Paper, 2013, n. 49, in cui l'autrice afferma che: «La norma prende atto di una identità che esiste e la definisce naturale per indicare che è il frutto dello spontaneo evolversi delle relazioni interpersonali in un determinato contesto spazio-temporale, per cui è strettamente legata alle concezioni sociali e culturali prevalenti nella comunità stanziata su quel dato territorio (...). Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento alla famiglia poligamica nel proprio contesto di riferimento: anch'essa è una società naturale costituitasi nell'ambito di una diversa concezione sociale e culturale di famiglia, il cui naturale svilupparsi l'ha connotata secondo una struttura differente».

introduttiva del divorzio, nasce dalla legge ordinaria ed è da questa regolato»¹⁸³.

Un altro riferimento al matrimonio lo troviamo nel codice civile. L'art. 86 stabilisce che «non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente».

Infine, il codice penale, all'art. 556, incrimina la condotta di chi, in costanza di matrimonio produttivo di effetti giuridici, ne contrae un altro avente anch'esso effetti civili¹⁸⁴. Il reato può essere escluso soltanto dalla giuridica inesistenza o del matrimonio precedente o di quello successivo¹⁸⁵. La collocazione della monogamia nel ristretto numero dei beni tutelati penalmente conferma che la monogamia è un principio fondamentale sul quale poggia l'istituto matrimoniale.

Problemi interpretativi sono sorti riguardo all'oggetto della tutela della norma penale in questione. Vi è chi ravvisa il bene giuridico nella tutela dei diritti soggettivi acquisiti dal primo coniuge con il perfezionamento del contratto matrimoniale¹⁸⁶. Ma da un rapido sguardo alla disciplina civile emerge che il primo matrimonio rimane inviolato nella sua validità ed efficacia giuridica, e quindi nei diritti e doveri che esso comporta, anche quando uno dei due coniugi contragga un nuovo matrimonio bigamico. Il primo coniuge, infatti, può impugnare il matrimonio bigamico in qualunque momento (art. 124 c.c.). La norma penale non introduce una nuova ed autonoma fattispecie incriminatrice ma si limita a sanzionare penalmente una condotta già vietata dal codice civile.

¹⁸³ COLAIANNI N., *Poligamia e principi del "diritto europeo"*, op. cit. , pp. 227 ss.

¹⁸⁴ Il delitto di bigamia prevede una sanzione detentiva, quella della reclusione da 1 a 5 anni; aumentata fino a un terzo ricorrendo l'aggravante speciale dell'inganno.

¹⁸⁵ Cause di inesistenza giuridica del matrimonio sono l'identità di sesso degli sposi, il difetto di dichiarazione di volontà anche di uno soltanto di essi, l'inesistenza della dichiarazione di unione di essi in matrimonio da parte dell'ufficiale dello stato civile o del ministro del culto. Del pari deve essere intervenuta la cessazione degli effetti civili del primo matrimonio (c.d. divorzio).

¹⁸⁶ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, III, Firenze, 1897.

Un'altra parte della dottrina vede nella norma incriminatrice della bigamia uno strumento di difesa dello status coniugale in quanto tale, connesso principalmente al dovere di chi abbia contratto matrimonio di non contrarne altri in costanza del primo. Tale tesi, seppur allettante, si rivela tuttavia non esaustiva. La norma penale, difatti, non si limita a sanzionare la condotta del soggetto coniugato che contrae nuovo matrimonio, ma ricomprende all'interno della medesima fattispecie incriminatrice anche la condotta di chi, pur essendo libero di stato, contrae matrimonio con persona coniugata (art. 556, comma 1)¹⁸⁷. Nell'ordinamento italiano, infatti, si ha bigamia quando viene contratto un matrimonio, avente effetti civili, fra due persone di cui almeno una sia legata da precedente matrimonio, pure avente effetti civili. Ne deriva che è bigamo sia colui che, essendo coniugato contrae un altro matrimonio, sia chi, libero da vincolo coniugale contrae matrimonio con una persona coniugata.

L'indirizzo ermeneutico che appare prevalente ritiene che la *ratio* dell'incriminazione sia la tutela dell'ordinamento monogamico dell'istituto del matrimonio, al fine di evitare che possa attecchire la pratica della poligamia¹⁸⁸. In questo senso l'incriminazione tenderebbe a prevenire ed eventualmente sanzionare la bigamia per evitare che si ingenerino in capo ad un medesimo soggetto diritti ed obblighi, che scaturiscono dal matrimonio civile, nei confronti di più persone di

¹⁸⁷ DELOGU, *Diritto Penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, vol. VII, Padova, 1995, 43-45. PISAPIA G.D., *Bigamia*, op. cit., p. 396.

¹⁸⁸ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5 ed., agg. da NUVOLONE P. E PISAPIA G.D., VII, Torino, 1984, p. 737, il quale afferma che il delitto di bigamia è finalizzato a «garantire l'ordinamento giuridico familiare, in quanto particolarmente si attiene all'istituto giuridico-sociale della monogamia, fondamentale nella nostra società, contro il danno alla poligamia». Cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, v. I, 15^a ed., agg. C. F. GROSSO, Milano, 2008, p. 497; CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, VI, UTET, 2009, p. 287; GAROFOLI R., *Codice penale e delle Leggi penali speciali*, nel *Diritto Editore*, 2013, p. 1787; COCCO G., AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I reati contro le persone*, 2^a ed., Cedam, 2010, p. 571.

sexo diverso. Scopo della norma sarebbe, dunque, inibire la formazione di più nuclei familiari da parte di uno stesso soggetto, sul presupposto che questo sacrificerebbe le esigenze dell'una a scapito dell'altra, violando gli obblighi di assistenza familiare¹⁸⁹. In questa prospettiva, è stato criticato che l'incriminazione della bigamia non aggiunge nulla alla vigenza del principio monogamico che è tutelato dalla disciplina civile del matrimonio attraverso la nullità (artt. 117 e 124, in relazione all'art. 86 c.c.).

Infine, vi è chi sostiene che il delitto di bigamia tuteli il coniuge del matrimonio successivo, a condizione che questo sia incolpevole, cioè, in buona fede rispetto alla bigamia dell'altro, o sia stato costretto a contrarre il matrimonio¹⁹⁰.

In Italia il sistema delle sanzioni civili protegge, da un lato, il coniuge del primo matrimonio attraverso la nullità del matrimonio bigamico (art. 86 c.c.)¹⁹¹ e, dall'altro, tutela anche il coniuge incolpevole del matrimonio bigamico, a favore del quale opera l'istituto del matrimonio putativo (art. 128 c.c.)¹⁹². Invero, l'unica

¹⁸⁹ Critica tale interpretazione SPENA A., *Reati contro la famiglia*, in GROSSO C. F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milano: Giuffrè, 2012, p. 43 s., il quale scorge alla base di questo ragionamento una «vera e propria petizione di principio: che, cioè, un soggetto che dia vita a due società familiari non possa essere in grado di adempiere adeguatamente i propri doveri in entrambi i contesti. Nessun dato empirico è addotto a sostegno di questo assunto... cosa impedisce che una stessa persona sia un buon marito per due mogli? O che sia un buon padre per i suoi figli, ancorché nati da due matrimoni diversi anziché da un unico matrimonio?».

¹⁹⁰ FRISOLI F. P., *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942, pp. 29 ss.

¹⁹¹ Il matrimonio contratto in violazione dell'art. 86 c.c. può essere impugnato (art. 117 c.c.), oltre che dai coniugi e dai loro ascendenti prossimi, anche dal P.M. e da chiunque vi abbia un interesse legittimo ed attuale: una ipotesi di rilievo è quella dei chiamati all'eredità che rientrano nella categoria dei legittimari.

¹⁹² Tale istituto è previsto nel diritto canonico quando il matrimonio nullo è celebrato in buona fede da almeno una delle parti. Se solo un coniuge è in buona fede, o solo per lui il consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi gli effetti del matrimonio putativo si producono solo riguardo a lui e ai figli. La legge, infatti, non può ignorare il fatto che il matrimonio abbia creato di fatto una comunità familiare, né può disinteressarsi della posizione giuridica dei figli nati dall'unione

tutela apprestata dalla sanzione penale è «di carattere simbolico, e consiste in un'affermazione del "principio monogamico" quale "dogma morale" intangibile»¹⁹³ sul quale poggia l'istituto matrimoniale.

La bigamia - a seguito dell'introduzione della legge sul divorzio, insieme all'uso ormai diffuso del costume della convivenza, e all'estensione della nozione di famiglia alla c.d. famiglia di fatto¹⁹⁴ - è svuotata in gran parte della sua funzione originaria: quella, appunto, di impedire a chi era sposato di costituire una nuova famiglia in pendenza della validità del matrimonio precedente¹⁹⁵. Da un lato, la decriminalizzazione dell'adulterio e del concubinato - istruttiva circa l'intervenuto mutamento del costume sociale - ha rimosso l'ostacolo della poligamia di fatto (sebbene non riconosciuta nel senso proprio del termine); dall'altro la legge istitutiva del divorzio ha reso possibile la poligamia successiva. La stabilità del rapporto, che prima della legge sul divorzio era definita in termini di indissolubilità, diventa solo "relativa", perché affidata all'autodeterminazione di ciascun coniuge anche in contrasto con la volontà dell'altro.

Alla luce di queste radicali evoluzioni che riguardano i rapporti matrimoniali ci si domanda se sia ancora possibile ritenere che il matrimonio monogamico sia alla base della nostra società e, di conseguenza, se sia legittimo giustificare il ricorso alla sanzione penale per vietare i matrimoni poligamici. Del resto, una volta esteso il significato del termine famiglia alla convivenza, è difficile sostenere

invalida. È per questo che essa considera valido il matrimonio in taluni casi per i quali si parla, appunto, di matrimonio putativo, cioè di matrimonio che i coniugi reputavano valido.

¹⁹³ SPENA A., *Reati contro la famiglia*, op. cit., p. 50.

¹⁹⁴ Per famiglia di fatto si intende un nucleo di individui legati da una comunanza di vita e di affetti simile a quella propria della famiglia tradizionale, ma senza che sussista un vincolo legalmente riconosciuto a sancire tale rapporto, talvolta composta da persone dello stesso sesso.

¹⁹⁵ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S. E PAPA M., (trattato diretto da), *I reati contro la famiglia*, Torino, 2006, p. 11.

che la famiglia tutelata dal nostro diritto penale sia, oggi, la famiglia legittima fondata sul matrimonio¹⁹⁶. In questa prospettiva bisogna rilevare che anche i matrimoni poligamici sono funzionali, come le unioni di fatto stabili, a quella comunione di vita spirituale e materiale nella quale consiste l'essenza del matrimonio, per cui si tratta di dare veste formale alle unioni di fatto e, al di là del modello familiare di consolidata tradizione, a ogni figura di convivenza che conosca la partecipazione ad interessi e finalità condivise.

5.2 Matrimonio poligamico e ricongiungimento familiare

L'inafferrabilità del concetto di famiglia rispecchia il contesto culturale nel quale viviamo, in cui i modelli familiari sono più numerosi che in passato, e dove l'immigrazione di massa, proveniente perlopiù dai paesi di area islamica, ci ha fatto confrontare con individui appartenenti a società in cui la poligamia è lecita. Questo pluralismo culturale e religioso verso cui tende la società contemporanea ci obbliga a confrontarci con istituti in conflitto con il nostro ordinamento monogamico. Occorre, dunque, effettuare un'operazione tendente alla ricerca di un temperamento tra il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento arricchiti e plasmati dai valori emergenti della diversità.

La poligamia di matrice islamica (che legittima la poliginia e non la poliandria), promuovendo una diversa posizione della donna rispetto all'uomo, è un istituto giuridico considerato incompatibile con i principi fondamentali di un ordinamento europeo vincolato al

¹⁹⁶ PISAPIA G.D.- PISAPIA G., voce *Famiglia (delitti contro la)*, in Dig. disc. pen., vol. V, Torino 1991, p. 113 s.; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale. Introduzione e analisi di titoli*, 2^a ed., Padova, 2007, pp. 241 ss.

rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il principale limite al riconoscimento del matrimonio poligamico è dato dal principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi¹⁹⁷ quale corollario della pari dignità delle persone, nonché, più in generale, dai principi di parità tra i sessi¹⁹⁸, di non discriminazione fondata su ragioni di sesso¹⁹⁹ e di uguaglianza²⁰⁰.

Nella prassi, il conflitto si manifesta quando i soggetti provenienti da ordinamenti che legittimano la poligamia chiedono il riconoscimento dello *status* matrimoniale poligamico, nonché il godimento dei diritti e delle posizioni giuridiche ad esso connessi²⁰¹. Dinanzi a tali istanze di riconoscimento di un istituto giuridico straniero, il paese ospitante a regime monogamico deve operare un bilanciamento di interessi tra il rispetto dell'identità culturale dell'individuo, unito al rispetto della vita privata e familiare - che richiederebbe un atteggiamento di tolleranza ed apertura verso la normativa e gli istituti giuridici di altri ordinamenti, fondata sulla base della negazione dell'esistenza di valori universali e dell'affermazione dell'uguaglianza delle culture²⁰² - e le esigenze di

¹⁹⁷ Espressamente previsto all'art. 5 del Protocollo VII alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹⁹⁸ Fissato all'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 5 del Protocollo VII alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹⁹⁹ Sancito all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

²⁰⁰ Espresso all'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁰¹ PETRALIA V., *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, op. cit.; FANTETTI F. R., *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in Fam., pers. e succes., 2010, 611 ss.

²⁰² Tesi avallate dai sostenitori del relativismo culturale. Per un approfondimento sul tema Cfr. PIRONE P., *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in CATALDI G. - GRADO V. (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014, pp. 147 ss; GANNAGE L., *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, 2006-2008.

tutela dei diritti fondamentali, in particolare il rispetto dei principi di parità tra i coniugi e di non discriminazione basata sul sesso - che comprometterebbe la difesa della diversità culturale. Poiché il diritto all'identità culturale, così come il diritto al rispetto alla vita privata e familiare, intesi quali manifestazioni del diritto della persona all'autodeterminazione, costituiscono diritti fondamentali, bisognerà capire se possano subire delle limitazioni giustificate dalla necessaria protezione di altri valori fondamentali. In particolare, ci si domanda se la donna può, sulla base del libero consenso, determinarsi a una scelta culturale che si oppone al valore della parità tra i sessi; e se la negazione di questa scelta culturale, unitamente alla negazione del suo *status* coniugale, possa essere avvertito come un'indebita ingerenza nella propria vita privata e familiare²⁰³.

In dottrina, è prevalente la concezione secondo cui la poligamia non può trovare riconoscimento ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico²⁰⁴, sebbene una minoranza di studiosi ritenga che esistano delle soluzioni di compromesso che, pur non legittimando l'unione poligamica, riconoscono situazioni connesse alla qualità di coniuge²⁰⁵.

²⁰³ PETRALIA V., *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, op. cit..

²⁰⁴ A norma dell'art. 16, comma 1, l. 31 maggio 1995, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, «[l]a legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari alla legge italiana». Cfr. ANELLO G., *Libertà di religione, matrimonio islamico e "diritto alla famiglia"*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 243 ss.; GALOPPINI A., *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam.*, 2002, 739 ss.; ID., *Problemi familiari tra diritto italiano e diritto musulmano*, in *Riv. Critica del Diritto Privato*, 2003; CHIARA G., *Tutela dell'unità familiare e favor minoris nella legislazione sull'immigrazione*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010; SORAVIA G. H., *I diritti umani in contesto islamico: a proposito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Bioetica*, 2001, p. 693 ss. Soravia, in tema di diritto di famiglia, sostiene che «se il diritto di famiglia così com'è comunemente inteso in molti paesi islamici collide col diritto di famiglia vigente nell'Unione europea, il musulmano si adeguerà a tale diritto, anche se - poniamo - gli negherà la possibilità della poligamia che alcuni Stati musulmani accettano», p. 699.

²⁰⁵ GRASSANO P., *Del rapporto del matrimonio islamico con l'ordinamento italiano*, in www.sepel.it/articoligrassano.htm; nonché, ID., *La poligamia ed i suoi riflessi sulla validità del matrimonio contratto tra soggetti appartenenti a sistemi monogamici e poligamici*, in *Stato civ. it.*, 2004, pp. 342 ss.; CALÒ E., *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2009, pp. 85 ss.; CLERICI R., *La compatibilità*

Quest'ultimo approccio è stato sposato dalla giurisprudenza, la quale ha riconnesso le conseguenze patrimoniali a un matrimonio poligamico, riconoscendo la titolarità dei diritti successori o alimentari in capo alle mogli poligame²⁰⁶. Al riconoscimento di natura patrimoniale non corrisponde, però, l'ammissione di istanze di natura non patrimoniale, tra cui la richiesta di poter attuare il ricongiungimento familiare, privando i coniugi "successivi" di uno *status* giuridico legittimamente acquisito altrove.

La giurisprudenza europea in materia di ricongiungimento familiare di famiglie poligame è molto sensibile all'esigenza di tutelare l'unità familiare (pur senza riconoscere gli effetti giuridici del matrimonio poligamico) soltanto quando viene in rilievo il preminente interesse del minore a vivere con entrambi i genitori²⁰⁷, al fine di garantire a questo uno sviluppo psico-fisico sano e armonioso.

del diritto di famiglia mussulmano con l'ordine pubblico internazionale, in Fam. dir., 2009, pp. 197 ss.; FANTETTI F. R., *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in Fam., pers. e succes., 2010, p. 611 ss.; OBERTO G., *Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali*, in I. QUEIROLO - A.M. BENEDETTI - L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, 2012, pp. 401 ss.

²⁰⁶ Cfr. caso *Mandt c. Parlamento europeo*, sentenza del 1° luglio 2010, (in causa F-45/07), in cui il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha stabilito la suddivisione della pensione di reversibilità di un funzionario europeo a favore delle due mogli.

²⁰⁷ Per un approfondimento sulla giurisprudenza italiana V. Corte di Appello di Torino, sentenza 18.04.2001; Tribunale di Bologna, ordinanza 12.03.2003. In entrambi i casi, in sede di bilanciamento, l'interesse del minore è stato ritenuto prevalente sull'interesse dell'ordinamento ad impedire il ricongiungimento (seppur indiretto) di un'unione poligamica. Più rigorosa è apparsa una più recente giurisprudenza francese, la quale ha negato il rilascio di un permesso di soggiorno oltre che alla moglie poligama anche ai figli di questa, salvo che la madre degli altri figli del padre sia deceduta. Così Conseil d'État 16 avril 2010, req. n. 318726. In argomento: AÏT-EL-KADI Z., *Le Conseil d'Etat précise les règles du regroupement familial pour les polygames*, in *Actualité Juridique - Droit Administratif*, 2010, 813; CAMPIGLIO C., *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1990, pp. 853 ss. Il differente e opposto orientamento delle Corti è giustificato dal fatto che la Corte Europea dei diritti dell'uomo concede un ampio margine di discrezionalità agli Stati contraenti nel disciplinare il diritto di famiglia, ritenendo che essi siano: «*best placed to assess and respond to the needs of society*».

L'autorizzazione al ricongiungimento è quindi finalizzata a tutelare non una situazione coniugale in ipotesi di contrasto con i principi dell'ordinamento, ma a realizzare il diritto di un minore a ricongiungersi al genitore o a non essere da lui separato.

Va rilevato che se, da un lato, l'Unione Europea non ha fornito una propria definizione del concetto di famiglia – rendendo possibile l'apprezzamento di una pluralità di forme familiari, in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁰⁸ – dall'altro lato ha definito, nella direttiva che disciplina il ricongiungimento familiare²⁰⁹, quali soggetti debbano essere considerati membri della famiglia ai fini del ricongiungimento familiare. Tale direttiva, facendo esplicito riferimento all'istituto della poligamia²¹⁰, stabilisce che: «in caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge»²¹¹, il divieto diviene derogabile solo quando il ricongiungimento deve essere concesso ai figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge²¹². In questo

²⁰⁸ PETRALIA V., *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, op. cit., ove l'autrice evidenzia che: «I giudici di Strasburgo hanno esteso il campo di applicazione dell'articolo 8 della Convenzione oltre i confini delle relazioni giuridicamente istituzionalizzate, facendovi rientrare tutte quelle situazioni di fatto che testimoniano l'esistenza di legami familiari effettivi dal punto di vista anche sociale, a prescindere dalla giuridicità del rapporto esistente».

²⁰⁹ Direttiva del Consiglio del 22 settembre 2003, 2003/86/CE, in *GUUE* del 3 ottobre 2003, L 251, 12 ss.

²¹⁰ L'undicesimo considerando della direttiva sancisce che: «Il diritto al ricongiungimento familiare dovrebbe essere esercitato nel necessario rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne e di minorenni. Tale rispetto giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia poligama possono essere contrapposte misure restrittive».

²¹¹ Art. 4, par. 4, co. 1., direttiva 2003/86/CE.

²¹² Art. 4, par. 4, co. 2, direttiva 2003/86/CE: in caso di matrimonio poligamico, «[i]n deroga al paragrafo 1, lettera c) [secondo il quale gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno dei figli minorenni del soggiornante, quando questo ne sia il genitore affidatario e sia responsabile del loro mantenimento], gli

caso, infatti, agli Stati membri è riconosciuto un ampio margine di discrezionalità riguardo alla possibilità di acconsentire o vietare il ricongiungimento.

Tale disposizione, negando la possibilità di ricongiungimento familiare tra due coniugi in caso di matrimonio poligamico²¹³, risolve in modo perentorio il bilanciamento di interessi tra ordine pubblico internazionale (nella specie, il principio di parità tra i sessi) e tutela della vita privata e familiare. La compressione del diritto alla tutela della vita privata e familiare, oltre che all'identità culturale, non solo risulta invasiva della sfera privata della persona e della sua libertà di autodeterminarsi²¹⁴, ma avrebbe l'effetto di favorire l'abbandono delle mogli da parte del marito, privando di tutela il soggetto più debole del matrimonio poligamico. Quest'ultime, infatti, potrebbero trovarsi in condizione di totale dipendenza economica dal marito e la negazione del loro *status* di mogli potrebbe determinare la perdita del loro diritto al sostegno morale e materiale da parte di questo. Tale approccio costituisce un'indebita ingerenza delle pubbliche autorità nella vita privata e familiare dell'individuo, in quanto si atteggia come un'imposizione di un certo modello familiare a scapito di tutti gli altri. Se la donna decide di coabitare con il marito e le mogli ulteriori sulla

Stati membri possono limitare il ricongiungimento familiare dei figli minorenni del soggiornante e di un altro coniuge».

²¹³ Tale posizione si sposa bene con l'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea secondo il quale gli Stati hanno il diritto di controllare l'ingresso di cittadini non nazionali sul loro territorio, conformemente ad un consolidato principio di diritto internazionale, e che il rispetto della vita privata e familiare (sancito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) non può essere interpretato nel senso che esso implichi per uno Stato membro l'obbligo generale di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio. V. caso Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea (sentenza del 27 giugno 2006, in causa C-540/03).

²¹⁴ SENIGAGLIA V. R., *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in Eur. dir. priv., 2014, 533 ss.; «la mancata autorizzazione al ricongiungimento, giustificata dal principio monogamico di ordine pubblico, comporta il totale sacrificio di diritti fondamentali, segnatamente di quelli all'unità della famiglia e al rispetto della propria vita privata e familiare».

base del libero consenso, non v'è ragione per cui non debba essere giuridicamente tutelata e, innanzitutto, riconosciuta la sua posizione di coniuge.

Dunque, da un lato, la giurisprudenza sembra garantire all'unanimità il diritto del bambino alla vita familiare, anche quando la richiesta di ricongiungersi alla madre determinerebbe una situazione di poligamia; dall'altro in mancanza dell'interesse del minore tale ricongiungimento è escluso, ignorando l'autonoma posizione del coniuge poligamo. In questo scenario, la tutela dell'interesse del minore, costituendo un veicolo di ingresso per le mogli poligame, esplica un effetto discriminatorio a danno di quelle mogli che, pur essendo legittimamente sposate nel Paese di provenienza, non hanno figli minori²¹⁵.

Riguardo al criterio da seguire per stabilire a quale delle mogli riconoscere lo *status* coniugale pieno, c'è chi autorizza l'ingresso alla moglie che per prima ha contratto il matrimonio, sul presupposto che i matrimoni successivi al primo sarebbero invalidi; e chi riconosce lo *status* di coniuge alla moglie che per prima ha fatto ingresso nello Stato d'accoglienza²¹⁶. A prescindere al criterio seguito, la soluzione

²¹⁵ PETRALIA V., *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, op. cit., ove l'autrice mette in rilievo che: «un'ulteriore discriminazione si registra tra le mogli che hanno un autonomo titolo di ingresso nel territorio del Paese ospitante e quelle che non ne godono, rischiando di trasformare il fenomeno delle unioni poligamiche in un fenomeno sommerso».

²¹⁶ È interessante notare che l'emigrazione dei musulmani poligami inverte la gerarchia della famiglia. Generalmente, la donna che arriva prima nel paese di destinazione acquisisce molta importanza. L'ordine di arrivo, spesso, non coincide con l'ordine di matrimonio. Si preferisce far partire la donna più giovane, che si presume impari prima la lingua del paese di destinazione. In questi casi, diventerà quella che gestirà la finanza e l'amministrazione della famiglia. Nonostante gli uomini cerchino di mantenere il sistema del matrimonio poligamico, le mogli musulmane che emigrano sono più inclini a ribellarsi contro il sistema matrimoniale poligamico. Il problema si pone quando queste, pur volendo rimanere fedeli alla loro religione, desiderano affrancarsi dalla poligamia, per questa ragione si auspica una riforma delle leggi islamiche. Cfr. ALEXANDRE M., *Big Love: Is Feminist Polygamy an Oxymoron or a True Possibility?*, op. cit., p. 7.

conduce necessariamente a soluzioni discriminatorie per le mogli ulteriori.

La politica adottata dall'Unione Europea con la direttiva sul ricongiungimento evidenzia una posizione di chiusura nei confronti della diversità, e non garantisce un'adeguata tutela del diritto di determinarsi liberamente nella costruzione delle relazioni interpersonali, laddove tali determinazioni si discostino dagli *standard* europei e siano ontologicamente legate a una diversa matrice culturale. Nel 2007 il Parlamento Europeo ha invitato la Commissione a presentare una proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne, chiedendo più impegno nel garantire l'uguaglianza di genere e nessuna tolleranza nei confronti della violenza contro le donne²¹⁷, annoverando tra le forme di violenza la poligamia.

Anche la politica delle Nazioni Unite scoraggia la pratica della poligamia ritenendo che violi la dignità delle donne. Nel 2000 il Comitato per i Diritti Umani dell'O.N.U. ha sancito l'incompatibilità assoluta della poligamia con il rispetto dei diritti umani ²¹⁸. Analogamente l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa²¹⁹ ha stabilito che la poligamia viola il principio di dignità umana, ribadendo che i matrimoni poligami non possono essere riconosciuti dal Consiglio d'Europa.

²¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2007: "Tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010".

²¹⁸ Commento Generale 28 del 29 marzo 2000, § 24 del Comitato per i Diritti Umani dell'O.N.U.

²¹⁹ Risoluzione n. 1293 del 2002, *Situation of Woman in Maghreb*.

6. CONCLUSIONI

Il dibattito sulla poligamia è molto animato e spesso si rischia di cadere in pericolose generalizzazioni, ricorrendo allo stereotipo della donna oppressa. Nell'immaginario collettivo l'uomo, musulmano o mormone poligamo, impone pratiche oppressive nei confronti della donna in nome della propria religione. Bisognerebbe innanzitutto ascoltare la voce delle dirette interessate al fine di comprendere se l'adesione alla pratica poligamica è frutto di una libera scelta o di pressioni coercitive. Inoltre, si rivela necessario contestualizzare geograficamente e fare riferimento alle condizioni delle donne nelle comunità specifiche di riferimento poiché, non soltanto da un continente all'altro, ma da una religione a un'altra - anche all'interno degli Stati islamici - le condizioni delle donne variano notevolmente.

CAPITOLO III

RICOSTRUZIONE DEL DIBATTITO FILOSOFICO CONTEMPORANEO SULLA POLIGAMIA

SOMMARIO: 1. Argomento del moralismo giuridico: la questione dell'imposizione della morale attraverso il diritto - 1.1 Poligamia e moralismo giuridico - 2. Principio della molestia o del disturbo- 2.1 La nozione di *offense* - 2.2 Le massime di mediazione dell'*offense principle* - 2.3 Poligamia e *offense to others* - 3. Argomento della china scivolosa o del piano inclinato - 4. Poligamia e danno ad altri - 5. Poligamia e danno a se stessi - 6. Riflessioni *de iure condendo* sulla poligamia

1. ARGOMENTO DEL MORALISMO GIURIDICO: LA QUESTIONE DELL'IMPOSIZIONE DELLA MORALE ATTRAVERSO IL DIRITTO

Joel Feinberg ha definito il moralismo giuridico come la dottrina secondo la quale è moralmente legittimo proibire una condotta perché inerentemente immorale oppure perché causa mali che non toccano gli interessi di nessuno in particolare²²⁰. Invero, il moralismo giuridico considera la conservazione della moralità di una società un valore meritevole di essere tutelato dallo strumento coercitivo del diritto. Tale argomento rimanda a una questione molto dibattuta nel corso

²²⁰ Feinberg li definisce come «*independent of the condition of anyone's interest*», riferendosi a violazioni di *taboo*, pensiamo ai casi di incesto; ai casi di immoralità convenzionalmente definite come tali quando non arrecano danni a terzi, ad esempio il sesso extraconiugale e omosessuale; a violazioni di pratiche religiose, come mangiare la carne di maiale per i musulmani; pensieri impuri, soprattutto fantasie sessuali. Cfr. FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrong-doing*, New York, Oxford University Press, 1990, pp. 19 ss.

della storia del pensiero filosofico-giuridico: se, cioè, sia possibile imporre una morale dominante mediante il diritto.

Il rapporto tra morale e diritto è stato oggetto di due celeberrimi dibattiti avvenuti rispettivamente, nell'ottocento, tra il liberale John Stuart Mill e il giudice vittoriano James Fitzjames Stephen; e nel novecento, tra il filosofo Herbert Hart e l'accanito conservatore Lord Devlin.

Mill espone le sue tesi nel celebre saggio "*On liberty*", in cui afferma che nell'ambito dei comportamenti che non si ripercuotono sul prossimo - le c.d. *self-regarding actions* - non deve esserci interferenza da parte del diritto²²¹, che deve invece intervenire soltanto quando gli atti rechino un danno a terzi (nel caso, cioè, di azioni *other-regarding*)²²². Il filosofo liberale guarda al diritto non come ad un mezzo per imporre concezioni morali particolari, ma come ad un mezzo per permettere la convivenza sociale e il dibattito tra posizioni diverse, riconoscendo che, con l'unico limite del danno agli altri, ogni individuo (adulto e consapevole) ha il diritto di vivere secondo le proprie convinzioni²²³.

Più precisamente, Mill afferma che «il bene personale dell'individuo, sia esso fisico che morale, non è una ragione sufficiente a giustificare l'imposizione giuridica della morale. L'individuo non può essere giustamente costretto a fare o ad omettere qualcosa perché sarebbe meglio per lui farlo, perché ciò lo renderebbe più felice,

²²¹ Sempre che le decisioni siano volontarie e deliberate, altrimenti le autorità sarebbero legittimate a intervenire per proteggere il soggetto che, per insipienza o limiti cognitivi, arrechi danno a se stesso.

²²² La teoria di Mill secondo cui vi sono condotte *self-regarding* che non riguardano terzi è stata tacciata di fallacia, secondo alcuni critici "nessun uomo è un'isola" e ogni azione del singolo ha ricadute anche su altri; inoltre la neutralità circa i valori è solo apparente, perché i principi che il liberalismo esalta, quali la libertà e l'autonomia, sono anch'essi dei valori.

²²³ Per Mill compito del diritto non è quello di obbligare i cittadini a essere virtuosi.

perché, a giudizio di altri, il farlo sarebbe saggio o anche giusto»²²⁴. Per Mill, la morale deve rimanere imparziale dinanzi le questioni di diritto.

Si è opposto alle tesi liberali di Mill il giudice Stephen, il quale sosteneva che le condotte dannose non devono essere punite a causa del pregiudizio che cagionano, ma perché rientrano nel novero di quelle immorali; sempre che la loro condanna, il sentimento di indignazione e disapprovazione che producono siano energici e provengano dalla schiacciante maggioranza dei consociati. Il giudice, ritenendo che il diritto penale debba reprimere le condotte che la società ritiene viziose, si schierava a favore dell'imposizione della morale sociale dominante a detrimento della compressione della libertà dei consociati²²⁵.

La più compiuta formulazione del moralismo giuridico viene tradizionalmente ascritta a Lord Devlin, il quale ha ritenuto - alla stessa stregua del suo predecessore Stephen - che compito del diritto non è soltanto quello di prevenire o punire le ingiustizie ma è anche quello di promuovere una moralità pubblica, perché ogni società implica una comunità di idee anche su quel che è buono e quel che è cattivo: senza questo accordo la società si disintegra²²⁶. Lord Devlin ritiene, dunque, che le condotte immorali debbano essere punite perché socialmente dannose. Ad esempio, la depravazione sessuale, il consumo di alcolici e stupefacenti sarebbero da punire perché distrarrebbero il cittadino dall'attendere alle sue normali occupazioni, utili per la comunità. Per Devlin, infatti, la moralità è anche oggetto di consenso sociale e la mancanza di sanzioni potrebbe essere

²²⁴ MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 28 ss.

²²⁵ Cfr. STEPHEN J. F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge University Press, 1967 (1873), in cui è giunto a sostenere che la legge penale deve reprimere «le più grossolane manifestazioni del vizio», p. 162.

²²⁶ DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, 1965, p. 10.

socialmente dannosa, quindi è il danno al consenso sociale che giustifica le sanzioni.

Devlin ha esposto le sue tesi in una conferenza tenuta nel 1959 nell'ambito delle *Maccabaeen Lectures in Jurisprudence* presso la *British Academy*, nel tentativo di dimostrare l'erroneità degli argomenti a sostegno della depenalizzazione del reato di sodomia e prostituzione in Inghilterra contenute nel rapporto Wolfenden²²⁷.

Il rapporto Wolfenden rendeva esplicito che la funzione del diritto penale è principalmente quella di «preservare l'ordine pubblico e la decenza, di proteggere il cittadino da ciò che è offensivo e dannoso, e di provvedere sufficienti tutele contro lo sfruttamento e la corruzione degli altri, in particolare di coloro che sono vulnerabili perché giovani, deboli nel corpo o nella mente, privi di esperienza, o in uno stato di speciale dipendenza fisica, pubblica o economica». Pertanto, si legge nel rapporto, «non esiste alcuna ragione accettabile per cui un governo debba interferire con il comportamento di cittadini adulti che non danneggino terzi. Compito del governo non è promuovere la moralità privata delle persone, almeno quando questa non ha nulla a che vedere con il benessere pubblico (...). Ne consegue che non riteniamo sia funzione del diritto di cercare di coprire tutti i settori del comportamento sessuale. Certe forme di comportamento sessuale sono considerate da molti peccaminose, immorali o

²²⁷ Si tratta di un rapporto compilato da una commissione nominata nel 1954 dal Ministro degli Interni inglese, presieduta da Sir John Wolfenden, sul tema dei reati concernenti l'omosessualità e la prostituzione. La commissione auspicò la depenalizzazione del reato che puniva la sodomia e, riguardo alla prostituzione, raccomandò che si approvasse una legge per eliminare le manifestazioni pubbliche offensive della prostituzione senza considerarla essa stessa illecita. La legge non fu cambiata immediatamente, ma le raccomandazioni della commissione furono accolte soltanto nel 1967. Il primo attacco dal fronte conservatore venne proprio dal giudice Devlin. Alla fine, l'opinione liberale prevalse, ma non avrebbe potuto farlo se non ci fosse stata una divisione all'interno dello stesso fronte conservatore. Invero, alcuni dei conservatori ritenevano che nessuno degli argomenti sulla base dei quali l'omosessualità viene condannata è sufficiente a mostrare che essa debba essere proibita. Per molti il rapporto *Wolfenden* è un esempio di come la ragione talvolta trionfi sul pregiudizio.

riprovevoli per ragioni di coscienza, o di tradizioni religiose o culturali; e tali azioni possono essere condannate sotto questi punti di vista. Ma il diritto penale non copre tutte queste azioni né lo dovrebbe fare in futuro (...). Deve esistere una sfera di moralità e immoralità privata che, in termini brevi e netti, non è affare di diritto». In conclusione, il rapporto Wolfenden ha ritenuto illegittimo intervenire nella vita privata dei cittadini per imporre un «qualsiasi particolare modello di comportamento»²²⁸.

Devlin obiettò che una morale condivisa – di cui, a suo parere, le regole che condannano l'omosessualità e la prostituzione devono essere considerate parte – è una componente irrinunciabile dell'organizzazione sociale, nel senso che rappresenta un aspetto essenziale della struttura di una società e ne determina l'identità in quanto tale. Di conseguenza, la società ha la facoltà di difendersi per evitare la propria distruzione, vietando gli atti che ne distruggono le regole morali fondamentali²²⁹. Per Devlin, le condotte repute intollerabili dalla moralità pubblica dovrebbero essere repressi penalmente, anche se realizzate in privato tra consenzienti; e più in particolare quelle che suscitano non solo riprovazione ma anche disgusto nell'uomo ragionevole.

A difesa del principio liberale, contro l'argomentazione di Lord Devlin, si è espresso Hart, il quale ha replicato con un articolo e una serie di *lectures* che sono ancora oggi un manifesto del liberalismo giuridico in materia di rapporti tra diritto e morale²³⁰. Il filosofo ha

²²⁸ Report of the Committee on Homosexual Offenses and Prostitution, (CMD 247), 1957.

²²⁹ Tale tesi viene definita da Hart moderata e viene contrapposta a quella estrema, esemplificata da Stephen, secondo la quale la punizione giuridica della moralità è valore ultimo.

²³⁰ Cfr. HART H.L.A., *Diritto, morale e libertà* (1963), Acireale, Bonanno editore, 1968, in cui l'autore si chiede se il diritto debba far proprie le valutazioni della morale positiva prestando loro l'assistenza della sanzione giuridica o se invece l'uso della sanzione giuridica debba informarsi a principi propri. In particolare Hart si dedica al tema della morale sessuale «in cui sembra *prima facie*

riformulato gli argomenti classici di Mill, che avevano anche ispirato le conclusioni del rapporto Wolfenden, sostenendo che un comportamento che non arreca danno a terzi, anche se moralmente ripugnante, non deve essere punito dalla legge. Per Hart, anche se la mera conoscenza dell'immoralità altrui, anche privata, può urtare i sentimenti dei consociati, tale offesa non è paragonabile alla libertà dell'individuo che il diritto penale viene a limitare, specie in materia sessuale, ove gli uomini tendono a seguire istinti spesso irrefrenabili. Inoltre, riguardo la tesi della "disintegrazione della società" sostenuta da Devlin, Hart obietta che la società non coincide con la sua morale, e se la morale di una società cambia non è sempre e necessariamente un male²³¹.

Gli argomenti di Hart trovarono ampio sostegno tra gli intellettuali. Wollheim in particolare, riteneva inumana una legge che costringeva persone a vivere sotto la continua minaccia del ricatto, «comportandosi come se la loro stessa natura fosse corrotta nella sua essenza»²³². La tesi che i rapporti privati omosessuali tra adulti consenzienti avessero delle conseguenze negative per la collettività risultava, dunque, implausibile.

È importante notare che le due concezioni filosofiche, da un lato il moralismo e, dall'altro il liberalismo, derivano dal modo in cui si

plausibile l'esistenza di azioni immorali secondo regole accettate e tuttavia non dannose per altri». Per una più ampia e completa trattazione della polemica tra Devlin e Hart cfr. CADOPPI A., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto angloamericano)*, in Dig. disc.pen., vol. VIII, Torino, 1994, pp. 187-195; GASPAROLI C., *Il diritto tra natura e politica: per una lettura di H. L. A. Hart*, Altralinea Edizioni S.r.l., Firenze, 2013, pp. 232 ss.; HARCOURT B.E., *The Collapse of the harm Principle*, op. cit., pp. 122 ss.

²³¹ HART H.L.A., *Diritto, morale e libertà*, op. cit., p. 39. «Se una società è fondamentalmente dedita alla persecuzione violenta d'una minoranza etnica o religiosa o se le misure da adottare comprendono orribili torture, si può sostenere che ciò che Lord Devlin chiama disintegrazione di una siffatta società sia moralmente preferibile alla sua conservazione e quindi non si dovrebbero prendere misure per salvaguardarla».

²³² Cfr. WOLLHEIM R., *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, in *Encounter*, 13, 1959, in cui l'autore critica le tesi di Lord Devlin.

concepisce il diritto. Se, infatti, al pari dei filosofi Mill ed Hart, si sostiene che il diritto debba soltanto garantire la pacifica convivenza tra adulti, restando imparziale di fronte alle questioni morali, non si potrà che essere contrari all'imposizione della morale mediante il diritto. Di conseguenza, l'ingerenza del diritto in questioni morali, specie quando hanno ad oggetto le condotte di adulti consenzienti, va concepito come una gratuita lesione della libertà individuale. Se, al contrario, si ritiene, alla maniera dei conservatori Stephen e Lord Devlin, che il diritto abbia lo scopo di far valere una particolare concezione del bene o del giusto, evidentemente ci si pronuncerà a favore dell'imposizione coattiva della morale²³³.

1.1 Poligamia e moralismo giuridico

Alcuni potrebbero sostenere che la poligamia sia da proibire sulla base dell'argomento moralista, il quale potrebbe essere posto nella seguente maniera: «la poligamia non deve essere ammessa perché immorale, ed è immorale poiché viola il caposaldo della morale comune che si fonda sul principio monogamico». Questo è quello che è stato sostenuto, nel 1878, nel famoso caso *Reynolds v. United States*²³⁴, in cui la Corte Suprema americana negò ai mormoni il riconoscimento del matrimonio poligamico in ragione delle loro convinzioni religiose. In particolare, il giudice Kennedy aveva criticato e contrastato la poligamia adducendo che essa al pari della schiavitù, dovesse essere considerata un retaggio barbaro, contrario alla civiltà e alla decenza²³⁵.

²³³ Cfr. LA TORRE M., SCERBO A., *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino Editore, 2003, pp. 83 ss.

²³⁴ Supreme Court of the United States, decision of 1st October 1878, 98 U.S. 145, *Reynolds v. United States*.

²³⁵ Nella suddetta sentenza, la Corte Suprema americana ha negato il riconoscimento del matrimonio poligamico, sulla base dei seguenti argomenti: 1)

Appare chiaro che in questa sentenza la poligamia sia stata proibita facendo leva sulla moralità pubblica condivisa, che si fonda sull'assunto che il matrimonio riconosciuto dall'ordinamento giuridico statunitense è quello tra due soggetti; inoltre, la Corte, ritenendo che la poligamia conduca la società a regredire allo "stato barbaro dei primitivi", lascia emergere la preoccupazione che tale pratica, considerata immorale, possa minacciare l'integrità dello Stato, che da civile ed evoluto retrocederebbe a uno stato primordiale. È evidente che nel caso *Reynolds* la Corte Suprema americana ha abbracciato la tesi moralista e conservatrice, allora dominante, del giudice Stephen.

L'argomento moralista a sostegno della proibizione della poligamia - espresso nel caso *Reynolds* - può essere espresso attraverso il seguente sillogismo:

- 1) il diritto penale dovrebbe punire gli individui per aver agito immoralmente (premessa principale);
- 2) la poligamia è immorale (seconda premessa);
- 3) il diritto penale dovrebbe punire gli individui poligami.

Feinberg, così come altri studiosi liberali, respingerebbe questa tesi in quanto non accetterebbe la premessa principale, ossia il moralismo giuridico. Il filosofo, infatti, ritiene che lo Stato non possa criminalizzare una condotta sulla base del fatto che essa sia immorale. Inoltre, nessun liberale appoggerebbe nemmeno la premessa secondaria, non trovando alcuna motivazione per ritenere la poligamia contraria alla morale.

Quando i moralisti giuridici richiamano la moralità a fondamento della criminalizzazione, non hanno difficoltà nel

«la poligamia attenta alla morale pubblica»; 2) «riconoscere la poligamia equivarrebbe a legalizzare pratiche simili al "sacrificio umano" o al sati» (pratica diffusa in India in cui le donne vengono arse vive durante i funerali del defunto marito); 3) «la poligamia, essendo una pratica tipicamente diffusa in Africa e in Asia, non può essere introdotta nella società occidentale».

sostenere le loro convinzioni circa l'immoralità delle azioni oggetto di incriminazione. L'omicidio, la violenza carnale, l'aggressione sono considerate immorali perché violano beni giuridici fondamentali quali la vita e la sicurezza personale. Bisogna domandarsi se la stessa cosa può essere sostenuta per la poligamia, e chiedersi su quale base bisogna fondare la convinzione che sia immorale.

Spesso i moralisti, per sostenere le loro convinzioni, si rifanno ai sondaggi d'opinione per determinare quale sia la morale prevalente in un dato momento storico. Ad esempio, nel topic "*marriage - historical trends*" della Gallup emerge un incremento percentuale della popolazione americana che ritiene la poligamia moralmente accettabile, si è infatti passati dal 7% nel 2003 al 16% nel 2015²³⁶. I moralisti convinti potrebbero dire che oggi, ben l'84% della popolazione ritiene moralmente riprovevole la poligamia. Queste statistiche suggerirebbero che il fatto che gli americani si oppongano alla depenalizzazione del reato di bigamia dipende più da convinzioni morali che dagli altri principi (in specie, il principio del danno ad altri, il principio della molestia e il principio del danno a se stessi). Lo stesso dato, a mio parere, potrebbe, essere oggetto di un'altra lettura: cioè, si potrebbe guardare l'incremento percentuale di coloro i quali ritengono la poligamia moralmente accettabile come un dato significativo del cambiamento di orientamento della morale dominante, soprattutto se comparato con i sondaggi relativi al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso (i favorevoli erano il 27% nel 1996, e ben il 60% nel 2015), o relativi al matrimonio misto tra bianchi e neri (i favorevoli erano il 4% nel 1958,

²³⁶ <http://www.gallup.com/poll/183455/once-taboo-behaviors-acceptable.aspx>. La Gallup è un'organizzazione che studia le attitudini e i comportamenti degli impiegati, dei venditori, degli studenti e dei cittadini americani. Dal 2001 misura, tramite sondaggi, la sensibilità morale della nazione attraverso questioni sociali e comportamentali.

e l'87% nel 2013). I dati raccolti dalla Gallup dimostrano che mentre per gli americani alcune azioni rimangono ancora *taboo* (come le relazioni extra-matrimoniali), altre (come l'eutanasia, la poligamia, la clonazione umana) hanno subito un incremento verso ciò che è considerato moralmente accettabile. Questo potrebbe indurci a ritenere che nei prossimi cinquant'anni il numero di persone che sarà a favore del riconoscimento delle famiglie poligamiche aumenterà fino a ritenerla una forma alternativa al matrimonio monogamico²³⁷. Ad un'analisi più attenta, si potrebbe però sostenere che non è possibile risolvere le controversie morali attraverso i sondaggi d'opinione poiché, generalmente, le risposte che vengono date a tali interviste sono spesso influenzate dal modo in cui vengono formulate le domande, pertanto, stante l'esigua percentuale a favore della poligamia, si potrebbe ritenere che tali sondaggi non dimostrino in alcun modo che la poligamia debba essere accettata.

A questo punto, bisognerebbe capire per quale ragione si ritiene che la poligamia sia immorale. Inoltre, bisognerebbe anche indagare se, coloro i quali ritengono moralmente disdicevole la poligamia, siano d'accordo che - oltre al mancato riconoscimento giuridico da parte dell'ordinamento degli "ulteriori" matrimoni - tale pratica debba essere punita penalmente e, dunque, capire se legittimino anche la criminalizzazione della poligamia.

È possibile che la presunta immoralità della poligamia sia connessa al fatto che l'unica forma di matrimonio ammessa e riconosciuta legalmente dalla società occidentale è quella tra due persone, ma, questo non spiegherebbe per quale ragione ritenere che la poligamia sia immorale. Nemmeno i moralisti Stephen e Devlin

²³⁷ L'atteggiamento in merito alla poligamia varia e dipende dalla posizione geografica, dall'istruzione, dal sesso. Se il Gallup facesse il medesimo sondaggio nei paesi a religione musulmana, credo che i risultati sarebbero opposti. Le convinzioni religiose dipendono più dalla fede che dalla ragione e la questione poligamica è profondamente legata alla religione.

hanno citato la poligamia quale esempio di imposizione giuridica della morale. Ritroviamo, però, un approfondimento delle ragioni a sostegno del reato di bigamia nella famosa opera del filosofo Hart, *“Diritto, morale e libertà”*, in cui cerca di dimostrare che l’incriminazione è giustificata da altre ragioni non riconducibili alla punizione della moralità in quanto tale. Il filosofo osserva che la punizione della bigamia è citata quale esempio d’imposizione giuridica della morale dal Decano Rostow nel saggio in cui prese le difese di Lord Devlin contro i suoi oppositori. Il Decano chiede retoricamente: «Dobbiamo concludere che la monogamia è un tale caposaldo dell’attuale morale comune degli Stati Uniti da giustificare la condanna della poligamia come reato anche se la proibizione si fonda su “sentimenti” anziché sulla “ragione”?». Per Hart la bigamia «non può essere classificata senza ambiguità come prova d’imposizione della morale». Il filosofo osserva che negli ordinamenti che prevedono il reato di bigamia, la coabitazione con una o più donne (o uomini), diversi dal coniuge, non costituisce reato.

Questo è evidentemente un paradosso, poiché se, invece, una persona già coniugata contrae altro matrimonio, il diritto civile interviene per dichiararlo invalido e il diritto penale per punire la condotta del bigamo. A questo punto ci si domanda per quale ragione il diritto intervenga attraverso l’incriminazione della bigamia se lascia impunita la coabitazione e, dunque, come direbbe Hart, «se non si immischia nella sostanziale immoralità della convivenza sessuale»²³⁸. Pertanto, Hart conclude che il reato di bigamia può essere giustificato sulla base di altri principi. Prima di tutto sulla base del principio del danno, se si ritiene che costituisca un pubblico affronto per il primo coniuge, il quale verrebbe abbandonato; in secondo luogo, per ragioni di efficienza burocratica se si pensa che il secondo matrimonio

²³⁸ HART H.L.A., *Diritto, morale e libertà*, op. cit., p. 58.

potrebbe generare confusione nelle pubbliche registrazioni; infine, sulla base del principio della molestia, se si sostiene che tale incriminazione mira a proteggere la sensibilità religiosa di coloro i quali attribuiscono un profondo significato al matrimonio religioso. Quest'ultimo principio è quello sostenuto da Hart, il quale ritiene che «il diritto si occupa in tal caso della possibilità che la sua condotta pubblica offenda gli altri, e non dell'immoralità della sua condotta privata che in molti paesi rimane impunita»²³⁹.

In conclusione, se si sposa la tesi liberale si affermerà che la punizione della poligamia non debba rientrare nel novero della punizione dell'immoralità poiché le scelte di condotta di un soggetto in relazione alla sfera della moralità devono essere lasciate libere da interventi del diritto penale. Un simile modo d'intendere il diritto penale presuppone e implica una visione estremamente tollerante della diversità dei costumi sociali, sessuali, e dei modi di pensare degli individui. Il diritto penale non potrà mai colpire un cittadino perché si comporta in modo diverso da ciò che la maggioranza dei consociati, e dunque la morale dominante, è abituata ad apprezzare, salvo che la sua condotta leda chiaramente interessi di altri²⁴⁰. In una società caratterizzata dall'estrema diversificazione delle morali, l'argomento moralista non può essere dunque sostenuto. Si può, infatti, obiettare che la società è composta da una molteplicità di individui portatori di differenti visioni morali, senza che una di esse assuma necessariamente un carattere tanto predominante e stabile da definirsi come la morale dominante²⁴¹. Inoltre, le morali possono

²³⁹ *Ibidem*, p. 60, per un maggiore approfondimento dell'argomento sull'*offense to others* si rinvia al § 2. di questo capitolo.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 97, il filosofo afferma che «qualunque (...) argomento ci possa essere per l'imposizione della morale, nessuno deve ritenere che, anche quando la morale popolare sia sorretta da una "schacciante maggioranza" o caratterizzata da una diffusa "intolleranza, indignazione e disgusto", la lealtà ai principi democratici gli chieda di ammettere che la sua imposizione su una minoranza sia giustificata».

²⁴¹ *Ibidem*, p. 80.

cambiare nel tempo, producendo anche cambiamenti positivi, in linea con i diritti fondamentali degli individui. Infine, pur ammettendo che esista una “morale dominante” non è detto che l’immoralità di un comportamento disapprovato dalla maggioranza sia di per sé sufficiente a giustificare l’intervento del legislatore²⁴².

Al contrario, il moralismo giuridico presuppone l’esistenza di valori e principi morali assolutamente giusti o, almeno, suscettibili di raccogliere un consenso unanime, e ritiene che il diritto debba porre al servizio di questi il suo apparato coercitivo. Tale tesi presuppone che il legislatore ponga divieti e limiti rigorosi, espressione della superiorità di una particolare concezione morale. Per i moralisti, infatti, la difesa di un valore morale, in questo caso il principio monogamico, è per se stesso un valore che giustifica l’uso della coercizione. Tale visione mal si concilia con le diverse concezioni morali presenti nelle moderne società pluraliste.

I liberali «non negano che la legge debba proteggere i valori su cui si fonda la convivenza civile, e dunque l’ordinamento, ma individuano tali valori in un nucleo minimo che lascia al di fuori della coercizione statale - ed anzi protegge quanto più possibile dalle interferenze - quelle libertà, giustamente definite fondamentali, che consentono al cittadino di uniformare la propria vita alla concezione che egli ritiene giusta»²⁴³. Ed è notorio che, tra le sfere cui l’ottica liberale riserva massima protezione, rientra quella sessuale. Nella cultura giuridica occidentale, compito primario del diritto penale è la tutela dei beni giuridici e non la tutela della morale.

²⁴² Questo è ciò che è stato affermato nella sentenza *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, che ha decretato il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali.

²⁴³ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, op. cit., p. 13.

2. PRINCIPIO DELLA MOLESTIA O DEL DISTURBO

Secondo l'orientamento liberale estremo del pensiero angloamericano, il principio del danno ad altri rappresenta l'unico criterio di legittimazione del diritto penale. Tuttavia, la visione liberale moderata, quella cui Feinberg appartiene, sostiene che l'intervento del diritto penale sia giustificato non soltanto quando un fatto produca conseguenze pregiudizievoli a terzi, ma anche quando costituisca un'*offense*, ossia allorché sia finalizzata a prevenire una grave molestia (o disturbo) a persone diverse dall'agente²⁴⁴.

Nella versione elaborata da Feinberg nel secondo volume della sua opera *Offense to Others, l'offense to others principle* è definito come il principio secondo il quale «è sempre una buona ragione a sostegno di una proposta di proibizione penale che essa sarebbe probabilmente un modo efficace per impedire una grave molestia (concetto distinto dalla nozione di danno) a persone diverse dall'agente e che essa sia probabilmente un mezzo necessario a tal fine (cioè non vi sono probabilmente altri mezzi ugualmente efficaci che non determinano un costo più elevato per gli altri valori)»²⁴⁵. Dunque, la minore gravità delle *offenses* rispetto ai fatti dannosi suggerisce che il diritto penale non debba operare in prima battuta dinanzi la commissione della condotta che produce una molestia poiché il ricorso allo strumento penale è legittimato soltanto se è strettamente necessario, ossia quando non è possibile utilizzare proficuamente altri rimedi apprestati dall'ordinamento. La diretta incriminazione della condotta molesta dovrebbe, invece, essere riservata alle sole ipotesi in cui

²⁴⁴ Si ritiene che anche il liberale Mill legittimasse l'interferenza dello Stato sulla base dell'*offense principle*. V. nota 39.

²⁴⁵ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., p. 1. L'autore distingue nettamente il concetto di *harm* da quello di *offense*, egli afferma che è «un fraintendimento pensare che le molestie occupino la parte inferiore della medesima scala (di gravità) dei danni; piuttosto le molestie sono un genere del tutto diverso, con una scala loro propria», *ivi*, p. 3.

ragioni pratiche rendano inefficaci modelli alternativi di tutela²⁴⁶. È ragionevole pensare che l'ambito di rilevanza penale dei fatti molesti, nella misura in cui cagionano conseguenze meno gravi rispetto alle condotte dannose, sia più ristretto. Infatti, se i reati vengono classificati in base alla loro gravità, le *offenses*, rientrando nella categoria meno grave, dovrebbero prevedere delle pene più lievi, con una prevalenza delle sanzioni pecuniarie su quelle detentive che dovrebbero comunque essere di breve durata²⁴⁷.

Bisogna rilevare che l'argomento della minore gravità delle *offenses* implica un giudizio di valore «autoevidente» (*self-evident*) ma «non dimostrabile» (*unprovable*) e perciò opinabile²⁴⁸. Infatti, se si aderisce a una gerarchia di valori diversa da quella liberale, le condotte che cagionano una molestia - in particolar modo quelle riconducibili all'offesa a principi religiosi o morali - possono essere ritenute più gravi di quelle dannose, con la conseguenza che le prime verranno punite più severamente rispetto alle seconde, contravvenendo all'assunto della minore gravità dell'*offense* rispetto all'*harm*²⁴⁹. È ciò che è accaduto nel codice penale italiano del 1930,

²⁴⁶ Si tratta dell'applicazione del principio dell'*extrema ratio* secondo il quale l'intervento del diritto penale è giustificato soltanto ove effettivamente necessario, tale principio è valido non soltanto nei casi di danno ad altri ma anche di molestia ad altri.

²⁴⁷ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., p. 4. Inoltre, «lo Stato dovrebbe punire una condotta grandemente dannosa o pericolosa, ma non particolarmente molesta, molto più severamente di un fatto che è grandemente molesto ma dannoso o pericoloso soltanto in misura minore».

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 3.

²⁴⁹ A tal proposito, Feinberg afferma che «qualunque legislatore stabilisca di punire gli atti osceni o le offese alla bandiera con una detenzione molto più lunga di quella prevista per le aggressioni o i furti con scasso autenticamente e deliberatamente dannosi non sta facendo altro che esprimere il suo odio, la sua repulsione o ansia personale piuttosto che fare un'applicazione razionale ai fatti di qualche principio legislativo. Nessuna persona sana di mente potrebbe affermare che gli atti osceni o perfino gli atti sessuali deviati compiuti in privato che ingenerano *shock* al solo pensiero rappresentino una sorta di minaccia agli interessi individuali o collettivi, una specie di minaccia dalla quale noi tutti abbiamo decisamente bisogno di essere protetti a qualsiasi costo per chi molesta. Il

infatti, comparando le pene che il codice di derivazione fascista aveva fissato per le percosse (reclusione fino a sei mesi o multa), le lesioni personali (reclusione da tre mesi a tre anni) con quelle dettate per gli atti osceni (reclusione da tre mesi a tre anni), il concubinato²⁵⁰ (reclusione fino a due anni), l'adulterio²⁵¹ (reclusione fino a un anno) e la bigamia (reclusione da uno a cinque anni), noteremo che le pene connesse ai comportamenti molesti (atti osceni, concubinato, adulterio e bigamia) risultano sproporzionate per eccesso rispetto a quelle previste per fatti gravemente lesivi della persona (percosse e lesioni personali). Non solo l'esperienza continentale ma anche quella angloamericana ha attribuito una maggiore portata lesiva all'*offense*, infatti, fino al 1869 la legge penale degli Stati Uniti puniva la sodomia con la pena di morte pur se praticata tra adulti consenzienti²⁵².

Appare chiaro, allora, che è proprio in relazione alle condotte riconducibili al principio della molestia, influenzate dai mutamenti culturali che coinvolgono le società contemporanee, che oggi bisogna porre l'accento per verificare se il diritto penale si ispira a principi liberali o se continua ad essere dominato da principi di stampo moralista. Invero, nel novero dell'*offense principle* rientrano quelle condotte - come la pornografia, l'osceno, gli insulti alla religione - la cui assoggettabilità a pena è più controversa poiché strettamente connessa a premesse culturali. Le argomentazioni utilizzate nelle materie oggetto dell'*offense principle* sono condizionate da concezioni ideali legate con la cultura di una società. Per questa ragione tale principio rappresenta il criterio di giustificazione del diritto penale

comportamento molesto non rappresenta minaccia alcuna, al più può essere un fastidio gravemente irritante», *Ibidem*, p. 5.

²⁵⁰ Dichiarato incostituzionale con sentenza 147/1969.

²⁵¹ Dichiarato incostituzionale con sentenza 126/1968.

²⁵² In particolare, mi riferisco alla legge del North Carolina vigente fino al 1869. Negli Stati Uniti, il reato di sodomia è stato abolito definitivamente nel 2003 con la storica sentenza *Lawrence v. Texas*. Cfr. Cap. II, par. 3.1.

rispetto al quale più si avverte l'esigenza di proteggere le minoranze culturali e religiose dalle pressioni della maggioranza.

2.1 La nozione di offense

Per prima cosa, è necessario delimitare la portata dell'*offense principle*. Feinberg richiede tre requisiti affinché si configuri un'*offense* rispetto alla quale intervenire mediante lo strumento coercitivo: 1) bisogna soffrire uno stato mentale indesiderato; 2) attribuire quello stato alla condotta di un terzo che ha violato un mio diritto; 3) risentirsi verso il terzo per il suo ruolo nel ridurmi in quello stato²⁵³.

Secondo la definizione di Feinberg, in generale l'*offense* «copre l'intera miscellanea di stati mentali universalmente sgraditi»²⁵⁴ che arrecano «disturbo, fastidio, imbarazzo, dispiacere, umiliazione, spavento, irritazione, allarme, inquietudine, ansia, ostruzione fisica temporanea, disagio, disgusto, vergogna, nausea, ribrezzo»²⁵⁵. Poiché non esiste un interesse a non essere molestati, ma non si può negare che alle sensazioni sgradevoli non ci si può sottrarre «senza un irragionevole disturbo», senza una «scomoda deviazione delle propria via»²⁵⁶, tali stati mentali sgraditi - per essere invocati a sostegno della tutela penale - devono cadere sotto la diretta percezione del molestato e devono essere antigiuridici (*wrongful*), ossia la condotta che il molestato ritiene ingiusta deve anche essere inflitta in violazione dei suoi diritti²⁵⁷. Feinberg evidenzia che la nozione di *offense* rimanda a

²⁵³ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., p. 2.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 1.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 5.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 295, nota 20, ove l'autore precisa che «proprio come il principio del danno legittima la coercizione intesa a prevenire tutti quei danni che sono anche *wrong* per le vittime, così il principio della molestia legittima la prevenzione

una concezione «oggettiva» - è necessario, cioè, che vi sia una violazione di diritti, ma non che la vittima senta che i suoi diritti siano stati violati - e specifica che non deve essere confusa con l'accezione che il termine assume nel linguaggio comune, ove è riferita a una condizione «soggettiva» - in cui la persona disturbata prova risentimento nei confronti di chi le ha causato le sensazioni sgradite con un'azione che ella ritiene ingiusta²⁵⁸.

Il filosofo riporta vari esempi raccolti in 6 gruppi di ipotetiche *offenses*, che un soggetto è costretto a patire in occasione di una corsa in autobus. Li passerò in rassegna sinteticamente per capire quali ipotesi sono riconducibili alla categoria di *offenses*.

1) I disturbi ai sensi che ricorrono quando lo stato mentale sgradito è determinato dalla mera percezione sensoriale (colori, suoni, odori). Per esempio: il cattivo odore di qualcuno, la vista di una persona che indossa colori molto accesi, lo stridio delle unghie su una tavoletta, la radio al massimo volume²⁵⁹. Questo tipo di molestie sono ritenute meno gravi rispetto a quelle che seguiranno.

2) Le sensazioni di disgusto e repulsione legate all'aspetto cognitivo che incidono sulle «sensibilità di ordine più basso». Per esempio quando qualcuno tossisce continuamente o si gratta insistentemente, o ingerisce degli insetti vivi, o indugia in atti di coprofagia. Tali sensazioni sgradevoli, rispetto a quelle precedenti, sono più intense, meno circoscritte e più profonde²⁶⁰.

3) I disturbi alla sensibilità morale, religiosa o patriottica che ricorrono innanzi al maltrattamento di un cadavere o a qualcuno che

di tutte quelle molestie che sono anche *wrong* per le loro vittime. Entrambi i principi (e pertanto tutti i principi di limitazione della libertà) sono principi che proteggono diritti».

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 2.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 10 ss.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 16. Il disgusto è un affronto non ai sensi ma alla sensibilità, è uno stato mentale e fisico che giunge fino alla nausea e, nella maggior parte dei casi, oltrepassano quella soglia.

indossa una maglia con una scritta blasfema o che profana la bandiera nazionale. Tali disturbi investono la «sensibilità di più alto livello» e sono generati dall'applicazione di una regola, di uno *standard* morale o religioso, ed è la «patente violazione di quel principio» che produce la sensazione di disgusto²⁶¹.

4) Gli stati mentali sgraditi legati a sensazioni di vergogna, imbarazzo e ansia, per esempio quando ci si imbatte dinanzi una persona nuda in pubblico, o quando si assiste involontariamente a pratiche sessuali²⁶².

5) Le sensazioni di fastidio, noia, frustrazione che si provano quando si assiste ad una inane conversazione o quando qualcuno cerca in maniera invadente di “attaccare bottone”²⁶³.

6) Gli stati di paura, risentimento, umiliazione e ira che possono manifestarsi quando si ricevono minacce o si è destinatari di insulti, scherno, derisione. Questa categoria è quella che causa più disturbi di tutte nei confronti dei membri insultati e anche negli altri che trovano la condotta odiosa²⁶⁴.

Tali interferenze nella sfera altrui rientrano nell'ambito dell'*offense principle* soltanto se avvengono in luoghi pubblici, incidendo sull'eguale ed indisturbata fruizione di tali spazi, sebbene alcune molestie possano prescindere dalla diretta percezione del comportamento che li produce e dal suo verificarsi in pubblico.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 16.

²⁶² Tali comportamenti sono generalmente accettati se posti in essere in privato, per esempio i rapporti eterosessuali; talvolta però, pensiamo alle pratiche sadomasochiste, possono incidere su sensibilità di ordine più elevato e sono da ricondurre alla categoria precedente, in quanto oltraggiano un proprio principio morale. Qualora la persona si senta molestata dal semplice fatto di sapere che qualcuno pratici tali rapporti (sodomasochisti, omosessuali, ecc.) in privato, la molestia rientrerà nel novero della *profound offense* (il concetto verrà approfondito poco oltre nel testo).

²⁶³ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., p. 13.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 21.

In quest'ultima categoria - quando le molestie sono subite anche senza assistere direttamente al fatto ritenuto molesto - ci troveremo dinanzi a quelle che Feinberg definisce *profound offenses*, che incidono sulle altrui «sensibilità di ordine più elevato»²⁶⁵. Rientrano nella categoria dei disturbi gravi, e quindi profondi, le ipotesi frutto dell'applicazione di un principio religioso o morale che coinvolgono le sensibilità religiose e morali (numero 3); le condotte che generano sensazioni di vergogna, imbarazzo e ansia (numero 4) e quelle che danno luogo a stati di paura, risentimento, umiliazione e ira (numero 6). Pensiamo alle condotte che insultano la religione altrui, o a quelle connotate in senso razziale o a condotte sessuali private che sono ritenute intrinsecamente immorali.

Per capire la differenza tra quella che Feinberg definisce la *public* o *common nuisance*, ovvero il tipo di molestia il cui carattere discretivo è il carattere pubblico della condotta; e la *profound offense*, in cui invece manca l'elemento della pubblicità, possiamo ricorrere all'esempio di una coppia omosessuale dedita ad atti libidinosi. Se tali atti avvengono in un luogo pubblico, possiamo presumere che la maggior parte si sentiranno molestati dal comportamento osceno, però alcuni potrebbero non essere molestati dal fatto che tali atti vengano compiuti in privato. In questa ipotesi, significa che il disturbo non è di tipo profondo. Qualora l'idea che una coppia omosessuale compia atti sessuali nella *privacy* del loro appartamento ci turbi, allora rappresenterà una *profound offense*.

Per Feinberg, il principio della molestia non legittimerà mai l'incriminazione delle condotte che determinano una *profound offense*, infatti, se manca l'elemento della pubblicità - come avviene quando la condotta è posta in privato - non si ha alcun disturbo di cui dolersi, l'affronto non avviene alla propria persona, ad essere oltraggiato è il

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 57.

principio in cui ci si riconosce²⁶⁶. Se così non fosse, «il soggetto che prova disturbo sarebbe protetto da una condotta verso la quale non ha alcuna obiezione al di là del fatto che è spiacevole assistervi, e ciò perfino quando egli non è costretto ad assistervi!»²⁶⁷. L'antigiuridicità dei comportamenti molesti consegue dal fatto che si è costretti a percepirli, in mancanza del diretto apprezzamento della condotta molesta, ovvero in assenza della violazione del diritto (del *wrong*), l'*offense to others principle* non giustifica l'intervento del diritto penale. In questi casi l'unico principio che potrebbe giustificare l'incriminazione è il moralismo giuridico o il paternalismo giuridico. È il carattere pubblico di un comportamento il criterio discretivo affinché un'*offense* sia ritenuta antigiuridica²⁶⁸.

2.2 Le massime di mediazione dell'*offense principle*

Identificare una condotta che non rechi disturbo a nessuno è arduo, pertanto bisogna capire in quali casi ammettere l'interferenza dello Stato. Invero, non tutti gli stati mentali sgraditi possono giustificare l'automatico utilizzo dello strumento coercitivo, ma soltanto quelli inflitti in violazione dei diritti altrui. Ebbene, occorre

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 10, ove il filosofo afferma che le *public* o *common nuisances* possono essere oggetto del diritto penale «solo quando si verificano in luoghi aperti e perciò recano inconveniente a qualcuno del pubblico in genere (...). In nessun caso il diritto sarà giustificato a interferire con la condotta molesta per il solo fatto che essa dà noia o interferisce con l'uno o con l'altro, poiché una tale massiccia interferenza con la libertà avrebbe conseguenze caotiche e paralizzanti».

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 67.

²⁶⁸ Sembra che Feinberg abbia utilizzato la distinzione milliana tra «la sfera che interessa principalmente l'individuo e quella che interessa principalmente la società» (MILL J. S., *Saggio sulla libertà*, op. cit., p. 94). La prima, quella che «comprende tutta quella parte della vita e del comportamento di un uomo che riguarda solo lui, o se riguarda gli altri, solo con il loro libero consenso e partecipazione, volontariamente espressi e non ottenuti con l'inganno» (*ivi*, p. 30), deve essere lasciata libera dall'intervento dello Stato.

verificare quali sono i criteri di politica criminale cui il legislatore deve fare riferimento al fine di effettuare un bilanciamento tra «confliggenti considerazioni»²⁶⁹. Tali criteri, che nel linguaggio di Feinberg sono chiamati “massime di mediazione”, servono a stabilire se c’è o meno la violazione del diritto, ossia il *wrong* da cui dipende l’esistenza di una molestia penalmente rilevante. Feinberg propone di considerare, da un lato, la posizione di chi subisce la molestia e, dall’altro, quella di chi realizza la condotta che alla molestia dà luogo; la ponderazione tra le due posizioni in antitesi consentirà, infatti, di valutare in maniera chiara il bilanciamento tra le opposte istanze da cui dipenderà la decisione legislativa sulla posizione soggettiva da far prevalere.

Per quanto attiene alla posizione di chi patisce la molestia Feinberg distingue tre massime: “*the extent of offense standard*”, “*the reasonable avoidability standard*”, e “*the volenti standard*”.

La prima delle massime di mediazione attiene al grado dello stato mentale sgradito (*the extent of offense standard*) che è direttamente proporzionale all’estensione della molestia, ossia al numero di soggetti che può prevedersi subiranno la sensazione indesiderata; alla durata della sensazione sgradita generata negli spettatori e all’intensità della molestia. Innanzitutto - alla stessa stregua dell’*harm principle* - l’*offense principle* deve basarsi su valutazioni *standard* e deve avere riguardo alla suscettibilità che normalmente i consociati hanno, escludendo la rilevanza penale delle molestie quando sia il prodotto di una suscettibilità di persone abnormemente ipersensibili²⁷⁰. Pertanto, diremo che più elevata è la forza del fastidio prodotto - secondo un osservatore *standard* - e più duraturo è il disturbo, maggiore sarà la

²⁶⁹ È chiaro il parallelismo con l’*harm to others principle*, in cui solo a seguito del confronto tra i diversi interessi in antitesi può determinarsi quale debba prevalere.

²⁷⁰ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., pp. 33 ss.

gravità della molestia. Inoltre, maggiore è il numero di soggetti che subisce il disturbo, maggiore sarà il peso da attribuire al comportamento molesto. Poiché, in ossequio ad una concezione liberale del diritto penale, bisogna evitare di legittimare incriminazioni giustificate soltanto dalla maggioranza dei cittadini²⁷¹ - secondo la massima dell'estensione dell'offesa, le molestie rivolte a una minoranza che, talvolta, non destano disturbo a nessuno non troverebbero protezione - Feinberg suggerisce ulteriori massime che il legislatore deve ugualmente tenere in debito conto al fine di prendere le distanze dal "diritto penale del numero".

La seconda massima di mediazione inerente alla gravità della sensazione molesta è connessa alla possibilità di evitare lo stato mentale indesiderato (*the reasonable avoidability standard*). Quanto più agevole sarà eludere l'*offense*, più lieve sarà il peso delle ragioni favorevoli alla criminalizzazione della condotta molesta ²⁷² . Ricordiamo che la *ratio* dell'incriminazione dell'*offense* è che qualcuno sia disturbato in prima persona, il carattere antiguridico di questi comportamenti consegue proprio dal fatto che si è costretti a percepirla. «Senza la diretta percezione dell'azione molesta, non ci sarebbe alcuna molestia, anche se la persona apprendesse da altri che la condotta molesta potrebbe verificarsi o si sia verificata»²⁷³.

²⁷¹ Per esempio, vi sono alcune condotte che, sebbene espressione di valori condivisibili per alcuni, appaiono molesti ad altre persone (talvolta anche numerose). Pensiamo a una coppia omosessuale che passeggia tenendosi per mano, o ancora a una famiglia poligamica intenta a fare un pic-nic in un parco.

²⁷² FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., p. 32, ove l'autore afferma che «nessuno ha diritto di essere protetto dallo Stato dalle esperienze moleste che può facilmente ed efficacemente evitare senza uno sforzo o un disturbo irragionevole». A tal proposito il filosofo riporta l'esempio del libro osceno: chi decide di leggere un libro osceno, lo farà consapevolmente; chi per errore lo leggerà, può far cessare l'*offense* chiudendolo e riponendolo dove l'aveva trovato; diverso è il caso degli esempi della "corsa in autobus" riportati da Feinberg, in cui un soggetto non può sottrarsi (senza incomodo) alla vista di un passeggero che indossa una maglietta blasfema, o che compie atti sessuali, o che ingerisce insetti.

²⁷³ *Ibidem*, p. 57.

La terza, e ultima, massima di mediazione (almeno riguardo alla posizione di chi subisce il comportamento molesto) è rappresentata dal principio *volenti non fit iniuria*, che esclude la violazione del diritto - e dunque il *wrong* - in presenza del consenso della persona che subisce la molestia. Sebbene Feinberg abbia inserito tale principio tra le massime di mediazione, è evidente che in presenza del consenso, il bilanciamento tra la gravità dello stato mentale sgradito e la ragionevolezza della condotta che lo ha determinato, è escluso dal principio, a prescindere dall'intensità della molestia. Ciò vale anche per chi consente *ex ante* a una condotta molesta, nonostante *ex post* si senta effettivamente molestato da essa; diverso è il caso di chi consente a una condotta molesta che per lui non è tale, in questo caso manca lo stato mentale sulla base del quale si potrebbe invocare la tutela²⁷⁴. Dinanzi il consenso della persona molestata, l'interferenza dello Stato è legittimato soltanto da principi diversi da quelli liberali - ovvero dal moralismo giuridico e dal paternalismo giuridico - salvo che l'intervento non sia volto a verificare che il consenso prestato sia genuino (nel qual caso l'intervento dovrebbe essere limitato nel tempo).

Per quanto concerne la posizione di chi causa lo stato mentale sgradito, Feinberg propone di valutare la ragionevolezza della condotta molesta, al fine del successivo bilanciamento con quella antitetica di chi subisce l'*offense* (che stabilirà, in ultima analisi, se si configura un *wrong*)²⁷⁵.

La prima massima attiene all'importanza che l'azione molesta riveste per l'agente, bisogna, cioè, valutare sia il nesso che la condotta

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 33, in effetti, se si può consentire al rischio di subire un danno, deve pure potersi consentire al rischio di sopportare un disturbo, che è un male meno grave.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 37, «Dopo tutto, se il comodo dei soggetti che subiscono la molestia ha un peso nella bilancia del legislatore, non c'è ragione per tenere in poco conto il comodo della persona che pone in essere la condotta molesta».

molesta ha con l'avanzamento degli interessi di chi la realizza – per esempio, con quelli inerenti alle sue relazioni affettive, al suo piacere, alla sua salute, ecc. – sia al grado di disturbo che questi dovrebbe sopportare per sostituirla con un'altra condotta volta alla realizzazione dei medesimi scopi. Se la condotta è futile, frivola e si può evitare di compierla, il suo peso nella bilancia legislativa non sarà elevato²⁷⁶.

La seconda massima ha riguardo all'utilità sociale della condotta, cioè al peso da attribuire alla situazione soggettiva dell'agente e al valore che può attribuirsi alla condotta molesta. Maggiore sarà l'utilità della condotta molesta, più elevato sarà il peso che essa può far valere²⁷⁷. Qui Feinberg ricorre all'esempio dell'espressione di un'opinione, ritenendo che il contenuto molesto di un pensiero non possa mai giustificare un'incriminazione, salvo che le modalità di divulgazione del pensiero abbiano una portata molesta di per sé, in quest'ultimo caso rientrerebbero a pieno titolo nella categoria delle *offenses*²⁷⁸.

La terza massima prevede che il legislatore debba verificare se esistono delle alternative, di tempo e di luogo, per porre in essere la condotta molesta in circostanze che non disturbino gli altri²⁷⁹. Maggiori sono le alternative che potrebbero ugualmente soddisfare l'agente, più alto sarà il peso da attribuire alla condotta molesta.

L'ultima massima, corollario della precedente, ha ad oggetto la natura del luogo in cui il fatto si verifica. L'esempio classico che viene fornito è l'esibizione del corpo nudo, un conto è praticare il nudismo

²⁷⁶ *Ivi*.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 38.

²⁷⁸ *Ivi*, «l'espressione non molesta di un'opinione, perfino di un'opinione molesta, è una sorta di carta vincente nell'applicazione dell'offense principle. I criteri dell'importanza per la persona che si esprime e dell'utilità sociale le conferiscono un'immunità assoluta; nessun grado di molestia può riuscire a sopravanzarla».

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 40.

in una spiaggia libera frequentata da famiglie, un altro è praticarlo in spiagge nudiste. Infatti, se una condotta molesta è posta in essere in un contesto prevedibile (una spiaggia nudista), è più facile, per chi voglia evitarne la percezione, evitarla²⁸⁰.

Secondo Feinberg, alla luce di queste massime che tengono in considerazione la posizione dell'agente e quella di chi subisce l'offesa, il legislatore dovrà compiere una ponderazione tra il peso da riconoscere alla domanda di criminalizzazione con quello riferibile alla condotta molesta per stabilire quale "peso" dovrà prevalere, cioè quale condotta viola il diritto altrui. Il filosofo riconosce che «quando gli *standard* sono in conflitto e nessuno si applica in maniera decisiva (...), non ci sarà un modo matematico e automatico di arrivare a una decisione corretta. Il teorico può identificare i fattori che devono essere considerati e compararli, ma, in definitiva, non c'è niente che possa sostituirsi al giudizio (...). Quando il caso è chiuso e tutti i principi pertinenti sono stati applicati ad esso secondo *standard* adeguati, la decisione legislativa o giudiziaria può non essere saggia, o correttamente criticata in quanto "sbagliata", ma non può essere "illegittima" nel senso che ha applicato un inammissibile tipo di ragioni»²⁸¹.

Feinberg ritiene che le massime di mediazione rappresentino l'unico rimedio contro il rischio di un'indiscriminata diffusione di fattispecie criminali basate su stati mentali di disturbo. Però, si potrebbe affermare che sebbene, da un lato, l'idea di non far ricorso a una massima di mediazione assoluta scongiuri il rischio di imporre scelte paternalistiche (sessuali, religiose o morali) ai cittadini, dall'altro, questa scelta non rappresenta un sicuro argine contro la dittatura della maggioranza. Infatti, società coese potrebbero ritenere

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 42.

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 45 ss.

particolarmente pesante la gravità di una sensazione indesiderata – ad esempio di una coppia omosessuale che passeggia tenendosi per mano – e il legislatore, il quale non compie scelte matematicamente misurabili, potrebbe attribuire maggior peso al diffuso senso di fastidio rispetto alla ragionevolezza dell'azione molesta²⁸².

Vi è chi ha criticato il modello feinberghiano dell'*offense to others* ritenendo che pecchi di eccessivo soggettivismo: secondo tali autori, il *wrong* sarebbe connotato in maniera troppo ampia e ogni condotta pubblica di un individuo potrebbe potenzialmente molestare gli altri. Per aggirare tale ostacolo, l'orientamento critico suggerisce di determinare l'antigiuridicità della condotta molesta – mediante il riferimento alle convenzioni sociali – prima di fare applicazione delle massime di mediazione²⁸³. Però, questo approccio non sembra risolutivo perché implica di stabilire *ex ante* cosa debba essere ritenuto *wrongful*, e per far ciò o si dovrebbe ricorrere all'opinione maggioritaria – col rischio di adottare una visione moralisticamente connotata – oppure bisognerebbe impiegare un criterio assoluto di ragionevolezza, che Feinberg non ha voluto utilizzare per evitare di devolvere un potere eccessivo al legislatore che avrebbe potuto

²⁸² È consapevole del carattere politico-valutativo delle massime di mediazione feinberghiane Fiandaca, il quale afferma che «le massime di mediazione hanno, e non possono non avere, un carattere (...) politico-valutativo, anche perché realizzano un bilanciamento tra esigenze e valori contrastanti, rispettivamente pro e contro l'incriminabilità; e, in ogni caso, l'applicazione di siffatte massime da parte di un legislatore concreto di rado potrà avvenire in modo meccanico, automatico, obiettivamente neutrale». Cfr. FIANDACA G., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal La. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 225.

²⁸³ VON HIRSCH A., SIMESTER A.P., *Rethinking the Offense Principle, Legal Theory*, vol. 8 (3) , 2002, pp. 270 ss.; VON HIRSCH A., *I concetti di "danno" e di "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica anglo-americana*, op.cit., p. 35, in cui l'autore propone di esigere che la condotta sia ritenuta *wrongful*, cioè deve essere tale da trattare l'altro soggetto con grande mancanza di rispetto e considerazione.

determinare quali sentimenti è “giusto” provare ²⁸⁴. Inoltre, il riferimento alle convenzioni sociali lascerebbe un margine ampio alla giustificazione moralistica della coercizione penale. Invero, nelle questioni oggetto dell'*offense principle*, culturalmente connotate, la determinazione dell'*offense* dipenderebbe sempre dai valori da cui ciascuno muove, per cui si rischierebbe – ricorrendo alla legge del numero o a un criterio assoluto – di non tenere in considerazione le minoranze. Cosicché, sembrerebbe che l'unico correttivo per far sì che le minoranze siano tutelate sia aderire ai principi liberali democratici e rispettare le varie forme di diversità non dannose, valutando di volta in volta, mediante il bilanciamento delle posizioni contrapposte, quali ragioni debbano prevalere. Una cosa è stabilire *ex ante* cosa sia ragionevole (giusto) fare o non fare, un'altra è stabilirlo *ex post*, a seguito di un confronto democratico delle diverse posizioni soggettive che tengano conto della diversità dei valori di partenza.

2.3 Poligamia e *offense to others*

L'*offense principle* raggruppa i comportamenti controversi e culturalmente connotati sui quali è difficile raggiungere un punto di convergenza, soprattutto nelle odierne società multiculturali.

L'analisi dell'*offense principle* svolta nei paragrafi precedenti ha mostrato che i comportamenti più a rischio, anche in società tolleranti, sono quelli che incidono sul sentire morale e religioso, cioè quelli in

²⁸⁴ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., pp. 35 ss., «Forse la fonte principale della mia riluttanza a restringere il principio della molestia alla “molestia ragionevole” (...) è che ciò richiederebbe agli organi dello Stato di rendere dei giudizi ufficiali sulla ragionevolezza e l'irragionevolezza degli stati emotivi e della sensibilità, con la conseguenza di chiudere queste questioni al dissenso e imponendo il timbro dell'approvazione dello Stato a risposte relative a questioni che, in quanto espressione di ideologia e credenza, dovrebbero essere lasciati aperti a una discussione e una pratica libera».

ordine ai quali è particolarmente critico il rapporto tra le diverse sensibilità (maggioritarie e minoritarie). La poligamia, essendo una pratica connessa alla religione (mormone e musulmana), rientra tra quei comportamenti che, nelle nostre società multiculturali, potrebbero recare disturbo in ossequio all'*offense to others principle*. Vediamo quali potrebbero essere le giustificazioni della penalizzazione della poligamia e se, la criminalizzazione possa essere considerata legittima in conformità al principio della molestia o del disturbo appena analizzato.

Si potrebbe sostenere che la poligamia disturbi la sensibilità di ordine più alto, ossia quella che investe la sfera dei principi morali e religiosi. Più precisamente, si potrebbe giustificare il rifiuto del riconoscimento del matrimonio poligamico, sostenendo - alla luce dell'*offense principle* - che in una società che attribuisce un profondo significato religioso al matrimonio monogamo e all'atto che lo solennizza, essa rappresenti «un modo per proteggere i sentimenti religiosi dall'offesa arrecata da un atto pubblico che dissacra il matrimonio»²⁸⁵. Seguendo questa argomentazione, e avvalendosi della definizione di *offense* di Feinberg, si potrebbe assumere che la poligamia - come forma matrimoniale - arrechi *disturbo, fastidio, imbarazzo, financo disgusto e ribrezzo* alla sensibilità religiosa di talune persone²⁸⁶.

Cercherò di applicare, al caso paradigmatico della poligamia, le massime di mediazione delineate da Feinberg per capire se siamo o

²⁸⁵ HART H.L.A., *Diritto, morale e libertà*, op. cit., p. 59.

²⁸⁶ Cfr. NUSSBAUM M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it., Roma, Carocci, 2005, pp. 387 ss., l'autrice critica la stigmatizzazione e criminalizzazione di comportamenti che possono causare reazioni emotive come la vergogna, la repulsione o il disgusto. Ella ritiene che tali sentimenti non debbano giustificare, in un'ottica liberale, l'incriminazione delle condotte che li provocano, poiché la disapprovazione di una condotta percepita come disgustosa si riverbera inevitabilmente sulla persona che ne è autrice, la quale riceve uno stigma negativo. Questa discriminazione della persona si tradurrebbe in una violazione della pari dignità delle persone.

meno in presenza di un *wrong*, ossia della violazione di un diritto e, dunque, se la poligamia possa essere respinta dall'*offense to others principle*. Per prima cosa, come suggeritoci da Feinberg, dobbiamo distinguere la posizione di chi subisce la molestia da quella di chi la pone in essere. Per quanto concerne la prima posizione, il filosofo richiede di valutare la gravità della molestia, avendo riguardo all'estensione, alla durata e all'intensità dell'*offense*. Rispetto al numero di soggetti che subiscono la condotta molesta, potremmo sostenere che in società monogamiche la poligamia rechi disturbo a un numero consistente di persone (sebbene non è da escludere che tale pratica sia tollerata anche da chi aderisce ad altre forme matrimoniali); nel determinare la durata, poiché la poligamia è una pratica matrimoniale che si suppone duratura, potremmo considerarla estesa, e la condotta molesta intensa per chi ritiene di subire un disturbo ai propri principi morali o religiosi. In base alla seconda massima di mediazione, quella dell'evitabilità ragionevole, si potrebbe pensare che non sia possibile evitare in maniera agevole la *public nuisance*. Immaginiamo la vita di una tipica famiglia poligama, non possiamo pensare che espliciti tutte le sue attività all'interno delle mura domestiche, magari per evitare che la loro condotta molesti altre persone. Sicuramente avranno dei bambini che andranno a scuola, non è escluso che alle riunioni scolastiche partecipino tutti i "genitori" (ossia tutti gli individui coinvolti nella relazione poligama), probabilmente può accadere che tutti i coniugi passeggino per strada, che partecipino a pubblici eventi. Insomma, la pratica poligamica, essendo una forma matrimoniale, non può non presentare il carattere della pubblicità, dunque chi si sente molestato non potrebbe facilmente evitare senza uno sforzo irragionevole il disturbo, per questa ragione si presta ad essere utilizzata dall'*offense principle*. Vediamo, però, quale peso debba essere attribuito alla ragionevolezza della condotta molesta, ossia al comportamento di chi la pone in

essere. Per quanto attiene all'importanza che l'azione molesta riveste per l'agente, si può presumere che sia alta. Infatti, il matrimonio rappresenta una scelta personale essenziale per la dignità dell'individuo e la sua autonomia, poiché rientra nelle scelte intime che definiscono la sua identità personale e le sue credenze.

Riguardo all'utilità sociale che alla condotta molesta può attribuirsi, si può sostenere che il peso sia alto perché il diritto di prendere decisioni riguardo a comportamenti essenziali per la propria esistenza, ossia il diritto all'autodeterminazione, può essere considerato di vitale importanza non soltanto per chi pone in essere la condotta (considerata) molesta ma anche per la società in generale. Riguardo all'esistenza di alternative, di tempo e di luogo, per porre in essere la poligamia senza pregiudizi e inconvenienti per altri, non mi pare che esistano delle plausibili alternative perché la poligamia non è una pratica che può essere realizzata in privato al riparo da occhi indiscreti. Invero, bisogna distinguere i casi in cui la pubblicità del comportamento è legata all'esigenza che induce a porlo in essere, quantunque esso possa disturbare, dai casi in cui la ragione per cui l'azione compiuta in pubblico è meramente emulativa, e non mi pare che le persone poligamiche abbiano lo scopo di suscitare una reazione fastidiosa bensì perseguono un ideale di famiglia diverso da quello maggiormente diffuso.

Dopo avere cercato di applicare le massime di mediazione al caso paradigmatico della poligamia, determinando il peso da attribuire a ciascuno dei fattori suggeriti da Feinberg, emerge che i diversi elementi in gioco non riescono ad offrire un indirizzo chiaro e univoco, dunque non è semplice immaginare quale massima debba orientare la scelta del legislatore. Però un'analisi più attenta, che si muova da una visione liberale, che compari da un lato la molestia arrecata alla sensibilità religiosa - seppur di un numero cospicuo di persone - al disturbo arrecato a chi pone in essere una condotta dettata

dai propri principi religiosi, potremmo dedurre che il piatto della bilancia debba sbilanciarsi a favore di coloro i quali reputino vitale la decisione di formare una famiglia poligamica. Soprattutto nell'ambito delle odierne società multiculturali è difficile sostenere che la poligamia, intesa quale valore su cui si basa l'ordinamento giuridico musulmano, offenda la sensibilità di chi si uniforma ad altri principi religiosi. Infatti, la società democratica improntata ai principi di pluralismo e laicità, non dovrebbe accettare il sistema valoriale-assiologico di una singola religione. Come potremmo decidere quali fedi religiose debbano contare o prevalere sulle altre? Se, per esempio, accogliessimo soltanto i valori cristiano-cattolici fondati sulla famiglia monogamica, saremmo legittimati ad ostacolare l'osservanza dei precetti religiosi dei musulmani o dei mormoni, i quali contemplano notoriamente la poliginia?

Si potrebbe, inoltre, affermare - contro chi sostiene l'argomento del disturbo o della molestia - «che in un'epoca di declino della fede i sentimenti religiosi suscettibili d'essere offesi dalla celebrazione pubblica di un matrimonio bigamo non siano molto diffusi o molto profondi e che basterebbe che tali matrimoni fossero ritenuti giuridicamente invalidi»²⁸⁷, senza cioè punire penalmente il poligamo. Quest'ultima argomentazione di matrice liberale non giustifica la penalizzazione della "condotta poligama", bensì propone di impedire la costituzione di famiglie poligame attraverso l'ausilio del solo diritto civile. Però, la negazione del riconoscimento giuridico del matrimonio poligamico, *de facto* impedisce ai poligami di godere dei diritti e benefici annessi alla posizione di coniuge.

Ancora, si potrebbe ritenere che la poligamia determini una *profound offense*. Abbiamo visto che, talvolta, l'*offense* potrebbe mettere in dubbio la legittimità di condotte che si svolgono in privato, tra

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 61.

adulti consenzienti, ma che possono causare disturbo, vergogna, disturbo e repulsione a terzi che ne vengono a conoscenza. In questo caso, l'offesa alla sensibilità verrebbe arrecata non soltanto quando gli atti offensivi avvengono pubblicamente, ma anche quando coloro che non li approvano, apprendono che altri li compiono in privato²⁸⁸. Questo tipo di disturbo, che Feinberg definisce *profound offense*, non legittima la penalizzazione della condotta molesta poiché manca l'elemento della pubblicità. Infatti, il carattere distintivo nel *wrong* nella *profound offense* è rappresentato dal fatto che lo stato mentale sgradito è frutto della previa qualificazione di un comportamento come contrario ad alcuni principi morali o religiosi, e che ci si senta profondamente turbati non perché si è subito un affronto in prima persona ma perché è stato oltraggiato un principio in cui ci si riconosce. Ma, in questo caso, il *wrong* non incide direttamente sulla persona che si reputa offesa perché chi si lamenta non percepisce la condotta molesta, dunque non si configura una violazione del diritto. Seguendo Feinberg diremo che la mera conoscenza che un matrimonio poligamo è stato celebrato non costituisce un'*offense* perché manca la lesione di diritto altrui, manca il torto.

L'obiezione principale che si può muovere ai sostenitori dell'*offense to others* che vorrebbero impedire la poligamia, si fonda su una tesi liberale che attribuisce capitale importanza alla libertà di autodeterminazione. Se, cioè, riconosciamo la libertà individuale come valore - e, di conseguenza, ammettiamo la possibilità di scegliere quale tipologia di famiglia, monogamica o poligamica, costituire - non

²⁸⁸ Hart insiste sulla differenza tra gli atti pubblici, che possono essere sia offensivi che immorali, da quelli privati che possono, tutt'al più essere considerati immorali. Per il filosofo, soltanto gli atti che avvengono in un luogo pubblico sono suscettibili di recare un'offesa, nel senso di molestia ad altri, se non vi fosse questa distinzione concettuale, nella pratica non vi sarebbe differenza tra atti offensivi e immorali. Dello stesso avviso è Feinberg, il quale distingue le condotte moleste che avvengono in pubblico - *public* o *common nuisances* - da quelle che avvengono in privato - *profound offenses*, cfr. § 1.2.1.

possiamo accettare un'ingerenza statale volta a proteggere dal disturbo che altri possono arrecarci. Invero, se applicassimo alla poligamia il principio secondo il quale lo strumento coercitivo può essere impiegato per proteggere gli individui dall'*offense* che ingenererebbe, si creerebbe un circolo vizioso per il quale tutte le tipologie di famiglie, diverse da quella monogamica, verrebbero punite. Punire gli individui a causa del disturbo che cagionano, equivarrebbe a punirli semplicemente perché altri dissentono sul loro operato. L'unica libertà che potrebbe coesistere con il principio del disturbo e della molestia sarebbe la libertà di fare quelle cose circa le quali vi è un consenso unanime. Come rileva Hart: «ammettere la libertà individuale come valore implica come minimo accettare il principio secondo il quale l'individuo può fare ciò che vuole anche se gli altri sono disturbati quando apprendono ciò che egli fa, a meno che, beninteso, non ci siano altre buone ragioni per vietarglielo. Nessun ordinamento sociale, il quale riconosca un certo valore alla libertà individuale, può anche ammettere il diritto ad essere protetti dal disturbo in tal modo cagionato»²⁸⁹.

In conclusione, se si abbraccia un orientamento *liberal* è da escludere che la pratica della poligamia possa causare una molestia ad altri. Da un lato, essa è espressione di un modello familiare che, in alcuni casi, trova il suo fondamento nella religione (in specie quella musulmana e mormone), e il diritto di professare la propria fede religiosa prevale nettamente (o almeno dovrebbe prevalere) sull'eventuale molestia recata. Dall'altro lato, la mera consapevolezza che altri facciano ciò che a noi non piace - dunque la mera conoscenza che sia stato celebrato un matrimonio poligamico - non rappresenta una giustificazione per l'incriminazione di una condotta, tale incriminazione sarebbe giustificata da principi moralisti o

²⁸⁹ HART H. L. A., *Diritto, morale e libertà*, op. cit., p. 65.

paternalisti, ma non dall'*offense to others principle*. Come afferma Feinberg: «è impossibile che la libertà costituisca un grande valore e al contempo venga legittimamente sacrificata per evitare che altri possano sentirsi infastiditi dalla mera consapevolezza che qualcuno stia facendo qualcosa in privato»²⁹⁰.

In uno Stato secolarizzato gli individui non dovrebbero essere puniti per avere agito in contrasto con dettami religiosi di un particolare credo. La punizione non dovrebbe fondarsi sul presupposto che tutti condividano la stessa fede religiosa o che ci sia una religione i cui principi siano considerati superiori rispetto ad altre religioni.

3. ARGOMENTO DELLA CHINA SCIVOLOSA O DEL PIANO INCLINATO

La massima del cosiddetto argomento della “china scivolosa” o del “piano inclinato” (*slippery slope argument*) si fonda sul presupposto che è meglio evitare ciò che potrebbe essere il principio di un succedersi di eventi che ci faranno “scivolare” in modo incontrollabile verso una situazione grave e disastrosa. In particolare, chi sostiene tale massima ritiene che il passo A, che porta in direzione del margine della china, farà slittare inesorabilmente verso il basso, obbligando a compiere i passi B e C, che condurrebbero a esiti orribili. Posto in questi termini, l’argomento della china scivolosa o del piano inclinato sembrerebbe assumere un carattere logico-consequenzialistico: infatti, come conseguenza del fatto di accingersi a fare il passo A, si suppone che si intraprenderanno necessariamente i passi B e C. Tuttavia, la previsione che si verifichino conseguenze negative che conducano

²⁹⁰ FEINBERG J., *Offense to Others*, op. cit., p. 64.

oltre il margine della china, è solo una probabilità e non una certezza²⁹¹. Quindi, la questione sarebbe la seguente: se è improbabile che seguiranno i passi B e C allora il passo A potrà essere intrapreso; se, al contrario, la probabilità è elevata, il timore di discendere lungo la “china” potrebbe trattenerci dal compiere il passo A. Tale argomento trae origine da un processo psichico-cognitivo secondo il quale «una volta che giustifichiamo di fronte a noi stessi il passo A, diviene più facile giustificare i passi B e C»; alla stessa stregua «se permettiamo che una regola abbia eccezioni, cominceremo a giustificare ogni genere di eccezioni»²⁹².

L'argomento della china scivolosa è tipicamente addotto dai paternalisti per proibire attività che pongono la vita umana in grave pericolo. Invero, è utilizzato per vietare il consumo di sostanze stupefacenti, la pratica di sport estremi e del sesso sadomaso tra adulti consenzienti. Tradizionalmente, tale argomento è utilizzato a supporto del divieto della pratica eutanasica. Gli oppositori della “dolce morte” sostengono, infatti, che la legalizzazione dell'eutanasia condurrebbe inevitabilmente a concepire la vita non più come un valore sacro e inviolabile bensì tangibile, incentivando comportamenti altamente dannosi quali omicidi e maltrattamenti a danno di terzi. In particolare, temono che dalla legalizzazione dell'eutanasia “volontaria” (a favore del malato terminale) si possa scivolare verso quella “non volontaria” (del malato incurabile ma non terminale) fino

²⁹¹ Cfr. BOK S., *Eutanasia*, in Dworkin G., Frey R.G., Bok S. (a cura di), *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Edizioni di comunità, Torino, 2001, p. 143, ove l'autrice afferma che gli argomenti della china scivolosa o del piano inclinato «rappresentano inviti alla prudenza di fronte ai futuri e ignoti effetti che possono derivare da un particolare cambiamento. Le loro previsioni sono spesso di carattere retorico, dal momento che mettono in guardia contro rischi che hanno poche probabilità di insorgere, e nei confronti dei quali esistono sistemi di difesa accuratamente collaudati».

²⁹² FREY R.G., *Il timore della china scivolosa*, in DWORKIN G., FREY R.G., BOK S. (a cura di), *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Edizioni di comunità, Torino, 2001, p. 53, nota 3.

ad arrivare – nei casi più nefasti – all'eutanasia “involontaria” (dei soggetti handicappati, degli anziani, dei malati di mente). Eppure, da uno sguardo ai paesi che hanno legalizzato l'eutanasia non emerge che vi sia stato un incremento del tasso di omicidi o di crimini violenti²⁹³. Inoltre, non è empiricamente dimostrato che legittimando la pratica eutanasi, discenderemo inevitabilmente la china del togliere la vita. Feinberg, il quale ha dedicato l'ultimo capitolo dell'opera *Harm to Self* alle scelte di fine vita, ritiene che per dimostrare la fallacia dell'argomento in questione, basterebbe stabilire in modo tassativo i casi nei quali è possibile ricorrere all'eutanasia, in modo tale da fornire delle “misure precauzionali” o “condizioni di salvaguardia” atte ad evitare la scivolosa china dei passi successivi²⁹⁴. Inoltre, in linea con una prospettiva antipaternalista, suggerisce di verificare che sussista effettivamente la volontà del paziente, cioè che sia a conoscenza dei fatti rilevanti, che sia capace di intendere e di volere, che il suo consenso sia stabile nel tempo e libero da pressioni coercitive²⁹⁵.

L'argomento della china scivolosa è stato utilizzato nell'opinione dissidente della sentenza *Lawrence v. Texas*²⁹⁶, pronuncia con cui la Corte Suprema americana ha dichiarato l'incostituzionalità

²⁹³ Come rileva MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, op. cit., p. 57 nota 12: «Il principio etico-politico che giustifica la legalizzazione dell'eutanasia, del suicidio assistito, del sesso sadomaso (violento), è completamente differente dal principio che giustifica comportamenti violenti, che cagionano un danno a terzi non consenzienti, quali uccidere, stuprare, rapinare, effettuare maltrattamenti, e sarebbe un evidente errore logico confonderli».

²⁹⁴ Per una trattazione più completa dell'argomento della china scivolosa applicato al caso paradigmatico dell'eutanasia cfr. FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 344 ss.; SERRAINO F., *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, op. cit., pp. 81 ss.; MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, op. cit., pp. 56 ss.

²⁹⁵ Cfr. CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G., (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, op. cit., p. 96; DICIOTTI E., *Preferenze, autonomia e paternalismo*, op. cit., pp. 108 ss.; FEINBERG J., *Harm to self*, op. cit., pp. 113 ss.; MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, op. cit., pp. 61 ss.

²⁹⁶ Cit., v. nota 170.

della legge texana incriminante la sodomia compiuta in privato, tra omosessuali adulti e consenzienti. In particolare, è stato il giudice Scalia ad addurre tale tesi quando sostenne che ammettere la sodomia avrebbe condotto inevitabilmente a riconoscere in futuro i matrimoni tra omosessuali, i matrimoni poligamici, i rapporti incestuosi e gli atti contro natura.

Un argomento analogo è rinvenibile nella storica sentenza del 26 giugno 2015 che ha imposto a tutti gli Stati americani di celebrare il matrimonio tra persone dello stesso sesso e di riconoscere i matrimoni *same-sex* regolarmente celebrati in un altro Stato²⁹⁷. Sembrerebbe che il riconoscimento del *same-sex marriage* da parte del diritto, sollevi la questione di una possibile “ridefinizione” del concetto di matrimonio civile al fine di renderlo più inclusivo, ricomprendendo, oltre i matrimoni tra due persone (anche dello stesso sesso), anche i matrimoni plurimi²⁹⁸. Ma:

- 1) non ci sono delle relazioni di causa-effetto tra il matrimonio omosessuale (passo A) e il matrimonio poligamico (passo B);
- 2) c'è una bassa probabilità che A condurrà a B;

Secondo alcuni, il *same-sex marriage* non ha nulla in comune con il matrimonio plurimo, inoltre, politicamente la poligamia non è supportata dallo stesso numero di persone che si batte per il riconoscimento del matrimonio omosessuale²⁹⁹.

²⁹⁷ Cit., V. nota 1.

²⁹⁸ Il *Defence of Marriage Act* (DOMA) adottato nel 1996, definiva il matrimonio come «l'unione tra una donna e un uomo».

²⁹⁹ Gerstmann afferma che chi afferma di volere sposare più persone chiede un'opzione aggiuntiva rispetto a quella che possiedono già. Gli omosessuali, invece, non hanno alcuna opzione. Pertanto, la poligamia differisce dal matrimonio omosessuale, perché il poligamo può sposare almeno una persona di sua prima scelta, a differenza dell'omosessuale che non può sposare nessuno, tranne che una persona di sesso diverso, ma non rappresenta un'opzione. Lo studioso afferma che c'è una grande differenza tra sposare chi si vuole e sposare quante persone si vuole. Cfr. GERSTMANN E., *Same-sex marriage and the constitution* 104, 2004. Ritene che il *same-sex marriage* non possa essere equiparato al *plural marriage* anche DAVIS A. D.,

Nella *dissenting opinion* del giudice Roberts (avallata dal giudice Scalia e dal giudice Thomson) emerge la preoccupazione che il riconoscimento del *same-sex marriage* possa condurre al riconoscimento dei matrimoni poligamici. In particolare, il giudice Roberts afferma che «sebbene la maggioranza abbia inserito casualmente l'aggettivo "due" in vari punti della sentenza, ciò non offre alcuna ragione per cui l'elemento delle due persone nella definizione del matrimonio debba essere preservato mentre l'elemento uomo-donna no³⁰⁰». In altre parole, se è stata annullata la norma secondo cui le nozze potevano avvenire solo fra un maschio e una femmina, perché non potrebbe saltare anche quella che le limita a sole due persone? In verità, continua il giudice, «dal punto di vista della storia e della tradizione, il balzo dall'*opposite-sex marriage* al *same-sex marriage* è ben più grande di quello dall'unione di due persone alle unioni plurime, che hanno radici profonde in alcune culture del mondo. Se la maggioranza vuole fare il grande balzo, è difficile capire come possa dire no a quello più piccolo³⁰¹». Il giudice Roberts, dunque, rileva che il ragionamento della maggioranza, ossia di chi ha deciso a favore del riconoscimento del *same-sex marriage*, potrebbe essere applicato in egual misura a chi rivendica un diritto fondamentale al matrimonio plurimo. Infatti, se si riconosce la possibilità di fare scelte autonome e profonde a due uomini o a due donne che vogliono sposarsi, non si vede per quale ragione tale diritto debba essere negato, per esempio, a tre persone che, nell'esercizio della loro autonomia, volessero fare la profonda scelta di sposarsi. Alla stessa stregua, continuando ad utilizzare le motivazioni addotte dalla maggioranza, il giudice dissidente rileva che «se due persone dello stesso sesso hanno il diritto costituzionale di

Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality, Women, Gender & Sexuality Studies Research, Paper 12, 2009.

³⁰⁰ *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, Roberts, C. J., *dissenting opinion*.

³⁰¹ *Ibidem*.

sposarsi perché altrimenti i loro bambini potrebbero “subire lo stigma di sapere che le proprie famiglie sono in qualche modo meno”, perché lo stesso ragionamento non dovrebbe applicarsi pure a una famiglia di tre o più persone che allevano figli? Se non avere la possibilità di sposarsi “serve a mancare di rispetto e a subordinare” le coppie gay e lesbiche, perché la stessa “imposizione di questo svantaggio” non dovrebbe servire a mancare di rispetto e a subordinare le persone che trovano compimento nelle relazioni poliamorose?»³⁰². È evidente che il giudice Roberts non intenda equiparare il matrimonio delle coppie dello stesso sesso ai matrimoni plurimi, semmai mette in guardia dai possibili sviluppi che potrebbero derivare dal riconoscimento dei *same-sex marriage* utilizzando l’argomento logico-consequenzialista della china scivolosa.

Il giudice Roberts ritiene che il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali condurrebbe inevitabilmente a ridefinire il concetto di “matrimonio”, che si presterebbe ad accogliere qualunque rivendicazione, anche quella proveniente da individui che desiderano il riconoscimento delle unioni plurime. Invero, una modifica nella definizione di matrimonio - che all’elemento duale “uomo-donna” include pure quello “uomo-uomo” o “donna-donna” - potrebbe condurre ad includere anche l’elemento “plurale”. Ciò emerge chiaramente nell’ultimo passo della sentenza, in cui la maggioranza afferma che allargare il matrimonio per includere le coppie dello stesso sesso «non rischia di causare danni a loro né a terze parti», lo stesso argomento potrebbe essere utilizzato per ricomprendere, all’interno del concetto di matrimonio, anche le unioni plurime³⁰³.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Nella sentenza *Obergefell et al. v. Hodges et al.* si legge: «Sarebbe contraddittorio riconoscere il diritto all’autodeterminazione riguardo ad altre vicende della vita familiare - come le scelte riguardanti la contraccezione, la procreazione, l’allevamento dei figli - e non riguardo alla scelta sulla forma matrimoniale. Le scelte sul matrimonio forgiavano la vita di un individuo, attraverso

Anche in Italia, vi è chi ravvisa che «il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso rischia d’essere, in prospettiva, il cavallo di Troia per rivendicare la legalizzazione di unioni anche poligamiche»³⁰⁴. Se il matrimonio diventa “*pour tous*”, eliminando le discriminazioni per sesso, allora bisognerebbe eliminare anche la discriminazione per numero, riconoscendo il matrimonio plurimo fondato sul consenso di tutti i partecipanti.

In sintesi, tornando alla sentenza *Lawrence v. Texas*, abbiamo evidenziato il collegamento causale che il giudice Scalia ha addotto per opporsi alla legalizzazione della sodomia, secondo il quale il riconoscimento del diritto di sodomia (passo A) condurrebbe inevitabilmente al riconoscimento delle unioni poligame (passo B), dell’incesto (passo C) e degli atti contro natura (passo D).

Nella sentenza *Obergefell et al. v. Hodges et al.*, invece, il giudice Roberts ha ritenuto che il riconoscimento del *same-sex marriage* (passo A) possa aprire la strada al riconoscimento dei *plural marriage*. Pertanto, possiamo ragionevolmente presumere che, qualora venisse sollevata la questione del riconoscimento dei matrimoni poligamici, e non siamo troppo lontani dalla concretizzazione di tale ipotesi³⁰⁵, i giudici interpellati potrebbero

esso le persone possono ottenere altre libertà, di espressione di sé, di intimità e di spiritualità; e la scelta su se e chi sposare è tra gli atti della vita fondamentali di definizione del sé». Tale argomento potrebbe essere utilizzato da chi si batte per il riconoscimento del matrimonio plurimo.

³⁰⁴ Il prof. Ruffolo, ordinario di Diritto Civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bologna si domanda: «Perché “*tous*” deve essere solo duale e non anche plurale? Potrà sembrarci retrogrado e antistorico, ma non sarà facile, in lungo periodo, negarne l’estensione alle tante famiglie poligamiche immigrate, le quali volessero essere da noi giuridicamente regolate, almeno, come “famiglie di fatto”», V. “*Ecco perché è giusto legalizzare la poligamia*”, Il Giornale, 02 Febbraio 2014.

³⁰⁵ Subito dopo la sentenza della Corte Suprema americana che ha riconosciuto i matrimoni tra persone dello stesso sesso, Nathan Collier, noto per essere il protagonista del *reality show* “*Sister Wife*”, ha dichiarato di essere pronto a chiedere il riconoscimento civile della sua seconda unione, anticipando di essere disposto a intentare una causa in caso di respingimento della sua istanza. Cfr.

respingere la domanda di riconoscimento adducendo il ragionamento dello “scivolamento” verso il basso.

In effetti, facendo un parallelismo con l’argomento dell’“effetto domino” utilizzato da Feinberg nell’analisi dell’eutanasia volontaria, potremmo ritenere che il passo dal *same-sex marriage* al *plural marriage* non sia lungo. Invero, secondo tale argomento «le tessere domino sarebbero ordinate in modo tale per cui, una volta che una particolare legislatura legalizzi l’eutanasia volontaria, inevitabilmente le pressioni politiche spingeranno per la legalizzazione dell’eutanasia non volontaria, che sarà al momento giusto legalizzata, rendendo malleabile la pubblica opinione a favore dell’eutanasia involontaria, incoraggiando i politici a muoversi in quella direzione e così via»³⁰⁶. Tale tesi si basa sull’impatto sociale e psicologico che una politica di legalizzazione, in questo caso dell’eutanasia, avrebbe sulla comunità di riferimento. Il compimento del primo passo preparerebbe all’accettazione psicologica dei fenomeni connessi ai passi successivi. Esattamente come l’accettazione dell’eutanasia «introdurrebbe nell’esperienza giuridica un’eccezione all’inviolabilità assoluta del diritto alla vita»³⁰⁷, potremmo presumere che l’introduzione del riconoscimento del *same-sex marriage*, che prevede una modifica della definizione del concetto di matrimonio – da “unione tra due persone di sesso opposto” diviene “unione tra due persone”- spingerebbe l’opinione pubblica a propendere psicologicamente ad accettare un’ulteriore modifica del concetto di matrimonio – da “unione tra due persone” a “unione tra due o più persone”. Quindi, accostando ragioni di carattere empirico-sociale, è probabile che tale argomento possa condurre davvero a una propensione a favore dell’accoglimento del

<http://www.washingtontimes.com/news/2015/jul/1/nathan-collier-sister-wives-polygamist-cites-gay-m/?page=all>.

³⁰⁶ FEINBERG J., *Harm to Self*, op. cit., p. 346.

³⁰⁷ SERRAINO F., *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, op. cit., p. 83.

matrimonio plurimo. E, in effetti, la sentenza della Corte Suprema americana a favore dei matrimoni omosessuali è stata accolta con favore dai poligami che vedono nella vittoria dei diritti degli omosessuali un passo importante verso (l'inevitabile) accoglimento del matrimonio plurimo. Infatti, le ragioni utilizzate per accettare i matrimoni omosessuali, principalmente "evitare i pregiudizi discriminatori", possono essere avallate dai promotori del matrimonio poligamo.

Contro chi, invece, sostiene che il matrimonio poligamico condurrebbe all'accettazione dell'incesto e degli atti contro natura, si potrebbe obiettare che tale tesi non implica necessariamente una forma di necessità causale: cioè compiendo il passo A, ossia riconoscendo la poligamia, non è detto che saremo costretti a discendere la china e, dunque, a riconoscere atti contro natura e l'incesto; infatti, tale argomento verte principalmente sull'astratta possibilità o probabilità che si verifichino conseguenze indesiderate, e non su prove empiriche inconfutabili o su fenomeni scientificamente accertabili mediante massime di esperienza³⁰⁸. Inoltre, tale argomento, vertendo sul rapporto di derivazione logico-probabilistica che farebbe seguire il riconoscimento dell'incesto dal matrimonio poligamico (il quale deriverebbe a sua volta da quello omosessuale), ci condurrebbe ad una *reductio ad absurdum*.

Fornire ragioni di natura empirica per avallare o rigettare l'argomento della china scivolosa è un compito arduo, al limite dell'impossibile. Per respingere la tesi di coloro i quali utilizzano l'argomento della china scivolosa, rimanendo fedeli alla teoria liberale

³⁰⁸ GHER J. M., *Polygamy and Same-Sex Marriage - Allies or Adversaries within the Same-Sex Movement?*, William and Mary Journal of Women and the Law 14, 2008.; DEN OTTER RONALD C., *Is there really any good argument against plural marriage?*, Espresso, 2009. http://works.bepress.com/ronald_den_otter/1, pp. 20 ss.; DAVIS A. D., *Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality*, Women, Gender & Sexuality Studies Research, Paper 12, 2009, pp. 1979 ss.;

sui criteri di legittimazione delle scelte criminalizzatrici, potremmo invocare, ancora una volta, il supremo valore del principio di autonomia individuale. Infatti, se accogliamo il paternalismo *soft* di Feinberg, secondo il quale ciascun individuo è sovrano assoluto sul proprio regno, ossia nel campo di azione (*self-regarding*) che non ha ripercussioni su terzi, dovremmo assumere una posizione favorevole al riconoscimento delle unioni poligamiche, a condizione che la scelta di “entrare” in una relazione plurima sia sufficientemente volontaria e non viziata.

4. POLIGAMIA E DANNO AD ALTRI

Nell’immaginario collettivo comune, la poligamia è vista come una pratica primitiva, degradante e oppressiva nei confronti delle donne³⁰⁹. Tale visione è sostenuta dalla Corte Suprema della British Columbia che argomenta: «l’ordinamento costituzionale canadese non può tollerare la poligamia, in quanto pratica idonea a provocare danni di natura fisica e psicologica nei confronti delle donne che partecipano alle unioni poligamiche, dei figli nati da quelle, così come, più in generale, nei confronti della società stessa e del matrimonio monogamico»³¹⁰. In particolare, secondo la Corte Suprema le donne coinvolte nelle unioni poligamiche «affrontano livelli di violenza domestica e di abuso, incluso l’abuso sessuale, più alti. Questi fattori contribuiscono all’alto tasso di disordini depressivi e altre malattie

³⁰⁹ Cfr. OKIN M., *Is Multiculturalism Bad for Woman?*, in COHEN J., HOWARD M., NUSSBAUM M.C., (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Woman?*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 1999, p. 14, ove l’autrice paragona la poligamia alla clitoridectomia e ai matrimoni forzati.

³¹⁰ Reference re: Section 293 of the Criminal Code of Canada (2011) BCSC 1588.

mentali che le donne in relazioni poligame patiscono. Esse hanno più figli, è più probabile che muoiano di parto e che vivano vite più brevi delle loro corrispondenti monogame. Esse tendono ad avere meno autonomia e riportano livelli più alti di insoddisfazione matrimoniale e livelli più bassi di autostima. Esse soffrono, altresì, economicamente visto che le risorse possono essere divise in modo non equo o possono essere insufficienti»³¹¹. Analoghe riflessioni vengono effettuate in relazione ai figli dei poligami: «i bambini all'interno delle famiglie poligame affrontano livelli più alti di mortalità infantile, anche valutando la variabile economica e altre variabili importanti. Essi tendono a patire maggiori problemi emozionali comportamentali e fisici, così come conseguono livelli di istruzione più bassi rispetto a quelli dei bambini delle famiglie monogamiche. Questi risultati è più facile che sfocino in livelli di conflitto, in stress emotivo e tensioni più alte nelle famiglie poligamiche. In particolare, rivalità e gelosia tra le co-mogli possono causare significativi problemi emozionali ai loro bambini. L'incapacità dei padri di dare sufficiente affetto e attenzione disciplinare a tutti i figli può ulteriormente ridurre la sicurezza emotiva. Un altro significativo danno ai bambini è la loro esposizione e potenziale interiorizzazione di dannosi stereotipi di genere»³¹². Le argomentazioni espresse dalla Corte Suprema della British Columbia che fanno leva sul potenziale danno alle donne e ai figli dell'unione poligamica sono condivise da molti³¹³.

³¹¹ *Ibidem.*

³¹² *Ibidem.*

³¹³ Per una prospettiva sul potenziale danno alle donne cfr. STRASSBERG M., *The crime of polygamy*, 12 Temple Political and Civil Rights Law Review 353, 2003, p. 357; BAILEY M., KAUFMAN A. J., *Polygamy in the Monogamous World. Multicultural challenges for Western Law and Policy*, op. cit., 2010. Invece, per una prospettiva sul potenziale danno ai figli delle unioni poligamiche cfr. SIGMAN S., *Everything Lawyers Know about Polygamy Is Wrong*, Cornell Journal of Law and Public Policy, 16, 2006, pp. 172 ss.; DAVIS A. D., *Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality*, op. cit., pp. 2025 ss.

Nel Report delle Nazioni Unite sulla «Violenza contro le donne negli Stati Uniti», si evidenzia che la poligamia promuove la violenza domestica, i matrimoni forzati e precoci, l'incesto e la violenza sessuale³¹⁴. Dal Report – che si focalizza principalmente sulla poliginia mormone – si evince che tali donne, vivendo isolate nelle comunità mormoni, vengono private dell'istruzione, dell'indipendenza economica e dei diritti sociali e culturali. Inoltre, si ritiene che le conseguenze psicologiche ed emotive causate dall'isolamento sociale delle comunità poligame siano dannose per le donne e i loro bambini³¹⁵. Secondo il *rapporteur* delle Nazioni Unite, in America la legge contro la bigamia ha lo scopo di proteggere diritti e libertà violati dai poligami, in particolare: la libertà dalla tortura e da trattamenti inumani e degradanti; la libertà dalla discriminazione fondata sulla base di motivi sessuali; il diritto all'istruzione; il diritto all'informazione; il diritto a un consenso libero e informato. Alla luce di tali considerazioni, sembrerebbe che la poligamia causi un danno alle donne in termini di violenza e abusi fisici e psicologici. Inoltre, molti sostengono che la poligamia, presentandosi nella forma della poliginia, implichi il matrimonio precoce di giovani donne, che sarebbero costrette dai loro parenti o dalla loro comunità di appartenenza a sposare uomini molto più grandi di loro³¹⁶. Nel complesso, viene in rilievo che il problema non è la poligamia in sé ma il fatto che le donne subiscano delle

³¹⁴ COOMARASWAMY R., UN Special Rapporteur on Violence Against Woman, *“Violence Against Women in the United States. A report of trends, legal developments, and best practices. Violence Against Women in the Practice of Polygamy by Break-away Fundamentalist Sects of the Mormon Church”*, 1993-2002, p. 68.

³¹⁵ Per un approfondimento sulla condizione delle donne mormoni cfr. KOKTVEDGAARD ZEITZEN M., *Claiming the Right to Polygamy. Fundamentalist Mormon Challenges to North American Legal Cultures*, op. cit., p. 74 ss. Per una disamina delle sentenze americane che hanno ad oggetto casi di violenza e abuso a danno delle donne mormoni cfr. VAZQUEZ R., *The practice of polygamy: Legitimate free exercise of religion or legitimate public menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence*, 5 N.Y.U.J. LEG. & PUB. POL'Y 225, January 4, 2002.

³¹⁶ Secondo la Okin, la poligamia prevede il controllo della sessualità delle giovani donne da parte di uomini anziani.

pressioni coercitive per sposarsi. Dunque, si integrerebbe un'ipotesi di consenso viziato che legittimerebbe l'intervento dello Stato al fine di tutelare soggetti deboli da possibili danni³¹⁷.

Al di fuori delle ipotesi in cui le donne risultino vittime di coercizione e i figli vittime di abuso, l'argomento del danno ad altri che fa leva sulla dannosità della pratica poligamica in sé, non può essere sostenuto del tutto. Donne con bassi livelli di autostima e infelici del loro matrimonio, vittime di abuso e di violenza fisica, sessuale e psicologica sono presenti anche nelle famiglie nucleari e diffuse in tutte le culture.

Inoltre, bisogna evidenziare che tali implicazioni vengono rilevate soprattutto nei confronti della famiglia poliginica mormone, dunque, in ipotesi di poligamia *de facto*, non riconosciuta giuridicamente dallo Stato. Tale osservazione ci induce a presupporre che se la poligamia fosse riconosciuta e disciplinata - conferendo più diritti alle donne all'interno del matrimonio poligamico e, magari, ammettendo anche la poliandria - gli abusi e le violenze non si perpetrerebbero. Alcuni attribuiscono la dannosità di tale pratica proprio al suo carattere "clandestino", sostenendo che se la poligamia fosse regolamentata si potrebbe prevedere una maggiore protezione dei soggetti vulnerabili.

Se le donne sono fisicamente e psicologicamente danneggiate, o costrette da pressioni coercitive a contrarre matrimonio poligamo, nessuno, nemmeno il liberale più convinto, si opporrebbe alla proibizione di tale pratica alla luce del principio del danno ad altri. Dunque, sotto il profilo del danno agli individui coinvolti, o si nega (e si dimostra) che il consenso di chi partecipa alle condotte in questione è genuino (nel caso in specie il consenso delle donne, mogli dei poligami) - caso in cui la poligamia è riconducibile al danno ad altri; oppure, se il consenso è genuino, se anche il fatto fosse dannoso per l'individuo, sarà chiaro il contenuto paternalistico delle argomentazioni favorevoli alla proibizione

³¹⁷ Cfr. Cap. I § 6.

della poligamia. Invero, in assenza dell'individuazione di un danno concreto, e in mancanza di una causa di non punibilità incentrata sul consenso dell'individuo adulto, che volontariamente e liberamente decide di aderire alla pratica poligamica, non resta che fare riferimento ai precetti morali che la poligamia viola, o al bene (o meglio a ciò che si considera bene) del soggetto dell'unione poligamica, il che equivale all'invocazione, rispettivamente, del moralismo, del paternalismo o del perfezionismo.

Quanto all'applicazione del principio del danno ai figli delle unioni poligamiche, non credo possa essere condiviso. Sostenere che un padre che ha tanti figli non riesca ad essere presente e affettuoso è un argomento fallace. Invero, la medesima riflessione potrebbe applicarsi a una famiglia monogamica numerosa e non per questo si proibisce tale matrimonio o si impone di avere un certo numero di figli.

5. POLIGAMIA E DANNO A SE STESSI

A causa del contrasto dell'istituto poligamico con l'ordinamento giuridico occidentale, vi è chi ritiene che non sia possibile ammettere la giustapposizione di modelli familiari, monogamici e poligamici, poiché profondamente contrastanti fra loro per la condizione femminile in cui verserebbero le mogli dei poligami e per l'asimmetria di potere su cui si fonderebbero i rapporti tra i coniugi poligami.

Coloro i quali si oppongono alla poligamia adducono l'argomento dell'uguaglianza di genere. In particolare, ritengono che la poligamia sia una pratica ingiusta e ineguale, dunque intrinsecamente dannosa, poiché non rispetta il principio di uguaglianza; infatti, laddove non è vietata, permette soltanto agli uomini di sposare più donne e non il contrario; quindi, nello specifico,

condannano la poliginia come «forma non libera e non reciproca di relazione tra sessi»³¹⁸.

In effetti, nel capitolo in cui si mostra la diffusione del fenomeno della poligamia nella società odierna, si evince che nella maggior parte dei casi la poligamia si manifesta nella forma della poliginia e che, laddove è ammessa la poliginia, la poliandria è vietata. Pertanto, alla luce dell'argomento dell'eguaglianza, si ritiene che tale pratica debba essere vietata dallo Stato perché discrimina le donne, negando loro gli stessi diritti, libertà e opportunità che sono invece concessi agli uomini³¹⁹. La sostanziale ineguaglianza derivata dal mancato riconoscimento del diritto della donna alla poliandria determinerebbe un'ingiustificata asimmetria di potere tra i sessi, inconcepibile perché basata su un sistema patriarcale fondato su una gerarchia di tipo sessuale, incompatibile con i principi fondamentali di uno Stato democratico ed egualitario.

Anche le Nazioni Unite si sono schierate contro la poligamia per favorire i diritti di uguaglianza delle donne. Nella Raccomandazione 21 del 1994 sull'uguaglianza nel matrimonio e nei rapporti familiari si legge che: «il matrimonio poligamo contravviene al diritto della donna alla parità con gli uomini, e può avere conseguenze emotive e finanziarie talmente gravi per la donna e per i familiari a suo carico, che tali matrimoni dovrebbero essere scoraggiati e vietati»³²⁰. Dunque, la pratica poliginica è ritenuta dannosa, sia perché causa un danno tangibile alle donne che sono vittime di violenza, sia perché le discrimina e le subordina agli uomini.

³¹⁸ RIGOTTI F., *Poligamia e diritti*, op. cit.; NEWMAN O., "Big Love in the Liberal State," paper presented at the 2009 American Political Science Association annual meeting in Toronto, <http://ssrn.com/abstractp1449789>.

³¹⁹ BROOKS T., "The Problem with Polygamy", *Philosophical Topics* 37, 2, 2009, pp.109 ss.; NUSSBAUM M., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, op. cit., pp. 195 ss.

³²⁰ Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, Raccomandazione generale n. 21, 1994.

L'assenza di bilateralità del matrimonio poliginico è ritenuto anch'esso lesivo del valore fondamentale dell'uguaglianza tra esseri umani, senza distinzione e discriminazione riguardo al sesso. Dunque, sia la poligamia di matrice islamica che quella di matrice mormone sono considerate entrambe incompatibili con il principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, corollario della pari dignità delle persone; e per questa ragione, sono ritenute entrambe potenzialmente dannose per le donne³²¹.

Nonostante numerosi studi mostrino che la poligamia sia intrinsecamente dannosa³²², io ritengo che la teoria che fa leva sul danno causato dalla disuguaglianza di genere non possa costituire un valido argomento per opporsi al matrimonio plurimo. I sostenitori dell'argomento dell'uguaglianza presuppongono che il modello monogamico non sia patriarcale, eppure da uno sguardo alla storia si evince che le donne, sino a tempi relativamente recenti, sono state discriminate anche all'interno del matrimonio monogamico³²³. Inoltre,

³²¹ Questa posizione sembra mettere d'accordo l'intera comunità internazionale. V. Commento Generale 28 del 29 marzo 2000, § 24 del Comitato per i Diritti Umani dell'O.N.U.; Risoluzione del Consiglio d'Europa n.1293 del 2002, *Situation of Woman in Maghreb*; Risoluzione del Parlamento Europeo del 13 marzo 2007: "Tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010».

³²² AL-KRENAWI A., LIGHTMAN E. S., *Learning Achievement, Social Adjustment and Family Conflict among Bedouin- Arab Children from Polygamous and Monogamous Families*, *Journal of social psychology*, 2000, pp. 345 ss.; HASSOUNETH-PHILLIPS D., *Polygamy and Wife Abuse: A Qualitative Study of Muslim Women in America*, *Health Care for Women International*, 22, 2001, pp. 741 ss.; AL-KRENAWI A., *Women from Polygamous and Monogamous Marriages in an Out-Patient Psychiatric Clinic*, *Transcultural Psychiatry*, 38, 2001, p. 187 ss. ; AL-KRENAWI A., SLONIM-NEVO V., *Success and Failure among Polygamous Families: The Experience of Wives, Husbands, and Children*, *Family Process*, 45, 2006, pp. 447 ss; AL-KRENAWI A., GRAHAM J. R., *A Comparison of Family Functioning, Life and Marital Satisfaction, and Mental Health of Women in Polygamous and Monogamous Marriages*, 52, *Int J Soc Psychiatry*, 2006, p. 5 ss.

³²³ In Italia, per esempio, l'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi è stata raggiunta soltanto nel 1975. Prima della riforma del diritto di famiglia, l'art. 143 bis del c.c., recitava: «Il marito è capo della famiglia, la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza». La legge, dunque, imponeva disuguaglianze basate sul sesso nel matrimonio. Cfr. NUSSBAUM M., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, op. cit., p.

sebbene oggi tutti gli Stati occidentali abbiano accolto il principio di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi, talvolta persiste una discriminazione *de facto* della donna, che induce alcuni a sostenere che anche la famiglia monogamica conservi dei tratti patriarcali. Per esempio, la donna dedica maggior tempo rispetto all'uomo alla cura dei figli e della casa; le donne registrano una percentuale maggiore di congedi di maternità; le donne che hanno figli subiscono un trattamento discriminatorio nel lavoro ³²⁴. Questa affermazione potrebbe apparire poco realistica - soprattutto se si equipara la situazione della donna in società fortemente patriarcali come i paesi musulmani e quella di società occidentali come la Norvegia e la Germania - però ci induce a riflettere che se dovessimo proibire il matrimonio poligamico soltanto perché pone le donne in una condizione di inferiorità rispetto all'uomo, forse avremmo dovuto proibire anche il matrimonio monogamico, almeno prima che venisse riconosciuto il principio di parità tra i coniugi. Inoltre, se pensiamo che la stessa condotta che determina una disuguaglianza di genere nel rapporto poligamico ³²⁵, talvolta caratterizza anche il matrimonio monogamico, considerato il caposaldo della società occidentale, possiamo dedurre che la poligamia non può essere considerata sinonimo di abuso, violenza e disparità di trattamento tra i sessi. La ragione dovrebbe allora cercarsi altrove, magari nel sistema delle relazioni sociali, economiche e giuridiche di una società.

188, in cui l'autrice evidenzia che la posizione della donna nel matrimonio monogamico non è mai stata oggetto di uno scrutinio rigoroso, e che se lo fosse stato, sarebbe stato criticato sulla base degli stessi argomenti utilizzati contro la poligamia, in particolare afferma: «non è semplice trovare degli argomenti convincenti contro la poligamia, che non siano anche argomenti contro la forma dominante del matrimonio monogamo».

³²⁴ BEAMAN L., *Is Polygamy Inherently Harmful?*, in CALDER G., BEAMAN L. B. (eds.), *Polygamy's Rights and Wrongs: Perspectives of Harm, Family, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2014, p. 4.

³²⁵ Mi riferisco all'abuso, alla violenza, alla subordinazione della donna all'uomo e alla conseguente disparità di potere all'interno della relazione.

E ancora, ammesso che si dimostri che alcune relazioni poligame siano caratterizzate dalla disuguaglianza di genere, vietare i matrimoni poligami soltanto perché alcune relazioni sono asimmetriche e prevedono la subordinazione della donna sarebbe una limitazione troppo ampia, soprattutto se la donna presta il suo consenso validamente. Significherebbe giustificare l'uso dello strumento coercitivo del diritto per tutelare la donna da se stessa. Pensiamo a un classico esempio di matrimonio monogamico in cui lo *status* di moglie si traduce in una vera e propria condizione di subordinazione al marito. Immaginiamo che il marito non le consenta di uscire liberamente, che le proibisca di lavorare, che le imponga di occuparsi esclusivamente delle faccende domestiche e dell'allevamento dei figli. Per quanto io trovi riprovevole questo comportamento, non mi sembra che il diritto penale intervenga per punire la donna che decide di accontentare le richieste del marito. Questo esempio dimostra che la disuguaglianza di genere connessa a una condizione di inferiorità della donna non è una caratteristica intrinseca della poligamia³²⁶. Pertanto, giustificare l'incriminazione della poligamia sulla base dell'argomento dell'uguaglianza di genere, non mi sembra plausibile poiché il carattere monogamico non costituisce il presupposto del rispetto del principio di uguaglianza.

Inoltre, sebbene molti ritengano che lo Stato debba intervenire impedendo che il matrimonio plurimo produca disuguaglianze, alcuni sostengono che imporre l'uguaglianza a chi preferisce avere una relazione matrimoniale ineguale priva gli individui della libertà di autodeterminarsi. Affermare che le persone non possono scegliere di

³²⁶ Tesi sostenuta da CALHOUN C., *Who's Afraid of Polygamous Marriage? Lessons for Same-Sex Marriage. Advocacy from the History of Polygamy*, San Diego Law Review, 42: 1023-42, 2005, p. 1040; CABULEA MAY S., *Liberal Feminism and the Ethics of Polygamy*, in CUTAS D., CHAN S., eds., *Exploding the Nuclear Family Ideal*, London: Bloomsbury Academic, 2012, p 146 ss.

avere una relazione ineguale significa indebolire il principio liberale in base al quale lo Stato non deve interferire nelle decisioni più intime, sempre che non abbia un motivo legittimo che giustifichi l'interferenza³²⁷.

Ad un'analisi più attenta, il rifiuto di forme asimmetriche di matrimonio poligamo sembra celare un pregiudizio nei confronti di una tradizione - nel caso in specie di quella mormone e musulmana - considerata arretrata dalla società occidentale contemporanea. In particolare, chi promuove la proibizione della poligamia insiste sull'argomento del consenso viziato, il quale si basa sull'idea che l'adesione alla pratica poligamica non sia il frutto di una scelta libera bensì derivi da pressioni religiose e sociali che, come tali, influenzano le donne a optare per la poliginia anziché per la monogamia; dunque, l'adesione alla poligamia non sarebbe da ricondurre a una libera determinazione della persona. Questa tesi è conosciuta con il nome di "argomento della falsa coscienza" (*false consciousness argument*) perché ritiene che le donne coinvolte in tale pratica siano vittime di un lavaggio di cervello e che non siano in grado di fare una scelta genuinamente autonoma, infatti si suppone che se conoscessero davvero quale sia il loro *best interest* non sceglierebbero il matrimonio plurimo. Questo argomento mostra che c'è una tendenza, da parte di chi denuncia la perdita di autonomia da parte delle donne non occidentali, a stigmatizzare le pressioni sociali che non sono conformi alla cultura occidentale. Non si capisce per quale ragione ritenere che il consenso espresso al matrimonio poligamico sia coartato, mentre quello espresso al matrimonio monogamico non lo sia.

Nonostante alcuni ritengano che un'incondizionata libertà di scelta sia irrealistica, poiché gli individui non sono esseri

³²⁷ DEN OTTER R. C., *Is there really any good argument against plural marriage?*, op. cit., pag. 12.

perfettamente razionali ³²⁸, credo che si possa ragionevolmente presumere che una donna educata all'interno della comunità islamica o mormone accetti la poligamia come situazione perfettamente conforme alla dignità della donna, e non come imposizione o discriminazione. Dobbiamo, infatti, evitare di accogliere una visione eurocentrica dei diritti femminili che inducono a ritenere che il consenso a tale pratica o non sia informato o sia frutto di violenza ambientale e andrebbe, pertanto, liberato. Una visione rigidamente improntata alla cultura occidentale dei diritti femminili può contrastare con le letture e le richieste dei soggetti. Un rapporto poligamico potrebbe apparire ad un occidentale apparentemente discriminatorio, ma alcune donne rivendicano la poligamia come un loro diritto³²⁹. In altre parole, nel rapporto musulmano o mormone si dovrebbe presumere, salvo prova contraria, che anche la donna, essendo libera di autodeterminarsi, accetti il rapporto poligamico, di conseguenza lo Stato dovrebbe lasciare liberi i soggetti del rapporto in questione di praticare la poligamia, senza ingerenza alcuna. Non dobbiamo limitarci a considerare inammissibile il matrimonio poligamico soltanto perché non europeo o contrario ai nostri costumi sociali e morali. Lo Stato non deve disciplinare tale rapporto autoritativamente contro la volontà delle stesse parti, ma inserirvi degli elementi di riequilibrio, corrispondenti ai principi fondamentali

³²⁸ Cfr. SUNSTEIN C., THALER R., *La spinta gentile*, Feltrinelli, 2009.

³²⁹ FACCHI A., *Donne, culture e diritto: aspetti dell'immigrazione femminile in Europa*, Ragion Pratica, 1998/10, p. 181, in cui l'autrice afferma che: «Vi sono varie situazioni, alcune più evidenti, altre meno visibili allo sguardo europeo, apparentemente discriminatorie le cui funzioni e valori sono talvolta difese anche dalle donne che vi sono coinvolte. Sono noti quelli delle donne musulmane che considerano la poligamia o lo chador come un loro diritto (...). Peraltro in numerose occasioni donne musulmane hanno mostrato irritazione verso l'atteggiamento paternalista che caratterizza spesso la visione europea, facendo notare che l'immagine generica della donna oppressa attraverso la religione (...) dimostri superficialità e pregiudizi. In altri termini esse chiedono che non venga imposto loro di scegliere tra essere una donna che conosce e lotta per i propri diritti ed essere una musulmana praticante».

dell'ordinamento, tra cui quello di eguaglianza, a favore del soggetto più debole. Si potrebbe prevedere un meccanismo che consenta di verificare che il consenso espresso sia valido, da applicarsi sia nell'ipotesi di matrimonio poligamico che in quello monogamico.

Il diritto alla scelta personale inerente al matrimonio, monogamico o poliginico, dovrebbe essere considerato insito nel concetto di autonomia individuale, e come tale dovrebbe essere rispettato anche qualora le parti fossero consapevoli, e accettassero, l'eventuale danno a se stessi derivante dalla loro condotta.

Soltanto se si dimostra che i coniugi poligami e i loro figli siano stati vittime di abuso, violenza, coartazione e prevaricazione si potrebbe giustificare la criminalizzazione della condotta illecita sulla base del principio del danno ad altri. Nella stessa ipotesi, anche il coniuge monogamo dovrebbe essere condannato in virtù del principio del danno. La differenza sarebbe che, nel primo caso i danni verrebbero attribuiti alla pratica matrimoniale poligamica, considerata il presupposto dell'abuso, della violenza, della coartazione e della prevaricazione; nel secondo caso nessuno affermerebbe che la condotta illecita derivi dal matrimonio monogamico in sé. Dato che un matrimonio "tradizionale" (monogamico) iniquo non è mai stato vietato dalla legge, non si comprende per quale ragione proibire il matrimonio plurimo. La ragione alla base di tale giustificazione sarebbe senza ombra di dubbio paternalistica, poiché si vieterebbe a una donna di decidere per se stessa supponendo che il matrimonio poligamico sia dannoso. Più precisamente, si configurerebbe l'ipotesi di paternalismo forte, infatti, anche supponendo che la donna abbia espresso un consenso valido, non si considererebbe sufficiente.

Poiché non esistono studi empirici che dimostrino che a parità di condizioni (economiche, sociali, culturali e ambientali) i coniugi poligami siano maggiormente esposti al rischio di incorrere a un

danno rispetto ai coniugi monogami, allora non si può affermare che la poligamia sia intrinsecamente dannosa.

Infine, non dobbiamo dimenticare che alcuni scelgono consapevolmente questo tipo di unione perché presenta dei vantaggi che la monogamia non offre³³⁰. Alcuni potrebbero decidere di aderire alla pratica poligamica per motivi strettamente religiosi, ad esempio le donne mormoni potrebbero perseguire la “salvezza celeste”. Altri ritengono che la poligamia comporti dei benefici in termini di una maggiore autonomia e indipendenza: i coniugi poligami possono dividersi i lavori domestici e ricevere assistenza reciproca nella crescita dei figli, possono godere di maggior tempo libero. Infine, la poligamia potrebbe essere una soluzione alla solitudine, alla povertà o alla vedovanza.

6. RIFLESSIONI DE IURE CONDENDO SULLA POLIGAMIA

In questa ultima parte del capitolo, assumerò che la poligamia sia una pratica che genera una disuguaglianza tra i sessi, nella misura in cui impedisce alle donne di praticare la poliandria laddove è riconosciuta la poliginia. Partendo da questo presupposto, formulerò delle riflessioni *de iure condendo* nell'intento di capire se esiste una soluzione alternativa, che consenta di contemperare le richieste di riconoscimento della poligamia alle esigenze di autonomia ed uguaglianza di genere. Il fine ultimo è quello di individuare delle

³³⁰ Per un elenco dei fattori positivi della poligamia: cfr. POSNER R., *Sesso e ragione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1995, p. 257 ss. L'autore ritiene che una poligamia condizionata al consenso di tutte le mogli del poligamo sarebbe il regime migliore per le donne perché amplierebbe l'insieme delle alternative fra cui scegliere.

condizioni, se esistono, che permettano di ammettere la pratica poligamica anche negli ordinamenti giuridici che riconoscono soltanto il tradizionale modello di famiglia nucleare.

Martha Nussbaum e Cheshire Calhoun ritengono che la poligamia possa essere compatibile con uno Stato democratico, liberale ed egualitario. Le due studiose riconoscono che l'argomento più convincente a favore della proibizione dell'unione poligamica sia l'argomento dell'uguaglianza di genere, e che la poligamia produce un'asimmetria di potere tra i sessi assimilabile alla supremazia dell'uomo sulla donna; però ritengono che, a determinate condizioni, la poligamia possa rispettare il principio di uguaglianza tra uomo e donna ed essere, dunque, riconosciuta come ulteriore forma matrimoniale. Entrambe sostengono che in presenza di un'opzione poligamica davvero eguale - che ammetta accanto alla poliginia la poliandria, garantendo alle donne la possibilità di aderire, al pari degli uomini, all'istituto poligamico - la poligamia potrebbe costituire un'ulteriore opzione matrimoniale, oltre a quella rappresentata dalla tradizionale famiglia nucleare. Beninteso, sempre che le persone che decidono di aderire a tale pratica siano adulte e consenzienti, e decidano libere da pressioni coercitive³³¹. Pertanto, sembrerebbe che la questione della poligamia possa essere risolta:

- 1) introducendo la parità di diritti fra i generi (prima condizione);
- 2) esigendo il consenso del coniuge prima della stipulazione del matrimonio «successivo» (seconda condizione).

Riguardo alla seconda condizione, Martha Nussbaum rileva che le donne all'interno del matrimonio poliginico, sono spesso costrette a

³³¹ CALHOUN C., *Who's Afraid of Polygamous Marriage? Lessons for Same-Sex Marriage*, op. cit., pp. 1040 ss.; NUSSBAUM M., *Sex and Social Justice*. Oxford, Oxford University Press, 1999. p. 98; ID., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 229; ID., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, op. cit., pp. 195 ss.

cedere alle richieste del marito di prendere un'ulteriore moglie³³², bisognerà allora capire se esistono delle condizioni che ci permettano di individuare se il consenso è valido, poiché è un presupposto fondamentale affinché la poligamia possa essere accettata in entrambe le sue forme.

Dunque, sembra che la poligamia possa essere ammessa soltanto in presenza di quella che Martha Nussbaum definisce una "*sex-equal polygamy*", tale condizione sembrerebbe l'unica atta a riequilibrare l'asimmetria di potere tra uomo e donna³³³. Se, al contrario, la poligamia viene riconosciuta solo agli uomini e manca il consenso al matrimonio plurimo, allora deve essere proibita.

Le tesi della Nussbaum e della Calhoun sono state criticate da Thomas Brooks, il quale ritiene che, pur in presenza di una *sex-equal polygamy* - che non causi danno a nessuno e che preveda il consenso di tutti i soggetti coinvolti - la poligamia continuerebbe ad essere una pratica che sancisce l'ineguaglianza sia in termini fattuali che teorici³³⁴. Innanzitutto, Brooks rileva che, ammesso che vengano riconosciute eguali opportunità di accesso all'istituto poligamico sia agli uomini che alle donne, la poligamia non sarebbe uguale nei fatti, perché ad oggi la poliginia è praticata in misura maggiore. Dunque, si rischia che la difesa della *sex-equal polygamy* legittimi la subordinazione della donna piuttosto che la parità di trattamento. Ovviamente questa obiezione non varrebbe se vi fossero altrettanti casi di poliandria.

Inoltre, lo studioso sostiene che la poligamia, ammessa nella forma della *sex-equal polygamy*, darebbe luogo a due tipi di discriminazioni. La prima è rappresentata dalla diseguaglianza tra il coniuge centrale e i coniugi periferici all'interno del matrimonio

³³² *Ibidem*, p. 186.

³³³ *Ibidem*, p. 197.

³³⁴ BROOKS T., *The Problem with Polygamy*, op. cit., pp.109 ss.

poligamico. Nella poligamia, infatti, soltanto una persona può sposare più coniugi. Il coniuge centrale (coniuge 0) si divide tra i coniugi periferici (coniuge 1, coniuge 2, coniuge 3), ma questi ultimi rimangono devoti al coniuge centrale. È evidente che anche il coniuge centrale più virtuoso ha più diritti e meno obblighi rispetto a quanti ne abbiano i coniugi 1, 2, 3 su di lui. Il problema si fa più chiaro ricorrendo all'esempio del diritto di divorzio: nella poliginia un uomo può divorziare da una o da tutte le sue mogli, mentre una moglie può divorziare soltanto dal marito e non (singolarmente) dalle altre mogli del marito. Si crea, dunque, un'asimmetria tra le opportunità disponibili, in particolare un'asimmetria a richiedere il divorzio sia nel caso della poliginia che della poliandria. La seconda discriminazione è fondata sull'orientamento sessuale: la poligamia presuppone matrimoni eterosessuali, infatti, sia la poliandria sia la poliginia escludono i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Anche Gregg Strauss ritiene che la poligamia precluda un'eguaglianza genuina tra i coniugi³³⁵. L'autore mette in evidenza che, anche nel caso in cui una donna accetti la relazione poligama (dunque, in ipotesi di consenso liberamente espresso e genuino), non ne deriva una relazione eguale tra i coniugi coinvolti nel matrimonio plurimo. Le relazioni sessuali mostrano chiaramente l'asimmetria morale insita nella poligamia tradizionale: il coniuge 1 può avere un figlio con il coniuge 0, ma quest'ultimo può averlo anche con il coniuge 2 e il coniuge 3. È evidente che la poligamia determina un diseguale controllo sulla famiglia intesa complessivamente, il coniuge 0 sarà membro di ogni sub-famiglia, ciò gli attribuirà maggior potere rispetto ai coniugi periferici. Con queste caratteristiche strutturali, secondo Strauss, è concettualmente impossibile costruire un ideale di

³³⁵ STRAUSS G., *Is polygamy inherently unequal?*, Ethics 122, 3, 2012, p. 516 ss.

poligamia egualitario, anche se sia ammettesse, insieme alla poligamia la poliandria.

Secondo il filosofo, apportando due correzioni alla struttura "tradizionale" della poligamia si potrebbero rimuovere le diseguaglianze "strutturali", rendendo la poligamia egualitaria.

Strauss propone di rafforzare il vincolo matrimoniale tra i coniugi periferici, riconoscendo la possibilità di sposarsi tra di loro (coniuge 1 con il coniuge 2 e 3; coniuge 2 con coniuge 1 e 3, coniuge 3 con coniuge 1 e 2). Tale alternativa è definita *polyfidelity* e presuppone la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso. La *polyfidelity* sostituisce alle relazioni bilaterali e asimmetriche, tipiche della poligamia tradizionale, quelle simmetriche e transitive. La transitività permette di mantenere gli aspetti del matrimonio monogamico (es. tutte le spose hanno uguali diritti di proprietà e hanno lo stesso potere anche sulle altre sub-famiglie)

In secondo luogo, Strauss propone di riconoscere al coniuge periferico la possibilità di contrarre matrimonio con altri soggetti, in questo caso ogni coniuge sarà sia coniuge centrale che periferico, questa forma familiare è stata definita *molecular polygamy*. A mio avviso, vi è ragione di ritenere che se la poligamia tradizionale dà luogo a diseguaglianze tra coniugi, quella molecolare le esacerberà, pertanto non è una soluzione convincente. Inoltre, a livello burocratico genererebbero delle complicazioni difficilmente risolvibili.

Io ritengo che l'argomento più convincente sia quello proposto dalla Nussbaum e dalla Calhoun, soltanto garantendo alle donne la possibilità di aderire, al pari degli uomini, all'istituto poligamico potrebbe venire meno la disuguaglianza fra i generi.

CONCLUSIONI

In questa tesi ho scelto di analizzare il caso paradigmatico della poligamia poiché si tratta di un illecito antico, presente in pressoché tutte le legislazioni occidentali, ma che ciononostante è ancora oggi alla ricerca di una vera legittimazione.

Attraverso questa ricerca, ho cercato di ricostruire, per quanto possibile, una visione della riflessione di Feinberg sulla poligamia, che tenga in considerazione i presupposti teorici liberali da cui egli è partito. Questa visione è potuta emergere solo da una riconsiderazione complessiva del suo pensiero, punto di partenza imprescindibile per ogni interpretazione. La domanda principale alla quale ho cercato di rispondere è se sia legittimo, in una democrazia liberale, che uno Stato utilizzi il proprio potere coercitivo per imporre ai cittadini, contro il loro volere, una determinata concezione del bene. In particolare, l'analisi ha avuto lo scopo di verificare se sia legittimo che lo Stato, in un contesto di accentuato pluralismo ideologico che non permetterebbe di imporre canoni culturali dominanti, elevi i valori della cultura occidentale - il principio monogamico, e dunque la famiglia nucleare - al rango di metro buono e giusto.

In particolare, ho tentato di capire se la proibizione della poligamia possa essere considerata paternalistica o se possa essere giustificata alla luce di altri *liberty limiting principle* elaborati da Feinberg. Ho dimostrato che i vari argomenti utilizzati per giustificare l'avversione nei confronti della poligamia si basano su valutazioni la cui plausibilità si attenua quando siano sottoposte a un esame critico.

Invero, partendo da un approccio filosofico di matrice liberale, che garantisca la massima tutela della libertà dell'individuo limitando al minimo l'interferenza statale, i principali argomenti contro la poligamia non possono essere considerati validi. L'argomento del

moralismo giuridico non può essere accettato perché si ritiene che lo Stato non possa criminalizzare una condotta sulla base del fatto che sia immorale, per i liberali le scelte di condotta di un soggetto riguardo alla sfera della moralità devono essere lasciate libere da interventi del diritto penale.

L'argomento della molestia e del disturbo non è condivisibile se si privilegia un modello di democrazia laica e liberale. Invero, la poligamia è un modello familiare espressione della religione musulmana e mormone, pertanto affermare che tale istituto causi una molestia o disturbo alla sensibilità religiosa di alcune persone equivarrebbe a fondare la punizione sul presupposto che tutti gli individui debbano uniformarsi alle fedi basate sulla concezione monogamica del matrimonio.

L'argomento della china scivolosa - vertendo principalmente sulla probabilità che il passo A, ossia il riconoscimento del matrimonio poligamico, condurrà a discendere la china e, dunque, a riconoscere gli atti contro natura o l'incesto - non può essere considerato una valida ragione giustificativa per opporsi alla poligamia. Non solo non esiste una relazione di causa-effetto tra A e B, ma non si può empiricamente dimostrare che A condurrà a B.

L'argomento del danno ad altri è l'unico che potrebbe giustificare la proibizione della pratica poligamica. Questo si applicherà o nel caso in cui si provi che la donna (e/o i suoi figli) è vittima di un danno fisico o psicologico, o qualora si dimostri che il suo consenso (al matrimonio poligamico) è stato coartato da pressioni coercitive, e dunque, in assenza di una volontà genuinamente deliberata.

Infine, ho dimostrato che se si abbraccia un paternalismo *soft* alla Feinberg anche l'argomento paternalista del danno a se stessi deve essere respinto poiché impedisce all'individuo (adulto, razionale e consapevole) di sposare più coniugi - dunque limita la sua autonomia

- anche qualora tale scelta sia frutto della sua volontà consapevole e sia libera da pressioni coercitive. Infatti, se accogliamo la nozione di autonomia di Feinberg, come diritto che implica una sovranità assoluta su se stessi non bilanciabile con altri interessi, non possiamo ammettere l'interferenza statale quando risulta che l'individuo si assume il rischio (del verificarsi del danno) volontariamente. Soltanto se il consenso al matrimonio poligamico non è pienamente volontario - cioè quando deriva da coazione, ignoranza, errore o incapacità - si può ammettere l'ingerenza statale, che avrebbe lo scopo di tutelare l'individuo da scelte pericolose che non sono veramente le sue. Dunque, soltanto l'ipotesi di paternalismo forte può essere rigettata - quella che ammette l'ingerenza statale anche quando la scelta del soggetto autodannosa sia perfettamente volontaria - non quella di paternalismo debole che presuppone il rispetto della volontà della persona e della sua autonomia individuale.

Dall'analisi svolta emerge che le opzioni di politica criminale relative al se e come punire derivano dal modello di democrazia che privilegiamo, se abbracciamo un modello liberale in senso stretto, potremmo opporci all'incriminazione del reato di bigamia e reputare dannoso il mancato riconoscimento delle unioni poligamiche. Io metto in dubbio che la pena possa esplicare una funzione significativamente utile nel contrastare la pratica poligamica dal momento in cui è possibile eludere la norma penale semplicemente praticando la poligamia di fatto - ho dimostrato che anche laddove il matrimonio poligamico non è riconosciuto, ed è addirittura proibito, continua ad essere praticato - con la conseguenza di recare un danno concreto alle donne, derivante dal mancato riconoscimento giuridico della loro posizione di mogli. Infatti, i coniugi "ulteriori" non riconosciuti saranno costretti a vivere nell'ombra e, di conseguenza, saranno privati di tutti i diritti e benefici annessi alla posizione di coniuge (pensioni di reversibilità, assicurazioni sanitarie e assegni di mantenimento in caso di

separazione, diritti successori in caso di morte del marito). Senza contare che la maggior parte degli effetti negativi che vengono attribuiti alla poligamia (abusi, violenze, matrimoni precoci) derivano proprio dalla illegalità di tale pratica. Se si rifiuta il riconoscimento del matrimonio poligamico, si potrebbe almeno depenalizzare il reato di bigamia, ciò permetterebbe un controllo più stringente che consentirebbe di ridurre gli effetti negativi della poligamia legati al suo carattere sommerso .

Secondo un orientamento *liberal*, dunque, la scelta riguardo alla forma familiare cui aderire dovrebbe essere considerata un diritto o una libertà della persona, segno della libera esplicazione della personalità e identità personale. Pertanto, non si può non disconoscere che il reato di bigamia, e dunque il divieto di costituire famiglie poligamiche, sia lesivo del diritto alla *privacy*, della libertà di religione e della libertà di autodeterminazione.

Anche se molti reputano la poligamia una pratica moralmente disdicevole, offensiva, discriminatoria, lesiva di un bene o di un interesse personale, o ancora inegualitaria, chi decide di dar vita a una famiglia poligamica, dovrebbe poter essere libero di farlo, a meno che da tale pratica non derivi un danno ad altri. Infatti, se, come suggeritoci da Feinberg, rifiutiamo *l'hard paternalism* e adottiamo una concezione dell'autonomia come diritto sovrano, dovremmo ritenere che tutto ciò che rientra nella sfera della nostra autodeterminazione debba essere immune da qualunque interferenza coercitiva da parte dello Stato. Secondo tale concezione, quella a cui mi sento di aderire, uno Stato liberale dovrebbe essere neutrale nelle politiche che riguardano la concezione del bene, rispettando l'identità di ciascun soggetto, la sua libertà e il suo personale progetto di vita, che include chi sposare.

Fatte queste considerazioni, non si può non concludere nel senso che il divieto del matrimonio plurimo costituisce una ingerenza nella libertà di scelta riguardo al tipo di unione matrimoniale, che viola il diritto all'autodeterminazione, e che è volto ad imporre una

visione morale del bene e del giusto - in questo caso rappresentato dal matrimonio monogamico - incompatibile con i connotati di laicità e pluralismo cui la nostra società dovrebbe invece ispirarsi.

A conferma del sospetto che il reato di bigamia sia paternalista è la mancanza di una causa di non punibilità incentrata sul consenso dell'individuo adulto, che volontariamente e liberamente decide di aderire alla pratica poligamica. L'irrilevanza del consenso ai fini della configurabilità della fattispecie si basa sulla convinzione che la poligamia sia una pratica coercitiva che subordina le donne agli uomini. Tale convinzione potrebbe essere superata, innanzitutto, mediante l'analisi della volontarietà della scelta al fine di accertarsi che la scelta sia frutto di una genuina autodeterminazione libera e consapevole; e ammettendo, accanto alla poliginia la poliandria (la c.d. *sex-equal polygamy*), ossia garantendo alle donne il medesimo diritto riconosciuto agli uomini.

Dinanzi a individui adulti, razionali e consapevoli, infatti, un ordinamento laico e rispettoso del pluralismo e delle libertà individuali dovrebbe riconsiderare la possibilità di riconoscere le unioni poligamiche. Quale potrebbe essere la giustificazione del divieto del matrimonio poligamico se si dimostra che l'unione è basata sull'uguaglianza delle opportunità e sul reciproco rispetto dei coniugi, su basi volontarie? Dopo tutto, alcune persone sono felici in relazioni non convenzionali o almeno più felici di quanto non potrebbero essere nel matrimonio monogamico.

BIBLIOGRAFIA

- AÏT-EL-KADI Z., *Le Conseil d'Etat précise les règles du regroupement familial pour les polygames*, in *Actualite Juridique - Droit Administratif*, 2010.
- AL-KRENAWI A., LIGHTMAN E. S., *Learning Achievement, Social Adjustiment and Family Conflict among Bedouin- Arab Children from Polygamous and Monogamous Families*, *Journal of social psychology*, 2000.
- AL-KRENAWI A., *Women from Polygamous and Monogamous Marriages in an Out-Patient Psychiatric Clinic*, *Transcultural Psychiatry*, 38, 2001.
- AL-KRENAWI A., SLONIM-NEVO V., *Success and Failure among Polygamous Families: The Experience of Wives, Husbands, and Children*, *Family Process*, 45, 2006.
- AL-KRENAWI A., GRAHAM J. R., *A Comparison of Family Functioning, Life and Marital Satisfaction, and Mental Health of Women in Polygamous and Monogamous Marriages*, 52, *Int J Soc Psychiatry*, 2006.
- ALEMANY M., *El concepto y la justificación del paternalismo, "Doxa"*, 28, 2005.
- ALEMANY M., *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.
- ALEXANDRE M., *Big Love: Is Feminist Polygamy an Oxymoron or a True Possibility?*, *Hastings Women's Law Journal*, 18, 2007.
- ANDERSON S., *Coercion*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006.

- ANELLO G., *Libertà di religione, matrimonio islamico e "diritto alla famiglia"*, in *Rass. dir. civ.*, 2000.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, v. I, 15^a ed., agg. C. F. GROSSO, Milano, 2008.
- ARGIROFFI A., BECCHI P., VIOLA A. P., ANSELMO D., *I diversi volti dell'eutanasia: prospettive teologiche, etiche e giuridiche*, Roma, Aracne, 2009.
- ARNESON R. J., *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, in *Legal Theory*, 11, 2005.
- ATIENZA M., *Discutamos sobre paternalismo*, "Doxa", 5, 1988.
- BADRAN M., *Il femminismo islamico*, in Cassano F., Zolo D. (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, Milano, 2007.
- BAILEY M., KAUFMAN A. J., *Polygamy in the Monogamous World. Multicultural challenges for Western Law and Policy*, Santa Barbara, CA Praeger, 2010.
- BARLAS A., *Believing Woman: Sex/ Gender, Patriarchy and the Qu-ran*, University of Texas Press, Austin, 2002.
- BAUMAN Z., *Modernità liquida*, Laterza, Roma, 2002.
- BEAMAN L., *Is Polygamy Inherently Harmful?*, in CALDER G., BEAMAN L. B. (eds.), *Polygamy's Rights and Wrongs: Perspectives of Harm, Family, and Law*, Vancouver, UBC Press, 2014.
- BEAUCHAMP T. L., *Paternalism and Bio-behavioral Control*, *The Monist*, 60, 1977.

- BEAUCHAMP T.L., *"Paternalism"*, in *Encyclopedia of Bioethics*, ed.in Chief W.T. Reich, New York, The free press, 1978.
- BECK-PECCOZ ALUFFI R., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi, Codificazione e riforme*, in Riv. Dir. Civ., 1998.
- BOK S., *Eutanasia*, in Dworkin G., Frey R.G., Bok S. (a cura di), *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Edizioni di comunità, Torino, 2001.
- BROOKS T., *"The Problem with Polygamy"*, *Philosophical Topics* 37, 2, 2009.
- BUSKENS L., *Recent Debates on Family Law Reform in Marocco: Islamic Law as Politics in an Emerging Public Sphere*, *Islamic Law and society*, 10, 1, 2003.
- CABULEA MAY S., *Liberal Feminism and the Ethics of Polygamy*, in CUTAS D., CHAN S., eds., *Exploding the Nuclear Family Ideal*, London: Bloomsbury Academic, 2012.
- CADOPPI A., CANESTRARI S. E PAPA M., (trattato diretto da), *I reati contro la famiglia*, Torino, UTET, 2006.
- CADOPPI A., VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale. Introduzione e analisi di titoli*, 2^a ed., Padova, 2007.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, VI*, Torino, UTET, 2009.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, VI, Materiali*, Torino, UTET, 2010.
- CADOPPI A., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)* (diritto angloamericano), in Dig. disc.pen., vol. VIII, Torino, 1994.

- CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale, Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- CADOPPI A., *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, Criminalia 2011.
- CALHOUN C., "Who's Afraid of Polygamous Marriage? Lessons for Same-Sex Marriage. Advocacy from the History of Polygamy", *San Diego Law Review*, 42, 2005.
- CALÒ E., *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2009.
- CAMPIGLIO C., *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1990.
- CANESTRARI S. e FAENZA F., *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, III, Firenze, 1897.
- CHEKIR HAFIDHA, *Il ruolo della donna nei paesi del Maghreb*, in Cassano F., Zolo D. (a cura di), *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, Milano, 2007.
- CHIARA G., *Tutela dell'unità familiare e favor minoris nella legislazione sull'immigrazione*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010.
- CLERICI R., *La compatibilità del diritto di famiglia mussulmano con*

l'ordine pubblico internazionale, in *Fam. dir.*, 2009.

COCCO G., AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I reati contro le persone*, 2^a ed., Cedam, 2010.

COLAIANNI N., *Poligamia e principi del "diritto europeo"*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2002/ 1.

COOKE M., *Woman Claim Islam: Creating Islamic Feminism Through Literature*, Routledge, New York, London, 2001.

COOMARASWAMY R., UN Special Rapporteur on Violence Against Woman, "*Violence Against Women in the United States. A report of trends, legal developments, and best practices. Violence Against Women in the Practice of Polygamy by Break-away Fundamentalist Sects of the Mormon Church*", 1993-2002.

CORNACCHIA L., *La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Aracne, Roma, 2012.

COSTERBOSA M., *Eutanasia e filosofia morale: l'autonomia e le sue insidie*, in Zanetti G. (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, Carocci, 2003.

D'AMATO C., *Il fenomeno della poliginia in Africa: la legislazione nei paesi islamici nordafricani e il caso della Tunisia*, in ALICINO F., BOTTI F., *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, Giappichelli, Torino, 2012.

DAVIS A. D., *Regulating Polygamy: Intimacy, Default Rules, and Bargaining for Equality*, *Women, Gender & Sexuality Studies Research*, Paper 12, 2009.

DELOGU, *Diritto Penale*, in Commentario al diritto italiano della famiglia, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, vol. VII, Padova, 1995.

DEN OTTER R. C., *Is there really any good argument against plural marriage?*, Espresso, 2009.
http://works.bepress.com/ronald_den_otter/1

DEN OTTER R. C., *In defence of plural marriage*, Cambridge University Press, 2015.

DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, 1965.

DICIOTTI E., *Paternalismo*, in Materiali per una storia della cultura giuridica, XVI, n. 2, 1986.

DICIOTTI E., *Il principio del danno nel diritto penale*, in Dir. Pen. Proc., 1997, n. 3.

DICIOTTI E., *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in Ragion Pratica, 1/2005.

DWORKIN G., *Paternalism*, in *Morality and the Law*, ed. By R.A. Wasserstrom, Belmont, WodworthPu. Co., 1971, Rist. in R. Sartorius (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN G., *Paternalism: Some Second Thoughts*, in R. Sartorius (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.

DWORKIN R., *“Il dominio della vita: aborto, eutanasia e libertà individuale”*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994.

EICHENBERGER S. L., *When for better is for worse: Immigration Law's*

gendered impact on foreign polygamous marriage, in *Duke Law Jour.*, 2012.

EMENS E.F., *Monogamy's Law: compulsory monogamy and Polyamorous Existence*, 29, *N.Y. U. Rev. L. & Soc. Change*, 2004,.

FACCHI A., *Donne, culture e diritto: aspetti dell'immigrazione femminile in Europa*, *Ragion Pratica*, 1998/10.

FANTETTI F. R., *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in *Fam., pers. e succes.*, 2010.

FEINBERG J., *Legal Paternalism*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 1, 1, 1971, Rist. in R. Sartorius (ed. by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Others*, N.Y., O.U.P., 1984.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Offense to Others*, N.Y., O.U.P., 1985.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, N.Y., O.U.P., 1986.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Harmless Wrongdoing*, N.Y., O.U.P., 1990.

FIANDACA G., *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009.

FIANDACA G., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffré, 2010.

- FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in Riv. it. dir. proc. pen., vol. IV, 2011.
- FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni liberali e paternalismi giuridici*, in DOLCINI E. - PALIERO C.E. (cur.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006.
- FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, Torino, 2008.
- FREY R.G., *Il timore della china scivolosa*, in Dworkin G., Frey R.G., Bok S. (a cura di), *Eutanasia e suicidio assistito. Pro e contro*, Edizioni di comunità, Torino, 2001.
- FRISOLI, *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942.
- KANT I., *Sopra il detto comune: "Questo può essere vero in teoria, ma non vale per la pratica"* (1793), in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET, 1965.
- KILBRIDE L. P., PAGE R. D., *Plural Marriage for Our Time: a Reinvented option*, 2d ed., California, Preager, 2012.
- GALOPPINI A. M., *Ricongiungimento familiare e poligamia*, in *Dir. fam.*, 2002.
- GALOPPINI A.M., *Problemi familiari tra diritto italiano e diritto musulmano*, in Riv. Critica del Diritto Privato, 2003.

- GANNAGE L., *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, Paris, 2006-2008.
- GAROFOLI R., *Codice penale e delle Leggi penali speciali*, nel Diritto Editore, 2013.
- GARZÓN VALDÉS E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, "Doxa", 5, 1988.
- GARZÓN VALDÉS E., *Sigamos discutiendo sobre paternalismo*, Doxa, 5, 1988.
- GASPAROLI C., *Il diritto tra natura e politica: per una lettura di H. L. A. Hart*, Altralinea Edizioni S.r.l., Firenze, 2013.
- GERT B., CULVER C., *Paternalistic Behavior*, Philosophy and Public Affairs, vol. 6, n. 1, 1976.
- GERSTMANN E., *Same-sex marriage and the constitution* 104, 2004.
- GHER J. M., *Polygamy and Same-Sex Marriage – Allies or Adversaries within the Same-Sex Movement?*, William and Mary Journal of Women and the Law 14, 2008.
- GOLDSTEIN C. M., BEALL C. M., *Tibetan Fraternal Polyandry and Sociology: A Rejoinder to Abernathy and Fernandez*, 84 Am. Anthropologist, 1982.
- GORDON BARRINGER S., *The Mormon Question: Polygamy and Constitutional Conflict in Nineteenth-Century America*, The University of North Carolina Press, 2002.
- GRASSANO P., *Del rapporto del matrimonio islamico con l'ordinamento italiano*, in www.sepel.it/articoligrassano.html

- GRASSANO P., *La poligamia ed i suoi riflessi sulla validità del matrimonio contratto tra soggetti appartenenti a sistemi monogamici e poligamici*, in *Stato civ. it.*, 2004.
- HARCOURT B. E., *The Collapse of the harm Principle*, *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 90, n.1, 1999.
- HART H. L. A., *Diritto, morale e libertà* (1963), Acireale, Bonanno editore, 1968.
- HASSOUNETH-PHILLIPS D., *Polygamy and Wife Abuse: A Qualitative Study of Muslim Women in America*, *Health Care for Women International* 22, 2001.
- HUSAK D., *Droghe illecite: un test dei limiti morali del diritto penale di Joel Feinberg*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffré, 2010.
- KOKTVEDGAARD ZEITZEN M., *Claiming the Right to Polygamy. Fundamentalist Mormon Challenges to North American Legal Cultures*, in Petersen, H. et al (eds.) *Contemporary Gender Relations & Changes in Legal Cultures*, Copenhagen: DJØF, 2013.
- KOKTVEDGAARD ZEITZEN M., *Polygamy: A Cross-Cultural Analysis*, Oxford: Berg Publisher, 2008.
- LA TORRE M., SCERBO A., *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino Editore, 2003.
- LEVINSON S., *The meaning of marriage: Thinking about polygamy*, 42, *San Diego L. Rev*, 2005.
- LÉVI-STRAUSSE C., *Lo sguardo da lontano*, Il Saggiatore, 2010.

- MADERA R., *Poligamia*, in *Enciclopedia Filosofica*, vol. 9, Milano, Bompiani, 2006.
- MALM H., *Su Feinberg, in tema di paternalismo*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010.
- MANIACI G., *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2012.
- MANIACI G., *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, *Etica & Politica*, XV, 2013, 2.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5 ed., agg. Da Nuvolone e Pisapia G.d., VII, Torino, 1984.
- MARCH A., *Is There a Right to Polygamy? Marriage, Equality and Subsidizing Families in Liberal Public Justification*, *Journal of Moral Philosophy*, 8, 2011.
- MICHELETTI D., *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in *Criminalia* 2011.
- MILL J. S., *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, Il saggiatore, 2009.
- MOHAMMAD ALI AMIR-MOEZZI, *Poligamia*, in *Dizionario del Corano*, edizione italiana a cura di Ida Zilio-Grandi, Mondadori DOC, 2007.
- NEWMAN O., *"Big Love in the Liberal State,"* paper presented at the 2009 American Political Science Association annual meeting in Toronto, <http://ssrn.com/abstractp1449789>.
- NUSSBAUM M., *Sex and Social Justice*. Oxford, Oxford University Press, 1999.

NUSSBAUM M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

NUSSBAUM M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it., Roma, Carocci, 2005.

NUSSBAUM M., *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, Basic Books, 2008.

OBERTO G., *Matrimoni misti, ordine pubblico e principi sovranazionali*, in I. QUEIROLO - A.M. BENEDETTI - L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Roma, casa editrice, 2012.

OKIN M., *Is Multiculturalism Bad for Woman?*, In Cohen J., Howard M., Nussbaum M.C., (a cura di), *Is Multiculturalism Bad for Woman?*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 1999, tr.it.. *Diritti delle donne e multiculturalismo*, Raffaello Cortina, Milano.

PACINI J., *Il diritto islamico vivente. Le Fatwa dell'European Council for Fatwa and Research*, Jura Gentium, 2010.

PEPICELLI R., *Donne e diritti nello spazio mediterraneo*, in Cassano F., Zolo D., a cura di, *L'alternativa mediterranea*, Feltrinelli, Milano, 2007.

PEPICELLI R., *Femminismo islamico. Corano, diritti, riforme*, Carocci editore, 2010.

PETRALIA V., *Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli*, in *I quaderni europei*, Online Working Paper, 2013, n. 49.

PETRALIA V., *La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici*, in *Vecchie e nuove 'famiglie' nel*

dialogo tra Corti europee e giudici nazionali, (a cura di) Parisi N., Ruggeri A., Editoriale scientifica, Atti del Convegno - Catania, 29 maggio 2014.

PIRRONE P., *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in G. CATALDI - V. GRADO (a cura di), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014.

PISAPIA G., *Bigamia*, in Dig. disc. pen., vol. I, Torino, UTET, 1987.

PISAPIA G.D.- PISAPIA G., *voce Famiglia (delitti contro la)*, in Dig. disc. pen., vol. V, Torino 1991.

PUGLIESE M., *La condizione della donna e il matrimonio nel diritto islamico*, in St. stor. e religiosi, 2001.

PULITANÒ D., *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011.

RICHARDS J., *Autonomy, Imperfect Consent, and Polygamist Sex Rights Claims*, in *Calif. Law Rev.*, 2010.

RICKLESS S., *Polygamy and Same-Sex Marriage: A Response to Calhoun*, *San Diego Law Review*, 42, 2005.

RIGOTTI F., *Poligamia e diritti*, *Jura Gentium*, 2005.
<http://www.juragentium.org/topics/woman/it/rigotti.htm>

ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal La. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffré, 2010.

- SENIGAGLIA R., *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in Eur. dir. pri., 2014.
- SERRAINO F., *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Torino, Giappichelli, 2010.
- SHAFER-LANDAU R., *Joel Feinberg e i limiti del paternalismo giuridico*, in CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Morals Limits of Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, Giuffrè, 2010.
- SIGMAN S., *Everything Lawyers Know about Polygamy Is Wrong*, Cornell Journal of Law and Public Policy, 16, 2006, pp. 166-84.
- SLARK S., *Are anti-polygamy Laws an Unconstitutional Infringement on the Liberty Interests of Consenting Adult?*, 6 Journal of Law & Family Studies, 2004.
- SMITH S. D., *The Hollowness of the Harm Principle* University San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, n.17, 2004.
- SORAVIA G. H., *I diritti umani in contesto islamico: a proposito della Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea*, in Bioetica, 2001.
- SPENA A., *Reati contro la famiglia*, in GROSSO C. F., PADOVANI T., PAGLIARO A. (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012.
- SPENA A., *Esiste un paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Anno LVII, fasc. 3, 2014.

STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge University Press, 1967 (1873).

STRASSBERG M., *The crime of polygamy*, 12 Temple Political and Civil Rights Law Review 353, 2003.

STRASSBERG M., *The Challenge of Postmodern Polygamy*, Capital University Law Review 31, 2003. 439-563

STRASSBERG M., *Why the US Should Not Decriminalize Polygamy, But Should Not Criminalize Polyamory*, Hadassah Brandeis Institute, 2010. Conference On Polygamy, Polygyny, and Polyamory.

STRASSBERG M. I., *Scrutinizing polygamy: Utah's Brown v. Buhman and British Columbia's Reference Re: Section 293*, in *Em. Law Jour.*, 2015.

STRAUSS G., *Is polygamy inherently unequal?*, Ethics 122, 3, 2012.

SUNSTEIN C., THALER R., *La spinta gentile*, Feltrinelli, 2009.

TEN C.L., *Paternalism and Morality*, in *Ratio*, 13, 1971.

VALLINI A., *Lasciar morire, lasciarsi morire: delitto del medico o diritto del malato?*, in *Studium iuris*, 2007.

VAZQUEZ R., *The practice of polygamy: Legitimate free exercise of religion or legitimate public menace? Revisiting Reynolds in Light of Modern Constitutional Jurisprudence*, 5 N.Y.U.J. LEG. & PUB. POL'Y 225, January 4, 2002.

VIGANÒ F., *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Diritto penale e processo* 1/2007.

VIGANÒ F., *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Diritto penale e processo*, 2008.

VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.

VON HIRSCH A., *Direct Paternalism: Punishing the Perpetrators of Self-Harm*, *Intellectum*, 5, 2008.

VON HIRSCH A., *I concetti di "danno" e di "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica anglo-americana*, in FIANDACA G., FRANCOLINI G. (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, Giappichelli, Torino, 2008.

VON HIRSCH A., SIMESTER A.P., *Rethinking the Offense Principle*, *Legal Theory*, vol. 8, 3, 2002.

WERTHEIMER A., *Coercion*, Princeton, Princeton University Press, 1987.

WITTE JR., *The legal challenges of religious in the USA*, in *Eccles. Law Jour*, 2009.

WOLLHEIM R., *Crime, Sin and Mr. Justice Devlin*, in *Encounter*, 13, 1959.