



21 APRILE 2021

L'inviolabilità del corpo come  
antagonista della *grundnorm*. Libertà  
personale e forma di Stato

di Giuseppe Marazzita

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Teramo

# L'inviolabilità del corpo come antagonista della *grundnorm*. Libertà personale e forma di Stato\*

**di Giuseppe Marazzita**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Teramo

**Abstract [It]:** L'idea da cui parte il saggio è che la libertà personale non è solo un diritto inviolabile, non è solamente il più importante dei diritti inviolabili, in quanto condizione per l'esercizio di tutti gli altri (senza corpo non c'è libertà), ma rappresenta un principio costitutivo della forma di stato liberale: in ultimo il principio dell'inviolabilità del corpo si configura come l'antagonista della norma fondamentale (*grundnorm*). Si analizza dunque la libertà personale non solamente come "libertà dagli arresti" ma nel suo più ricco e complesso significato "permissivo" con particolare attenzione all'intera giurisprudenza della Corte costituzionale fino alle più recenti decisioni. Segue una articolata classificazione delle fattispecie tutelate in diverse categorie distinguendo fra il concetto di inviolabilità "relativa" e quello di inviolabilità "assoluta".

**Abstract [En]:** The idea from which the essay starts is that personal freedom is not only an inviolable right, it is not only the most important of the inviolable rights, as a condition for the exercise of all the others (without a body there is no freedom), but it represents a constitutive principle of the liberal state form: finally, the principle of the inviolability of the body is configured as the antagonist of the fundamental norm (*grundnorm*). Personal freedom is therefore analyzed not only as "freedom from arrest" but in its richest and most complex "permissive" meaning with particular attention to the entire jurisprudence of the Constitutional Court up to the most recent decisions. An articulated classification of the cases protected in different categories follows, distinguishing between the concept of "relative" inviolability and that of "absolute" inviolability.

**Parole chiave:** Libertà personale, diritti costituzionali, inviolabilità, forma di Stato, Corte costituzionale

**Keywords:** Personal freedom, constitutional rights, inviolability, form of state, Constitutional Court

**Sommario:** **1.** La prospettiva di analisi. Il contenuto e l'oggetto della *grundnorm* nell'ordinamento italiano. **2.** La libertà e l'emancipazione. La disciplina delle libertà giuridiche e la dialettica con l'autorità. **3.** Il contenuto e l'oggetto della libertà personale nell'ordinamento italiano. **4.** L'impostazione della tematica nella dottrina, nell'evoluzione storica e nella disciplina comparata (cenni). **5.** Il parametro del primo comma dell'art. 13 nella giurisprudenza costituzionale. Il "caso Cappato". **6.** L'interpretazione dell'articolo 13 della Costituzione attraverso l'ermeneutica giuridica e la teoria degli insiemi. **7.1.** Il concetto astratto di libertà personale (LP): "Non può essere limitato in alcun modo il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri". **7.2.** La libertà personale in senso stretto (L13) escluse, quali *leges speciales*, le fattispecie tutelate da altre disposizioni costituzionali (LX). **7.3.** Le fattispecie ad "inviolabilità relativa" (IR): libertà in senso formale ovvero aspetto passivo del divieto di interferenze derogabile in ipotesi tassative ex art. 13, comma 2 e 3 della Costituzione. **7.4.** Le fattispecie ad "inviolabilità assoluta" (IA): libertà in senso sostanziale ovvero aspetto attivo del divieto di interferenza inderogabile ex art. 13, primo comma. **7.5.** L'incostituzionalità dell'art. 5 del codice civile sul divieto di atti dispositivi del proprio corpo. **7.6.** Le fattispecie non tutelate dall'art. 13: le limitazioni "non degradanti" ovvero il confine esterno della libertà personale e l'art. 23 della Costituzione. **8.** Il conflitto politico fra sovranità e libertà del corpo come chiave di volta della forma di Stato.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

## 1. La prospettiva di analisi. Il contenuto e l'oggetto della *grundnorm* nell'ordinamento italiano

L'idea da cui parte questa riflessione è che la disciplina della libertà personale condizioni direttamente la “forma di stato” cioè il sistema di valori, positivamente riconosciuti, che identificano una Costituzione. All'interno del nucleo di tali regole – intangibile anche per il potere di revisione costituzionale – regna la *grundnorm*: la norma fondamentale che instaura l'ordinamento giuridico e attribuisce la sovranità e il suo esercizio. Il principio dell'invulnerabilità del corpo, se correttamente interpretato, sembra appartenere a tale nucleo normativo per assurgere ad “antagonista” della norma fondamentale.

Non si tratta – banalmente – del noto rapporto di proporzionalità inversa tra l'autorità e le libertà, per cui l'ampliamento della prima si traduce inevitabilmente in una compressione della seconda e viceversa. Più in profondità la norma che costituisce la libertà personale – l'art. 13, primo comma nella Costituzione della Repubblica italiana – condivide il medesimo oggetto della norma fondamentale la quale, instaurando l'ordinamento, attribuisce allo Stato l'esercizio della sovranità sui cittadini e sulle altre persone che si trovano nel proprio territorio. Entrambe le regole, la *grundnorm* e quella che garantisce all'individuo la disponibilità giuridica del corpo, concorrono alla «decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica»<sup>1</sup> del popolo.

In questa visione la libertà personale non è solo un diritto inviolabile, non è solo il più importante dei diritti inviolabili in quanto condizione per l'esercizio di tutti gli altri (senza corpo non c'è libertà), ma si rivela un principio costitutivo della forma di stato liberale: principio espressamente derogatorio della norma fondamentale che, attribuendo agli organi statali l'esercizio del potere sovrano, costituisce l'ordinamento giuridico e determina il rapporto fra governati e governanti. Accogliendo tale tesi emerge un conflitto strutturale, e dunque politico, tra sovranità statale e libertà del corpo.

La presente analisi, accantonato il tema delle procedure di limitazione (riserve di legge e di giurisdizione), intende approfondire la questione centrale dell'estensione della libertà personale e dunque in quali facoltà essa consista (libertà di che cosa?) e quali, di tali facoltà, siano autenticamente inviolabili, cioè non sopprimibili nemmeno coi procedimenti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 13 della Costituzione della Repubblica italiana.

In astratto, come si è avuto modo di argomentare<sup>2</sup>, la norma fondamentale deontologicamente afferma: “io solo sono il tuo sovrano e non avrai altro signore all'infuori di me”. Il soggetto costituente nel vergarla utilizza un linguaggio “performativo”, un linguaggio che crea ciò che dice, per il solo fatto di dirlo: la condizione

---

<sup>1</sup> CARL SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), cap.I, par. 3, (edizione italiana a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pagg. 38 ss.).

<sup>2</sup> GIUSEPPE MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano*, Napoli 2015, pagg. 78 e ss.

ineludibile è l'accoglimento (spontaneo o coattivo) della regola da parte dei soggetti integrati nell'ordinamento di riferimento.

La norma fondamentale, nel momento in cui è posta, non fa ancora parte di un ordinamento giuridico perché lo sta fondando, ma essa afferma di farne parte, di far parte di un cosa che ancora non esiste e che esisterà se e solo se essa stessa diviene un'affermazione giuridicamente rilevante grazie alla sua diffusa accettazione. La *grundnorm* è così il luogo di congiunzione tra l'universo dell'effettività (che ad essa si conforma) e l'universo del dover-essere (che in tal modo essa instaura). Se questo complesso meccanismo si completa un nuovo regime costituzionale entra in vigore (*Fiat jus!*<sup>3</sup>).

Nell'autentica visione di Hans Kelsen – superate le troppe e diffuse interpolazioni – la funzione esistenziale, prima che sistemica, della *grundnorm* è proprio quella di giustificare e razionalizzare il potere pubblico sugli esseri umani: «Alla domanda del perché un dato atto coercitivo – ad esempio il fatto che un individuo privi un altro individuo della sua libertà mettendolo in prigione – sia un atto giuridico si risponde: perché ciò è stato prescritto da una norma individuale, da una sentenza giudiziaria. Alla domanda, perché questa norma sia valida come parte di un ordinamento giuridico determinato, si risponde: perché essa è stata creata in conformità a una legge penale. Questa legge, infine, trae la sua validità dalla costituzione, essendo stata emanata dall'organo competente nel modo prescritto dalla costituzione. Se domandiamo perché la costituzione è valida, risaliamo forse a un'altra costituzione più antica. Da ultimo arriviamo a una costituzione che è storicamente la prima che venne dettata da un singolo usurpatore o da una qualche assemblea. La validità di questa prima costituzione è il presupposto ultimo, il postulato finale, dal quale dipende la validità di tutte le norme appartenenti al nostro ordinamento giuridico. *Si postula, cioè, che ci si debba comportare così come hanno ordinato l'individuo o gli individui che hanno dettato la prima costituzione. Questa è la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico preso in considerazione*»<sup>4</sup>.

La *grundnorm*, nel vigente ordinamento della Repubblica italiana, è contenuta nella disposizione dell'articolo 1 della Costituzione: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

---

<sup>3</sup> *Loc. ult. cit.*

<sup>4</sup> HANS KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1952, trad.it di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, 1952, pagg. 117-118 (corsivo nostro). L'Autore prosegue affermando che «Il documento che contiene la prima costituzione è una costituzione reale, una norma vincolante, solo a condizione che si presupponga che la norma fondamentale sia valida. Solo in base a questa presupposizione le pronunce (*declarations*) di coloro ai quali la costituzione conferisce il potere di creare norme sono norme vincolanti. E' questa presupposizione che ci consente di distinguere fra gli individui che sono autorità giuridiche e gli altri individui che non consideriamo tali, fra gli atti di esseri umani che creano norme giuridiche e gli atti che non hanno questo effetto. Tutte queste norme giuridiche appartengono a un unico e medesimo ordinamento giuridico perché la loro validità può essere ricondotta – direttamente o indirettamente – alla prima costituzione. Che la prima costituzione sia una norma giuridica vincolante è presupposto; e la formulazione di questo presupposto è la norma fondamentale di questo ordinamento giuridico».

Essa è “fondamentale” da molteplici profili: perché è *posta* dall’autorità concreta di un certo luogo e di un certo tempo ma non è *prodotta* sulla base di una norma che la legittima; perché è la condizione necessaria e sufficiente a generare il sistema normativo legittimando la prima fonte del diritto cioè la Costituzione, che a cascata pone le ulteriori norme sulla produzione del diritto; perché la *grundnorm*, a differenza di qualunque altra regola giuridica, è sindacabile in termini di effettività e non di legittimità.

Orbene tutte le norme, e quindi anche le regole più generali (principi normativi), sono formulate secondo il modello deontico<sup>5</sup>: un modo deontico (permesso, divieto, obbligo) che ha ad oggetto una fattispecie astratta. Ma qual è l’oggetto ultimo della norma fondamentale? Quale parte del mondo reale essa qualifica? Quale aspetto dell’universo umano essa coarta?

Instaurare un ordinamento giuridico significa imporre (dal latino *in-ponere*) ad un popolo stanziato su un territorio la sovranità di un ente, significa sottomettere una generalità di esseri umani alla volontà di un governante che impersona lo Stato, significa vincolare l’agire dei cittadini alle decisioni degli organi pubblici.

Il condizionamento che la norma fondamentale impone alla concreta esistenza delle donne e degli uomini stanziati in certo territorio, sul piano giuridico, è potenzialmente illimitato: i libri di storia, ed anche la cronaca quotidiana, forniscono ampia evidenza del fatto che il sovrano possa assumere qualunque decisione e concretamente imporla attraverso il monopolio della forza.

L’ovvia considerazione che i limiti alla sovranità sono eticamente necessari e che il “costituzionalismo” – quale teoria dei limiti e dei controlli alla sovranità – serva proprio ad impedire gli orrori indicibili che la vicenda umana ha collezionato, non fa che confermare la potenziale onnipotenza dell’*imperium* che la norma fondamentale genera.

Il Leviatano può dunque auto-limitarsi scrivendo nella Costituzione (meglio se rigida) regole che condizionano la propria azione in termini di “legittimità”, limiti che frenano e contengono l’azione del soldato, del poliziotto, del giudice, del funzionario, del ministro, di colui che in quel momento impersona una frazione del potere sovrano.

Questi limiti però non scalfiscono l’essenza della *grundnorm*: la volontà dello Stato prevale sempre e comunque sulla volontà delle singole persone. Aggiungere la postilla che tale volontà deve essere *legittimamente* assunta, cioè considerata tale dal potere giurisdizionale del medesimo Stato, non sposta la questione.

---

<sup>5</sup> GIUSEPPE MARAZZITA, *op. cit.*, pagg. 136 e ss.

Affermare che la volontà sovrana, istituita dalla *grundnorm*, prevale sulla volontà dei singoli individui integrati nell'ente statale<sup>6</sup> significa espropriare costoro dalle decisioni che riguardano il proprio agire in società: mentre nello stato di natura ciascuno è libero di *disporre illimitatamente del proprio corpo* per procurarsi il cibo, per riprodursi, per appropriarsi di tutto ciò che ne aumenta le *chances* di sopravvivenza, nella convivenza governata dal diritto tali azioni sono regolate da norme che consentono, vietano o obbligano ciascuno rispetto a specifici comportamenti.

Ovviamente la primitiva illimitata libertà *de facto* del singolo continuamente e violentemente confliggeva con quella degli altri con cui egli era in relazione: «il desiderio di libertà è qualcosa di originario che troviamo già negli animali e nei bambini piccoli. In campo politico, però, la libertà diventa un problema perché la libertà illimitata di ogni singolo rende impossibile la convivenza umana. Quando sono libero di fare tutto ciò che voglio, allora sono anche libero di derubare gli altri della loro libertà»<sup>7</sup>. Questa argomentazione è la giustificazione etica del potere pubblico e dello stesso ordinamento giuridico: l'autorità come presupposto della libertà (*sub lege libertas*).

Per comporre il conflitto e garantire a ciascuno la massima libertà *possibile* nella coesistenza civile la norma fondamentale attribuisce ad un soggetto astratto, che oggi chiamiamo Stato, *il potere su (il corpo de) gli esseri umani*: così dall'inizio della civiltà gli individui perdono l'illimitata libertà di fatto e conquistano le libertà giuridiche cioè l'ambito di autonomia che l'ordinamento positivo riconosce loro (le «libertà ottriate»<sup>8</sup>).

La dimensione e la qualità dei condizionamenti giuridici varia in base al tipo di Stato. Nelle forme assolutistiche l'individuo è, in via generale, espropriato di qualunque capacità decisionale sulla propria esistenza, al punto che la legittimità di ogni scelta deve essere giustificata da una concessione o da una autorizzazione pubblica: in questo sistema normativo vige il principio che tutto ciò che non è espressamente permesso è vietato per il singolo mentre l'autorità è beneficiaria di generali e generiche norme attributive di competenze. Al contrario, nelle forme liberali di Stato, il rapporto fra libertà e autorità è regolato da principi normativi opposti poiché vigono generali norme permissive in favore dei singoli (diritti di libertà) mentre l'esercizio dell'autorità è condizionato dai criteri di attribuzione e di tassatività (principio di legalità).

Dunque l'oggetto ultimo della norma fondamentale, nel momento in cui istituisce e attribuisce poteri sovrani *erga omnes*, è la dimensione fisica e corporale della persona umana che può essere *legittimamente* giustiziata, mutilata, imprigionata, coartata, perquisita, sottoposta a trattamenti sanitari o altrimenti usata

---

<sup>6</sup> Ci si riferisce non solo ai cittadini, cioè ai membri del popolo quale elemento costitutivo dello Stato, ma anche agli stranieri e agli apolidi che, trovandosi nel territorio dell'ente statale, sono sottoposti alla sua sovranità *ratione loci* e *ratione temporis*.

<sup>7</sup> KARL POPPER, *The lesson of this century: with two talks on freedom and the democratic state*, Routledge 1996, pagg. 81 e ss.

<sup>8</sup> GIUSEPPE MARAZZITA, *op. cit.*, pagg. 91 e ss.

e limitata nelle azioni che fisiologicamente vorrebbe e potrebbe compiere. Lo Stato ha il potere – inumano – di interrompere, nelle persone sottoposte al suo dominio, il «collegamento fra pensiero e azione»<sup>9</sup>.

Spiegando l'origine dello Stato ripetiamo agli studenti che il popolo, insieme al territorio (dimentichiamo il tempo), è un elemento costitutivo dello Stato perché la sovranità, come una luce intensissima, abbisogna di una dimensione spaziale e di una dimensione personale verso cui propagarsi. Affinché la reazione finale possa completarsi occorre la presenza di tutti e tre gli elementi, i quali però sono di natura diversa: i cittadini e la terra sono elementi materiali mentre la sovranità è il catalizzatore immateriale della genesi ordinamentale.

Tutto ciò è vero ma rappresenta solo una parte della storia. Esiste un lato oscuro costituito dagli effetti che la genesi del sovrano determina sulla “dimensione personale”, cioè sul popolo, sulle donne e sugli uomini integrati nell'ordinamento giuridico. La genesi statale espropria *in principio* gli individui del potere di decidere cosa i propri corpi possono fare, cosa non devono fare o cosa sono obbligati a fare. Questo è il prezzo del vivere in civiltà.

## **2. La libertà e l'emancipazione. La disciplina delle libertà giuridiche e la dialettica con l'autorità**

Con il termine “libertà” nel linguaggio comune si indica la possibilità per un soggetto autocosciente di vivere senza costrizioni e di agire senza impedimenti. Sul piano semantico la parola contiene una *doppia negazione* poiché evoca la condizione di colui che *non* è assoggettato a fattori che *non* gli consentono di autodeterminarsi.

Dunque “libero” è colui che non si trova in catene, siano esse giuridiche, economiche, culturali oppure naturali e dunque “non libero” è lo schiavo assoggettato al padrone, il nullatenente assoggettato alla povertà, l'analfabeta assoggettato all'ignoranza o il paralitico assoggettato alla malattia. Questo assoggettamento a qualcuno o a qualcosa implica sempre un'asimmetria sociale, una diseguaglianza tra categorie di soggetti, coloro che possono e coloro che non possono: liberi e schiavi, ricchi e poveri, colti e ignoranti, sani e malati. Libertà ed eguaglianza nascono congiunte e, come dimostrerà la storia moderna, non possono essere separate.

La definizione proposta è *qualitativa* poiché prevede due sole alternative: il soggetto libero e il soggetto non libero. Ma nella realtà nessuno è assolutamente libero o assolutamente non libero bensì ciascuno, nei diversi rapporti che intrattiene con il mondo esterno, è più o meno libero degli altri secondo una gradazione che sfugge alla secca alternativa del tutto o niente: il padrone può essere analfabeta e lo schiavo colto, il ricco può essere malato e il nullatenente in buona salute e così via. Per cogliere la dimensione

---

<sup>9</sup> AUGUSTO CERRI, *Libertà personale (dir. Cost.)*, in *Enc. Giur.*, 1991, pag. 5.



*quantitativa* occorre quindi contestualizzare il concetto di libertà nella varietà di relazioni che il soggetto intrattiene con la realtà.

Alcuni fattori che eliminano o riducono la libertà possono essere neutralizzati. Dunque il concetto di libertà è connesso con quello di “emancipazione” che rappresenta l’azione di rendere libero un soggetto sciogliendolo da un giogo: si parla di emancipazione dei sudditi dalla tirannia, degli schiavi dal padrone, dei servi della gleba dal feudatario, delle donne dal dominio maritale, dei giovani dalla responsabilità genitoriale, dei poveri dalla fame, degli analfabeti dall’ignoranza, dei malati dalla sofferenza. L’emancipazione si traduce in un aumento dell’eguaglianza fra le persone perché incrementa il numero di coloro che possono autodeterminarsi liberamente.

Fra i diversi fattori che condizionano – in positivo e in negativo – la nostra libertà troviamo l’ordinamento giuridico le cui norme possono eliminare o ridurre la capacità giuridica e la capacità di agire del soggetto ma, dall’altro, possono ampliare tali capacità sia in generale, sia rispetto a determinate fattispecie.

Storicamente gli ordinamenti giuridici hanno rappresentato un fattore di pesante compressione della libertà degli esseri umani attraverso istituti giuridici ben noti come la schiavitù, la servitù della gleba, la gerarchia sociale, l’esilio, la detenzione, l’arresto, la tortura, la perquisizione, la minore età, l’interdizione, l’inabilitazione, l’internamento psichiatrico. In tali situazioni il titolare è destinatario di norme che gli impongono divieti ed obblighi mentre attribuiscono ad altri soggetti diritti o poteri su di lui cioè *sul suo corpo*: lo schiavo deve obbedire al padrone e non può agire autonomamente mentre il padrone ha un vero e proprio diritto di proprietà sul corpo del suddito.

Con significative ma sporadiche eccezioni solo a partire dalle rivoluzioni liberali gli ordinamenti giuridici hanno iniziato ad arricchirsi di norme che garantiscono spazi di libertà individuali, collettive e sociali. Queste norme libertarie hanno determinato una competizione selettiva, all’interno dei rispettivi ordinamenti, contro le norme repressive che attribuiscono poteri pubblici e privati, secondo la dinamica del “gioco a somma zero”: libertà e autorità sono valori inversamente proporzionali, tanto più ampio la prima tanto più riduco la seconda e viceversa. Le costituzioni rigide del secondo dopoguerra, attribuendo alle norme libertarie la forza normativa superprimaria, rappresentano il coronamento di questo processo e spostano il punto di equilibrio fra autorità e libertà a vantaggio di quest’ultima.

Dovendo definire la “libertà giuridica” possiamo dire che essa non indica semplicemente l’assenza di impedimenti giuridici rispetto a determinati contesti di vita e di attività ma l’esistenza di un *sistema di norme che vietano di vietare* e dunque perimetrano e presidiano lo spazio *garantito* di libertà. Più esattamente le disposizioni costituzionali sui diritti liberali esprimono *divieti* generalizzati – diretti a tutti i soggetti pubblici o privati – aventi ad oggetto fattispecie compressive dell’altrui libertà nonché regole di tipo *permissivo* che attribuiscono al singolo una pretesa giuridicamente tutelata. La compresenza dei due modi



deontici è fisiologica poiché essi sono complementari secondo la dinamica del diritto *assoluto*, a cui corrisponde un dovere di astensione in tutti gli altri soggetti.

Questa è la fattispecie generale del diritto di “libertà negativa” che nei rapporti di diritto pubblico si definisce come “libertà dallo Stato”: la libertà personale come libertà dagli arresti, quella domiciliare come libertà dalle perquisizioni e poi le libertà delle comunicazioni, di circolazione, di religione, di manifestare il pensiero. Le norme di chiusura del sistema delle libertà negative sono rappresentate dal principio di *eguaglianza formale* (divieto di discriminazioni irragionevoli), dalla riserva di legge (divieto per la fonte amministrativa di normare) e dal principio di *legalità formale* (divieto per l'autorità di esercitare poteri non espressamente conferiti dalla legge). Questo è il sistema delle “libertà giuridiche” cioè delle norme che garantiscono la libertà degli individui esclusivamente *all'interno* dell'ordinamento giuridico. Tali norme non incidono sugli altri fattori (economici, culturali, naturali) che limitano *de facto* le possibilità di autodeterminazione del soggetto ma agiscono esclusivamente *de iure* neutralizzando norme e poteri illiberali.

Il passo successivo – che non solo amplia il sistema delle libertà ma modifica la stessa identità dell'ente sovrano verso il modello del *Welfare state* – è rappresentato dal riconoscimento nelle costituzioni rigide delle “libertà positive”. In questo caso è necessario che lo Stato fornisca i mezzi per rimuovere disuguaglianze di fatto attraverso misure concrete e sussidi economici. Le disposizioni sulle libertà positive esprimono *obblighi* a carico degli organi pubblici (“libertà nello Stato”) di adottare misure perequative (principio di *eguaglianza sostanziale*) e dunque consentono al singolo di rivendicare una pretesa alla prestazione che, a determinate condizioni, diviene giustiziabile. In questo caso la dinamica tra condizioni giuridiche attive e passive è quella del diritto *relativo*, cui corrisponde un obbligo specifico in soggetti ben determinati.

La libertà individuale è dunque un concetto “complesso” perché è la risultante di fattori che ad essa si oppongono (riducendo la capacità del soggetto di autodeterminarsi a vantaggio di altri) e fattori che la favoriscono (consentendo l'autodeterminazione del soggetto a scapito di altri). E' appunto la dinamica del “gioco a somma zero” nel quale – data una quantità *limitata* di risorse da spartire – il vantaggio di ciascun concorrente è direttamente correlato allo svantaggio di qualcun altro e viceversa.

Ma quale è la preziosa risorsa che viene incessantemente e violentemente contesa nella competizione sociale? Quale oggetto qualunque potere, sia pubblico che privato, ambisce in ultimo di controllare? Esso è costituito proprio dal controllo sugli esseri umani e sui loro corpi: se il controllo è autonomo (ciascuno è libero di autodeterminarsi) il soggetto è libero, se invece è eteronomo (il sovrano o il padrone decidono per costui) il soggetto è limitato e subisce una degradazione che, all'estremo, può ridurlo a mero oggetto.

### 3. Il contenuto e l'oggetto della libertà personale nell'ordinamento italiano

Venendo alla disciplina positiva della libertà personale nella Costituzione della Repubblica italiana occorre chiarire che solo il primo comma dell'articolo 13 della Costituzione italiana («*La libertà personale è inviolabile*») contiene il principio normativo costitutivo della forma di Stato e, nella visione proposta, antagonista della *grundnorm*.

Invece i successivi due commi disciplinano la “libertà dagli arresti” cioè le *deroghe* al diritto di libertà. In particolare essi consentono tre forme di specifica limitazione della libertà in parola («*detenzione, ispezione e perquisizione*») esclusivamente attraverso due procedimenti tipici, l'uno ordinario e l'altro straordinario: il cuore di tale disciplina è la “doppia riserva” di legge e di giurisdizione, l'estrema garanzia che si frappone fra un uomo libero e un uomo in gabbia.

Esaminando in prospettiva ermeneutica il primo comma dell'art. 13 emerge immediatamente che la disposizione proclama la «*libertà personale*» definendola «*inviolabile*», aggettivo carico di significato, ma non la definisce.

Il problema non è di poco conto perché aumenta considerevolmente la discrezionalità interpretativa ed anche il potere del legislatore ordinario di definire in concreto la più importante delle libertà individuali. Il pericolo è una sostanziale “decostituzionalizzazione” di questo fondamentale principio visto che la fonte superprimaria ne fissa solo il *nomen*, «libertà personale».

Non accade la stessa cosa per le altre libertà individuali (artt. 14, 15, 16, 17, 18, 19 Cost.). In primo luogo perché i relativi *nomina* sono assai meno generici (libertà del «domicilio», «della corrispondenza e di comunicazione», di «soggiornare e circolare», delle «riunioni in luogo pubblico»). In secondo luogo perché le disposizioni costituzionali hanno maggiore portata definitoria (ad esempio l'art. 19 Cost. esplicita analiticamente le tre facoltà in cui la libertà di religione consiste).

Invece il sintagma «libertà personale» – in sé criptico, quasi muto – se affidato alla sola interpretazione letterale (comunque il primo e fondamentale passaggio del percorso ermeneutico) produce risultati assai ampi e variegati: anzitutto la libertà “della persona” (il complesso delle libertà riconosciute dalla Costituzione all'individuo) oppure la mera libertà “dagli arresti”. Entrambe sono esempi di interpretazione *abrogans* poiché privano di qualunque significato innovativo la disposizione del primo comma dell'art. 13 della Costituzione.

La disposizione in discorso è dunque generalissima ma anche generica: ha un'potenza semantica poderosa ma può essere sottovalutata, fraintesa, depotenziata, tradita ed anche ignorata. Per divenire solamente l'inutile prologo dei successivi secondo e terzo comma, che pongono l'arcinota disciplina penalistica sulle tre limitazioni alla libertà personale.

Il problema da risolvere è dunque quello di riempire di significato la disposizione «*La libertà personale è inviolabile*» senza uscire dal confine interpretativo e senza cedere alla ricorrente tentazione di farci legislatori.

L'obiettivo da raggiungere è definire in modo analitico le facoltà in cui la libertà personale si estrinseca e quali sono i confini oltre i quali la garanzia costituzionale non è invocabile. La strada da percorrere per raggiungere tale obiettivo è quella tradizionale dell'interpretazione dogmatica: si parte rigorosamente dal testo (il dogma) e si selezionano i risultati sulla base dell'interpretazione logica e di quella sistematica, che comprende il bilanciamento con gli altri principi costituzionali.

Come si è detto il primo significato da rifiutare è il più generico, la libertà “della persona”, intesa come il complesso dei diritti di libertà che altre disposizioni della Costituzione già riconoscono. In tal modo il primo comma dell'art 13 diverrebbe un inutile doppione dell'art. 2 Cost. che effettivamente evoca «i diritti inviolabili dell'uomo» (ed anche della donna) nella loro interezza. No, il primo comma pone un *diritto che altrimenti non esisterebbe* perché il compito dell'interprete è di valorizzare il testo normativo e non di neutralizzarlo privandolo di forza normativa e innovativa.

All'estremo opposto va respinta l'interpretazione riduttiva secondo cui il primo comma è solo la premessa di quelli successivi. Per disporre del corpo umano, nello Stato liberale a Costituzione rigida, occorre l'esercizio *congiunto e conforme* di tutte e tre le frazioni del potere sovrano: il potere legislativo che in astratto prevede, quello giudiziario che in concreto dispone e quello esecutivo che in pratica esegue. Solo la sovranità nella sua massima e completa esplicazione ha il potere *de jure* di prevalere sulla volontà della persona per disporre del suo corpo.

Ma la sacrosanta libertà dagli arresti – cioè la necessità per l'autorità di seguire un procedimento garantito dalla doppia riserva per detenere, ispezionare e perquisire un corpo umano – non esaurisce il significato dell'articolo 13 della Costituzione italiana.

*In medio stat virtus*, tra l'interpretazione generica e quella riduttiva c'è il significato che cerchiamo e che da tempo la dottrina ha individuato: *la libertà personale è il potere disporre del proprio corpo*. Già ma cosa significa questa efficace espressione? Tutto ciò che noi facciamo o non facciamo consiste in un uso del nostro corpo. Dispone del proprio corpo anche colui che uccide, ruba o stupra eppure nessuno si sognerebbe di evocare l'esercizio della libertà personale in tali ipotesi.

Dobbiamo quindi ulteriormente restringere il ventaglio ermeneutico perché anche l'espressione «disporre del proprio corpo» risulta generica e incapace di definire in modo analitico e stringente le condotte in cui la libertà personale si estrinseca e quelle oltre le quali la garanzia costituzionale non è più invocabile.

#### 4. L'impostazione della tematica nella dottrina, nell'evoluzione storica e nella disciplina comparata (cenni)

Usualmente analizzando la libertà personale la dottrina italiana<sup>10</sup>, posta una premessa sul concetto generale, si concentra sui commi successivi dell'art. 13 della Costituzione cioè sulle limitazioni tipiche (detenzione, ispezione e perquisizione) ad opera della pubblica autorità e sulle garanzie procedurali che la legge fondamentale appresta a tutela della persona umana e sulle garanzie per i detenuti. Una ulteriore questione che viene spesso affrontata, è quella delle "limitazioni non degradanti" (rilievi segnaletici, dattiloscopici e fotografici, obbligo del rimpatrio, ritiro della patente, traduzione, accompagnamento coattivo, visita medica fiscale, ecc.) le quali possono essere applicate anche al di fuori del procedimento garantito dalla doppia riserva di legge e soprattutto di giurisdizione. Attiene sempre alla sfera dell'estensione della garanzia giurisdizionale la ricorrente distinzione tra provvedimenti coercitivi e provvedimenti obbligatori.

Del resto storicamente questa libertà nasce dalla rivendicazione aristocratica<sup>11</sup> e poi borghese<sup>12</sup> dell'*habeas corpus*. Anche nei lavori dell'Assemblea Costituente si partì da un testo che disciplinava direttamente la questione delle limitazioni penalistiche («*se non per atto dell'autorità giudiziaria, nei casi e nei modi previsti dalla legge*»). Solo grazie all'intervento di Giuseppe Dossetti, nella seduta del settembre 1947, fu approvata la proposta di anteporre una generale norma permissiva sull'inviolabilità della persona umana («*La libertà personale è inviolabile*») che diverrà l'attuale primo comma dell'art. 13<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Per la concezione della libertà personale vedi tra gli altri LEOPOLDO ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 30 ss.; ALESSANDRO PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 290-295; ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 170 e 175; GIULIANO AMATO, *Art. 13*, in *Comm. Cost.*, Branca, Rapporti civili, Art. 13-20, Bologna, Roma, 1977, 4; LIVIO PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1988, 30 ss.; AUGUSTO CERRI, *op. cit.*; PAOLO CARETTI, *Libertà personale*, *Dig. disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, 294 ss.; GIULIANO VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V. *Miscellanea di diritto pubblico e privato*, II, Padova, 1958, pagg. 365 ss.; GIULIANO VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, pagg. 1629 ss.; AUGUSTO BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967; PAOLO BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984; PAOLO GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova 1972; MANLIO MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, parte 2, Milano 1993, pagg. 191 ss.

<sup>11</sup> L'art 39 della *Magna Charta Libertatum* concessa da dal Re d'Inghilterra Giovanni Senza Terra ai baroni inglesi nel 1215 stabilisce che «Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno».

<sup>12</sup> Come è noto l'art. 7 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* adottata dall'Assemblea nazionale francese il 26 agosto 1789 stabilisce che «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla Legge, e secondo le forme da essa prescritte. Quelli che sollecitano, emanano, eseguono o fanno eseguire degli ordini arbitrari, devono essere puniti; ma ogni cittadino citato o tratto in arresto, in virtù della Legge, deve obbedire immediatamente: opponendo resistenza si rende colpevole». Vedi però gli articoli 4 e 5 su cui *infra*.

<sup>13</sup> La proposta fu sostenuta anche da Palmiro Togliatti, Giovanni Lombardi e Aldo Moro. Cfr. *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Segretariato generale, Roma, 1970, vol. VI, pagg. 343 ss.

L'analisi comparatistica conferma che, anche in altri ordinamenti nazionali, il focus della disciplina è quasi sempre incentrato sul *come* l'autorità giudiziaria e di polizia possano limitare la libertà personale (garanzia formale) più che sul *se* della limitazione e cioè su quali siano i limiti invalicabili di tale libertà anche nel rispetto delle garanzie procedurali (garanzia sostanziale)<sup>14</sup>.

Guardando all'ordinamento federale, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007, nel primo capo, riconosce che «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata» (art. 1) e che «Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» (art. 3). Il capo successivo dedicato alla «Libertà» esordisce all'art. 6 affermando che «*Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza*»: la disposizione, a differenza di quelle successive (libertà di pensiero, di coscienza, di religione, di espressione e d'informazione, di riunione, di associazione, eccetera) è assai generale ed anche piuttosto generica.

Tale disposizione ripropone letteralmente la prima parte dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 secondo cui «*Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge*». Seguono 6 ipotesi, 4 delle quali riguardano la limitazione della libertà personale dell'individuo all'interno del processo penale: «*in seguito a condanna da parte di un tribunale competente*»; «*se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge*»; «*se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso*»; «*se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente*».

Le ultime 2 ipotesi riguardano individui comunque pericolosi: «*se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo*»; «*se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione*».

---

<sup>14</sup> Sull'ordinamento inglese, irlandese, statunitense e tedesco vedi AUGUSTO CERRI, *op. cit.*, pag. 4 e la dottrina *in* citata. In Inghilterra «il giudizio sull'*habeas corpus* ha la precedenza su qualsiasi altra pendenza giudiziaria; è limitato però ad un controllo di legittimità; solo in caso di affermazioni palesemente inattendibili dell'autorità di polizia può comportare accertamenti di fatto. L'imputato ha in ogni caso diritto ad un *fair and speed trial* od al rilascio mediante cauzione». In USA «la garanzia dell'*habeas corpus* si è integrata con quella del *due process of law*, sancita dal 14° emendamento». In Germania «i rimedi contro la detenzione sono differenziati (dai) e più intensi dei rimedi contro i c.d. interventi corporali coattivi (prelievo del sangue, puntura occipitale, ecc.); in quest'ultimo caso è ammessa l'impugnazione del provvedimento del giudice ed il reclamo gerarchico contro l'atto del P.M.».

Dunque anche il panorama normativo europeo mostra una visione della libertà personale incentrata sull'aspetto penalistico, ovvero sulle fattispecie e sulle procedure di limitazione piuttosto che sull'aspetto generale e sistematico della norma permissiva che garantisce il potere di disporre del proprio corpo.

## 5. Il parametro del primo comma dell'art. 13 nella giurisprudenza costituzionale. Il “caso Cappato”

Esaminando in modo analitico la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 13 primo comma della Costituzione italiana si conferma, anche in questo ambito, la mancanza di una consolidata definizione del concetto di «libertà personale» e la ricorrente traslazione del ragionamento sulle procedure di limitazione che la legge fondamentale consente in base al secondo e terzo comma, nonché sulle garanzie per i detenuti in base al quarto e quinto comma. Il riferimento al primo comma rappresenta molto spesso il presupposto per valutare il bilanciamento fra la limitazione del diritto e la tutela di altri valori costituzionalmente riconosciuti.

In particolare dal 1956 al luglio 2020 si contano 74 decisioni, tra sentenze (43) e ordinanze (31), della Corte costituzionale che assumono come parametro formale o sostanziale del giudizio (solo o anche) il primo comma dell'articolo 13<sup>15</sup>.

Nella prima decisione della propria storia, la sentenza n. 1 del 1956, il giudice delle leggi si concentra subito sulla *garanzia della doppia riserva*: «in nessun caso l'uomo potrà essere privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni».

Nella successiva decisione, la sentenza n. 2 del 1956, la Corte costituzionale afferma che la disposizione dell'articolo 13, «pur ritenendosi infondata la tesi che sia meramente programmatica o di non immediata

---

<sup>15</sup> Sent. n. 1/1956, Sent. n. 2/1956, Sent. n. 11/1956, Sent. 39/1957, Ord. 95/1957, Sent. n. 27/1959, Sent. n. 49/1959, Sent. 29/1962, Sent. 30/1962, Sent. 107/1964, Sent. 19/1966, Sent. 68/1967, Sent. 74/1968, Sent. 11/1970, Sent. 42/1972, Ord. 160/1972, Sent. 38/1973, Sent. 21/1974, Sent. 112/1974, Sent. 23/1975, Ord. 64/1976, Sent. 99/1980, Sent. 15/1982, Ord. 64/1982, Ord. 306/1984, Ord. 943/1988, Ord. 64/1989, Ord. 215/1989, Sent. 313/1990, Ord. 353/1990, Ord. 416/1990, Sent. 71/1990, Ord. 540/1990, Sent. 53/1993, Sent. 349/1993, Sent. 180/1994, Sent. n. 419/1994, Ord. 231/1995, Ord. 450/1995, Sent. 194/1996, Ord. 13/1998, Ord. 125/2000, Ord. 513/2000, Sent. 518/2000, Ord. 574/2000, Ord. 362/2002, Ord. 331/2004, Ord. 417/2004, Ord. 446/2005, Ord. 283/2006, Sent. 149/2008, Sent. 164/2011, Ord. 179/2011, Sent. 231/2011, Ord. 269/2011, Ord. 312/2011, Sent. 331/2011, Sent. 110/2012, Sent. 57/2013, Sent. 213/2013, Sent. 232/2013, Ord. 321/2013, Sent. 45/2014, Ord. 74/2014, Sent. 198/2014, Sent. 48/2015, Ord. 103/2015, Ord. 190/2015, Ord. 41/2016, Sent. 99/2017, Ord. 117/2017, Ord. 136/2017, Sent. 180/2018, Sent. 250/2018, Sent. 242/2019. La fonte è la consultazione della banca dati della Corte costituzionale indicando come parametro di ricerca l'art. 13, primo comma Cost.: i dati sono stati depurati da alcune erronee classificazioni ed anche integrati con le decisioni citate in *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia, 30-31 marzo 2006).

attuazione, non va intesa quale garanzia di indiscriminata e illimitata libertà di condotta del cittadino; tanto vero che la stessa Costituzione, nello stesso articolo 13 e nei successivi contempla e disciplina varie situazioni e fissa espressamente dei limiti».

La concezione restrittiva emerge apertamente nella sentenza n. 11 del 1956 ove si legge che la libertà personale «*non si presenta affatto come illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e con il rispetto di talune forme*», ossia, «come diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale»; «il grave problema di assicurare il contemperamento tra le due fondamentali esigenze, di non frapporre ostacoli all'esercizio di attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana, appare [...] risolto attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità»

Visione confermata nella sentenza n. 49 del 1959 per la quale l'articolo 13 della Costituzione ha ad oggetto «la tutela della libertà personale contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria: concerne, insomma, le guarentigie supreme dell'*habeas corpus* che sono una delle pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico».

Visione parzialmente ridimensionata da una decisione di poco precedente (la sentenza n. 27 del 1959) in cui si chiarisce che la riserva di legge dell'art. 13 non «dà luogo a una potestà illimitata del legislatore ordinario, rimanendo esso sempre sottoposto al controllo di questa Corte per la eventualità che, nel disporre limitazioni ai diritti di libertà, incorra in una qualsiasi violazione delle norme della Costituzione».

Una concezione più ampia appare nella sentenza n. 30 del 1962 ove si riconosce la natura *anche* “morale” della libertà personale: «la garanzia dell'*habeas corpus* non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere».

Il connesso tema delle limitazioni “non degradanti”, le quali non sono coperte dalla doppia garanzia del secondo e del terzo comma dell'art. 13, emerge nella sentenza n. 23/1975: «l'ambito precettivo della norma costituzionale, diretta a difendere l'individuo di fronte alla potestà coattiva dello Stato, *non comprende ogni violazione o limitazione della libertà personale, cui può essere sottoposto in vario modo il cittadino nello svolgimento della sua attività, ma soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come autonomia e disponibilità della propria persona*». Nella sentenza si esclude la fondatezza della questione di legittimità della c.d. “visita fiscale” nei confronti del lavoratore poiché la legge non comporta «alcuna coercizione fisica sulla persona, nessuna degradazione giuridica del lavoratore, nessuna menomazione della libertà morale implicante un assoggettamento totale della persona al potere altrui».

Un primo riconoscimento della centralità sistematica della norma permissiva appare nella sentenza n. 15/1982 sulla carcerazione preventiva, secondo cui «*Non è dubitabile che il principio della inviolabilità della libertà personale è la regola e che, conseguentemente, ogni limitazione ad esso si configura come eccezione*» ed anche nella sentenza n. 471/1990 (sulle ispezioni personali nel processo civile) nella quale si afferma il «valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come “libertà”, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del *potere della persona di disporre del proprio corpo*».

La sentenza n. 349/1993 della Corte Costituzionale affronta la questione della legittimità costituzionale delle limitazioni alla libertà personale nei confronti di soggetti in stato di detenzione e riconosce che «la tutela costituzionale dei diritti fondamentali dell'uomo, ed in particolare la garanzia della inviolabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 della Costituzione, opera anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, com'è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta»<sup>16</sup>. La questione si ricollega anche all'art. 27, terzo comma, della Costituzione («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità») da cui «discende direttamente quale ulteriore principio di civiltà che a colui che subisce una condanna a pena detentiva sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca»<sup>17</sup>. Per tali ragioni «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale». La conclusione è che «l'adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione»<sup>18</sup>.

La natura anche morale della libertà in parola è confermata nella sentenza n. 419 del 1994: «degradazione giuridica – secondo un'interpretazione risalente alla sentenza n. 2 del 1956 – dell'individuo l'elemento qualificante della restrizione della libertà personale», intendendo per degradazione «una menomazione o

<sup>16</sup> Nella medesima direzione vedi sentt. n. 204 del 1974, n. 185 del 1985, n. 312 del 1985, 374 del 1987 e n. 53 del 1993.

<sup>17</sup> Principio affermato già nella sent. n. 114 del 1979.

<sup>18</sup> Nel medesimo senso, quasi letteralmente, la sentenza n. 349/1993: «la sanzione detentiva non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale».



mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione del principio dell'*babeas corpus*».

Significativa è la sentenza n. 518/2000 avente ad oggetto la legittimità del reato di incesto (art. 564 c.p.). Il giudice di merito dubitava che la «compressione della libertà personale», quale diritto inviolabile della persona, che consegue alla previsione del reato di incesto, potesse dirsi proporzionata e giustificata rispetto ai beni che la fattispecie penale mira a tutelare. In particolare il giudice *a quo* partiva dal rilievo che la fattispecie incriminatrice «non può certo dirsi dettata dalla *ratio* di evitare relazioni sessuali tra consanguinei, poiché gli affini tali non sono, né dall'obiettivo di tutela dell'unità e integrità della famiglia in sé considerata, giacché la sanzione penale è applicabile solo se alla condotta di incesto segue il “pubblico scandalo”, requisito in mancanza del quale l'incesto non è punibile». Se ne desume, proseguiva il rimettente, che «l'incriminazione in argomento, relativamente agli affini, assume quale proprio oggetto di tutela l'obbligo di fedeltà coniugale» ma «l'obbligo di fedeltà coniugale non potrebbe dirsi oggi un bene fondamentale sul piano costituzionale, come dimostrerebbero le pronunce della Corte in tema di reati di adulterio e di concubinato (sentenze nn. 126 del 1968 e 147 del 1969); appare dunque sproporzionato e irragionevole il sacrificio della libertà personale rispetto a una ipotetica tutela di un sentimento collettivo di riprovevolezza che, nel tempo attuale, non sembra più sostenibile».

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 518/2000 supera il dubbio di legittimità del giudice *a quo* ritenendo che «l'art. 564 del codice penale, invece, offre protezione alla famiglia (...) in corrispondenza a un *ethos* le cui radici si perdono lontano nel tempo, che mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare». Dunque «l'opportunità della previsione del pubblico scandalo (...) si può giustificare semplicemente come un non irragionevole bilanciamento (non infrequente ove si abbia a che fare con la vita familiare) tra l'esigenza di repressione dell'illecito e la protezione della tranquillità degli equilibri domestici da ingerenze intrusive, quali investigazioni della pubblica autorità alla ricerca del reato (ricerca che in ipotesi potrebbe non avere esito, derivando da informative infondate, pretestuose o persecutorie). Una volta verificatosi il pubblico scandalo, però, non vi è più ragione per frapporre ostacolo all'azione repressiva dello Stato». Pertanto «deve essere respinto il dubbio di costituzionalità formulato in riferimento all'art. 13, primo comma, in relazione all'art. 2 della Costituzione, sotto il profilo della necessaria proporzione tra il valore del bene protetto dalla norma penale e il valore della libertà individuale».

Di poco successiva la sentenza n. 526/2000 conferma che «l'amministrazione penitenziaria non può adottare provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque comportino una sostanziale modificazione del grado di privazione della libertà personale imposto al

detenuto, il che può avvenire soltanto con le garanzie espressamente previste dall'art.13, secondo comma, della Costituzione, ma può solo adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena, che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna»<sup>19</sup>.

Il tema della “libertà morale” è riproposto in una visione più ampia e non limitata all'*habeas corpus* dalla sentenza n. 105 del 2001: il valore costituzionale dell'inviolabilità della persona deve essere tutelato contro «*quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale*». La Corte Costituzionale, pur affermando che «le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscono attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti», sottolinea che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia di immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi ai flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito *il carattere universale della libertà* che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, *spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umano*».

Il principio di inviolabilità della libertà personale, consacrato nel primo comma dell'art. 13 della Costituzione, viene evocato nella sentenza n. 299/2005 che riguarda i limiti massimi della carcerazione preventiva: «Le limitazioni della libertà connesse alle vicende processuali devono rispettare il *principio di proporzionalità*, posto che contrasterebbe con il giusto equilibrio tra le esigenze del processo e la tutela della libertà, una disciplina della detenzione cautelare priva di limiti di durata ragguagliati, da un lato, alle pene previste per il reato contestato o ritenuto in sentenza e, dall'altro, alla concreta dinamica del processo e alle diverse fasi in cui esso si articola». Pertanto «la tutela della libertà personale, che si realizza attraverso i limiti massimi di custodia voluti dall'articolo 13, quinto comma, Cost., è quindi *un valore unitario e indivisibile*, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali». Più di recente si registrano numerose decisioni sulla legittimità dell'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, della presunzione assoluta di sussistenza delle esigenze cautelari, dei criteri di scelta delle misure cautelari e delle misure di prevenzione: in particolare le sentenze nn. 110/2012, 57/2013, 213/2013, 232/2013, 45/2014, 48/2015, 99/2017 e le ordinanze nn. 321/2013, 74/2014, 103/2015, 190/2015, 41/2016. In tali decisioni il primo comma dell'art. 13 è evocato dai giudici remittenti in quanto espressivo del principio del *favor libertatis* che configura la limitazione della libertà personale come una *extrema ratio*:

---

<sup>19</sup> Nella stessa direzione la precedente sentenza n. 351/1996: «L'amministrazione penitenziaria può adottare solo misure di trattamento rientranti nell'ambito di competenza dell'amministrazione attinenti alle modalità concrete, rispettose dei diritti del detenuto, di attuazione del regime carcerario in quanto tale, e dunque già potenzialmente ricomprese nel quantum di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione».

il giudice delle leggi esamina così il corretto bilanciamento tra il *favor libertatis* ed altri valori costituzionalmente garantiti come le «ragioni di difesa sociale e di tutela della collettività»<sup>20</sup>.

Tirando le fila della rapida disamina delle decisioni del giudice delle leggi che assumono come parametro di legittimità il primo comma dell'art. 13 della Costituzione sembra potersi affermare che non è individuabile, nemmeno in tale ambito, una compiuta e soddisfacente elaborazione del concetto di «libertà personale» *nel suo aspetto sostanziale*: non è possibile infatti tracciare gli esatti confini delle fattispecie oggetto della norma permissiva (libertà di che cosa?) e la gran parte delle riflessioni sono incentrate sull'aspetto formale delle limitazioni e delle procedure di limitazione garantite dal secondo e dal terzo comma dell'art. 13. E' da queste deroghe che – a ritroso – si cerca di ricostruire la nozione e la norma generale.

In ultimo merita una particolare attenzione la recente sentenza n. 242 del 2019 sul c.d. “caso Cappato” nella quale il principio di inviolabilità del corpo è esaminato nel suo *aspetto sostanziale*. Come è noto la questione aveva ad oggetto l'art. 580 del codice penale che punisce l'istigazione o l'aiuto al suicidio<sup>21</sup> e si conclude con un'importante dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma oggetto per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi (...) agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

Per l'aspetto che ci interessa, secondo l'impostazione del giudice *a quo*, «la norma censurata si porrebbe in contrasto con il “principio personalista”, di cui all'art. 2 Cost., e con quello di inviolabilità della libertà personale, affermato dall'art. 13 Cost.: precetto costituzionale, quest'ultimo, che, unitamente all'art. 32 Cost. (...), *assicura la piena libertà dell'individuo di scegliere quali interferenze esterne ammettere sul proprio corpo e di*

---

<sup>20</sup> Cfr. la successiva sentenza n. 198/2014, avente ad oggetto la legittimità del divieto di compensare la limitazione della libertà subita “senza titolo” prima della commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire; «La preclusione censurata non viola, per analoghe ragioni, neppure l'art. 13, primo comma, Cost. La scelta legislativa di non privilegiare, nell'ipotesi considerata, il «*favor libertatis*» trova giustificazione, da un lato, nell'esigenza di evitare – per ragioni di difesa sociale e di tutela della collettività – che chi ha sofferto un periodo di custodia cautelare o di detenzione per altro reato, sia pure indebita, sia indotto a delinquere o, comunque, rinvenga motivi “favorevoli” alla commissione di reati nella possibilità di sottrarsi alle relative conseguenze sanzionatorie opponendo in compensazione un “credito di pena” precedentemente maturato (sentenza n. 442 del 1988); dall'altro, nella correlata esigenza di non creare le premesse per uno stravolgimento delle funzioni di prevenzione e di emenda che la pena dovrebbe esplicare».

<sup>21</sup> Secondo l'art. 580 c.p. «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima».

tutelare, in questo senso, la sua dignità. Emblematico, al riguardo, risulterebbe il caso oggetto del giudizio *a quo*, nel quale il soggetto che aveva liberamente deciso di concludere la propria esistenza – senza essere peraltro in grado di provvedervi autonomamente – risultava sottoposto a trattamenti sanitari molto invasivi, la cui interruzione, ove pure accompagnata dalla sedazione profonda, lo avrebbe portato alla morte solo dopo diversi giorni, generando un prolungato stato di sofferenza nei familiari. La libertà di rifiuto di simili presidi, senza che la dignità del malato sia vulnerata con l'avvio di una fine lenta e dolorosa, esigerebbe il riconoscimento della possibilità di accedere, anche tramite l'aiuto di terzi, a un farmaco letale».

Il giudice costituzionale si determina ad annullare la legge ritenendo che «*il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze*, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita» e cioè l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e la contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua<sup>22</sup>: «*pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care*».

Nonostante anche in questa decisione non sia possibile leggere una compiuta e organica definizione del concetto di libertà personale è indubbio che essa applica il primo comma dell'art. 13 della Costituzione nel suo significato sostanziale di *norma permissiva*, che attribuisce esclusivamente all'individuo le decisioni sul proprio corpo e dunque anche sulla propria permanenza in vita. Infatti, attraverso una sentenza interpretativa di accoglimento, la Corte costituzionale *annulla la norma penale che espropriava la persona del potere di disporre del proprio corpo* per liberarsi da «*sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili*».

## **6. L'interpretazione dell'articolo 13 della Costituzione attraverso l'ermeneutica giuridica e la teoria degli insiemi**

La rapida rassegna di disciplina e dottrina e l'esame della giurisprudenza costituzionale sembrano aver confermato che tutt'ora manca una soddisfacente definizione del concetto di libertà personale *nel suo aspetto sostanziale*, al di fuori e a prescindere dall'*habeas corpus* cioè dalle deroghe e dai procedimenti di limitazione che la Costituzione prevede. Occorre cioè rispondere alla domanda centrale (*libertà di che cosa?*)

---

<sup>22</sup> La legge n. 219 del 2017 riconosce, infatti, ad «ogni persona capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella relativa nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale (art. 1, comma 5): diritto inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico. In ogni caso, il medico «è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo», rimanendo, «in conseguenza di ciò, (...) esente da responsabilità civile o penale» (art. 1, comma 6).

per fissare gli esatti confini della più importante delle libertà inviolabili riconosciute dalla legge fondamentale.

Come si è detto, dottrina e giurisprudenza hanno da tempo individuato una perifrasi che sintetizza il significato del diritto di libertà: *il potere di disporre del proprio corpo*. Tale efficace espressione però mantiene ancora un eccessivo margine di indeterminatezza che la rende piuttosto generica, visto che ogni attività umana consiste in un uso del proprio corpo.

Anzitutto «gli esseri umani hanno esperienza del mondo attraverso il corpo: sentono, comunicano, percepiscono, desiderano innanzi tutto attraverso il corpo»<sup>23</sup>. Poi qualunque condotta, lecita o illecita, volontaria o involontaria, si realizza attraverso un impulso che la mente dell'individuo trasmette al corpo affinché compia o non compia una azione fisica: utilizzo il mio corpo quando passeggiò, quando abbraccio mio figlio, quando partecipo a una riunione, quando mangio, quando sottoscrivo un contratto, quando voto, quando lavoro, quando esercito una pubblica funzione ed anche quando compio un fatto illecito o addirittura un reato.

È necessario esplicitare l'ampiezza di significato del concetto di libertà personale per giungere però ad una definizione stringente, idonea a porre un discrimine netto, sia tra le fattispecie garantite e quelle per cui la garanzia costituzionale non è più invocabile, sia tra le fattispecie limitabili in base al secondo e terzo comma dell'art. 13 e quelle che non possono essere oggetto di alcuna limitazione nemmeno esercitando la doppia riserva di legge e di giurisdizione. Il quadro che ne risulta è così una classificazione tripartita delle fattispecie in astratto possibili:

- 1) le fattispecie ad “*inviolabilità assoluta*” in base al primo comma dell'art. 13 della Costituzione (libertà in senso sostanziale): facoltà fondate sulla *norma generale permissiva* che attribuisce al singolo il governo del corpo e non passibili di costrizione alcuna (es. libertà sessuale);
- 2) le fattispecie ad “*inviolabilità relativa*” in base al secondo e al terzo comma dell'art. 13 della Costituzione (libertà in senso formale): facoltà fondate sulla *norma derogatoria interdittiva* che vieta interferenze al di fuori del procedimento garantito dalla doppia riserva (es. libertà dagli arresti);
- 3) le fattispecie che non godono della garanzia costituzionale dell'art. 13 e sono dunque limitabili anche dall'autorità amministrativa: facoltà la cui limitazione è “non degradante” per il soggetto perché non incide sulla dignità della persona (es. libertà dagli obblighi).

Nel tentativo di assicurare la scientificità dell'analisi è utile esplicitare il percorso di interpretazione dell'articolo 13 della Costituzione (algoritmo ermeneutico), nel quale si utilizzeranno nozioni elementari

---

<sup>23</sup> UGO FABIETTI, *Antropologia culturale. L'esperienza e l'interpretazione*, Laterza, 1999, pag. 139.

della “Teoria degli insiemi” al fine di rappresentare in modo più chiaro il rapporto di generalità/specialità fra le diverse norme:

- a) anzitutto, attraverso l’interpretazione letterale, si definisce il *concetto astratto* di «libertà personale» comprensivo di tutte le fattispecie che sul piano semantico vi rientrano (Insieme LP);
- b) selezionando i risultati sulla base dell’interpretazione sistematica si sottraggono da LP, in base al principio di specialità, tutte le fattispecie tutelate da altre disposizioni costituzionali (artt. 14, 15, 16, 17, 18, 32, ecc.) giungendo a definire il *concetto positivo* di libertà personale ex art. 13 della Costituzione (Insieme L13);
- c) all’interno del *concetto positivo* di libertà personale (L13) si definisce il Sottoinsieme IR composto dalle sole *fattispecie ad inviolabilità relativa*, garantite dal procedimento della doppia riserva e dunque limitabili in base al secondo e terzo comma dell’articolo 13 della Costituzione;
- d) dal *concetto positivo* di libertà personale (L13) si sottraggono le *fattispecie ad inviolabilità relativa* (IR) e quello che resta sono le *fattispecie ad inviolabilità assoluta* (Insieme IA) garantite in via residuale dal primo comma;
- e) da ultimo si distingue tra limitazioni degradanti (Insieme L13) e limitazioni non degradanti (Insieme complementare di L13) per meglio definire gli esatti confini della garanzia costituzionale in oggetto.

### **7.1. Il concetto astratto di libertà personale (LP): “Non può essere limitato in alcun modo il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri”**

Per interpretare il primo comma dell’articolo 13 della Costituzione è necessario applicare l’algoritmo ermeneutico formalizzato nell’art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale (Preleggi) la cui prima parte stabilisce: «Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». La disposizione individua nell’interpretazione letterale il primo essenziale passaggio del percorso ermeneutico, cui segue l’interpretazione logica fondata sulla comprensione dell’intenzione *oggettiva* del legislatore cioè sulla *ratio legis* che anima il precetto normativo.

Abbiamo già argomentato le ragioni, condivise dalla dottrina prevalente<sup>24</sup>, per le quali va respinta l’*interpretatio abrogans* secondo cui la disposizione richiamerebbe la libertà “della persona” intesa come il

---

<sup>24</sup> Vedi per tutti ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà, Parte speciale, cit.* pagg. 170-171: «potrebbe per vero prospettarsi che la “libertà della persona” sia ivi assunta nella sua massima estensione, e che l’art. 13 detti la disciplina di una “omnicomprensiva” libertà della persona umana. Tale tesi va nettamente rifiutata. Gli articoli successivi disciplinano, se non tutti, quantomeno i più importanti aspetti della libertà dell’individuo. Il che esclude che l’art. 13 si preoccupi (anche) della libertà della persona di comunicare, di circolare, di riunirsi e così via. In secondo luogo non potrebbe nemmeno dirsi che la libertà personale ricomprenda, in via residuale, tutte quelle libertà che non siano contemplate nei successivi articoli. (...) In terzo luogo non sembra nemmeno persuasivo che la libertà personale tuteli la persona contro misure degradanti della libertà sociale». Su tale ultimo aspetto vedi *contra* COSTANTINO MORTATI, *Rimpatrio*

complesso dei diritti di libertà che altre disposizioni della Costituzione già riconoscono. Come pure è nelle premesse di questa analisi il rigetto dell'interpretazione riduttiva, altrettanto *abrogans*, secondo cui il primo comma sarebbe solo la premessa di quelli successivi e non avrebbe un contenuto semantico e normativo proprio.

Procedendo all'interpretazione letterale della disposizione «La libertà personale è inviolabile» è dunque necessario frazionarla nei lemmi che la compongono per attribuirle un significato anche in base alla connessione fra di essi.

Il termine «libertà» esprime la capacità per il soggetto di vivere senza costrizioni e di agire senza impedimenti ovvero di “godere di un ambito di indipendenza dal mondo esterno”. Il termine, essendo contenuto in un testo normativo, va inteso come libertà giuridica e dunque in termini prescrittivi e non descrittivi di uno stato di fatto: pertanto la parola esprime il “*potere di disporre* di un ambito di indipendenza dal mondo esterno”.

Qualunque sia l'ambito di esercizio della libertà c'è un ulteriore attributo che la natura giuridica del concetto di libertà esprime: non si tratta mai di una libertà isolata (come quella di Robinson Crusoe sull'isola deserta) ma di una libertà nella convivenza civile, necessariamente simmetrica alle libertà degli altri nel rispetto del principio di eguaglianza formale. Ciò significa che lo spazio di indipendenza garantito al singolo è necessariamente “un ambito *relativo* di indipendenza” che non deve interferire e impedire l'esercizio della libertà altrui.

Questa semplice ma fondamentale caratteristica della libertà giuridica è stata esemplarmente espressa nella *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* adottata dall'Assemblea nazionale francese il 26 agosto 1789: «*La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri*: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge» (art. 4); «*La Legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società*. Tutto ciò che non è vietato dalla Legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina» (art. 5).

Per esprimere questo fondamentale attributo di ogni libertà giuridica non esistono parole più semplici ed efficaci di quelle scelte dai rivoluzionari borghesi in quella storica proclamazione: la «libertà» in senso giuridico consiste nel “*potere di disporre di un ambito di indipendenza senza nuocere ad altri*”.

Passando all'aggettivo «personale», che connota la libertà dell'articolo 13, significa che l'oggetto della libertà è la «persona» cioè un esemplare della specie umana, senza distinzione di sesso, età, condizione sociale e simili, un essere umano, un individuo, un soggetto cosciente; la parola ha anche un valore più

---

*obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, n. 5, pag. 689 e Augusto Barbera, *I principi costituzionali della Libertà personale*, Milano 1967, pagg. 40, 52, 190 e ss.

specifico significando il corpo, il fisico, il fenotipo umano. Dunque quale è l'oggetto del "potere di disporre senza nuocere ad altri"?

Sul punto emerge il noto dibattito dottrinale fra la concezione esclusivamente "fisica" o invece anche "morale" o "spirituale" della libertà personale. Occorre subito chiarire che sul piano generale la contrapposizione tra corpo e mente non ha ragion d'essere perché la persona è un'unità psicofisica indivisibile<sup>25</sup>: la capacità di comprendere e di volere, e con essa l'autocoscienza, nascono nel cervello che fa parte del corpo e il corpo si muove ed agisce solo attraverso gli stimoli nervosi che provengono dall'encefalo.

Come osserva Augusto Cerri la limitazione della libertà personale consiste proprio nell'interruzione del «collegamento fra pensiero e azione»: la libertà di manifestazione del pensiero incide sui convincimenti da cui ha origine la condotta mentre la libertà personale incide sul collegamento fra pensiero e azione, il quale non può essere interrotto arbitrariamente «pena una disarticolazione dell'essere umano ridotto, in qualche modo, ad oggetto. Questo collegamento si interrompe quando interviene un atto di coercizione fisica»<sup>26</sup>. Da tale punto di vista dunque la contrapposizione fra libertà fisica e libertà morale è una falsa questione perché l'esercizio della libertà personale coinvolge necessariamente entrambi gli aspetti.

Un discorso diverso deve essere fatto laddove la distinzione venga riferita agli atti di limitazione della libertà personale per distinguere fra limitazioni "coercitive" e limitazioni "obbligatorie": le prime impediscono fisicamente al soggetto di agire come vorrebbe (recidendo il collegamento fra pensiero e azione) mentre le seconde lo lasciano libero sul piano fisico di comportarsi come crede, salve le conseguenze giuridiche in caso di inadempimento dell'obbligo imposto. Questa distinzione, come vedremo *infra*, è utile per definire gli esatti confini tra atti limitativi della libertà personale (garantiti dalla doppia riserva di legge e di giurisdizione) e atti limitativi di altre posizioni giuridiche soggettive che godono di minori garanzie (ad esempio la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost.<sup>27</sup>).

Pertanto è possibile affermare che l'aggettivo «personale», che caratterizza la libertà dell'articolo 13, significa che l'oggetto della libertà è il "corpo" del titolare naturalmente comprensivo della dimensione fisica e di quella cognitiva. Dunque «la libertà personale» è "*il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri*".

---

<sup>25</sup> «Persona è nozione creata dall'analisi giuridica che non va confusa con l'essere umano fatto di corpo, di ragione e, per taluno alle frontiere filosofico-religiose, di un'anima». Cfr. COSIMO MARCO MAZZONI, Prefazione a *Il caso della mano rubata: una storia giuridica del corpo*, di Jean-Pierre Baud, Milano, Giuffrè 2003, pag. 3.

<sup>26</sup> AUGUSTO CERRI, *Libertà personale (dir. Cost.)*, cit., pag. 5.

<sup>27</sup> Cfr. ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà, Parte speciale*, cit. pagg. 172 ss.



Se la prima parte della disposizione del primo comma dell'art. 13 («La libertà personale») contiene la fattispecie astratta, la seconda parte («è inviolabile») contiene il modo deontico cioè il tipo di prescrizione di cui la prima è fatta oggetto.

L'aggettivo «inviolabile» è una parola composta di origine latina (*inviolabilis*) formata dal prefisso “in” e dall'aggettivo “violabile” quindi letteralmente “non violabile”, “che non si deve violare”. A sua volta “violare” significa “invadere”, “oltraggiare”, “profanare”, in generale “non rispettare qualcosa che è sacro”. Emerge la doppia negazione di cui si ragionava all'inizio: la libertà nello Stato liberale non indica semplicemente l'assenza di impedimenti giuridici ma l'esistenza di un *sistema di norme che vietano di vietare* e dunque perimetrano e presidiano lo spazio *garantito* di libertà.

Nel significato normativo l'espressione «è inviolabile» non significa semplicemente che la fattispecie astratta è “garantita”, “protetta”, “riconosciuta” ma, attraverso la doppia negazione, esprime una deontologia rafforzata che, da un lato, attribuisce un *permesso forte* al titolare (aspetto attivo) e dall'altro sancisce un *divieto* generalizzato di interferenza per tutti gli altri soggetti pubblici o privati (aspetto passivo)<sup>28</sup>.

Il risultato finale del percorso ermeneutico del primo comma dell'art. 13 è dunque: “*Non può essere limitato in alcun modo il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri*”.

Questo significato – a differenza di quello ben più specifico che si estrae dagli artt. 14 e seguenti della Costituzione – ricomprende in astratto una serie estremamente ampia di facoltà che coprono *interne categorie esistenziali* che esso è potenzialmente in grado di garantire, le quali finiscono per sovrapporsi alle fattispecie tutelate da altre disposizioni costituzionali. Infatti disponiamo del nostro corpo perlomeno in quattro direzioni:

- 1) “libertà organica” (rapporto fra l'individuo e il proprio corpo): alimentazione, riposo, assunzione di sostanze, modificazioni corporee, gestazione, donazione di organi e tessuti, attività sportiva, terapie sanitarie, fine vita, coscienza e volontà;
- 2) “libertà spaziale” (rapporto fra l'individuo e lo spazio): movimento, circolazione, soggiorno;
- 3) “libertà ambientale” (rapporto fra l'individuo e il mondo reale): caccia, agricoltura, appropriazione di risorse naturali, costruzione di manufatti, modifica del territorio, proprietà, industria;

---

<sup>28</sup> Oltre a questi significati, per completezza, va ricordato che l'inviolabilità comprende anche il divieto di abrogare *totalmente* il diritto di libertà attraverso il procedimento di revisione costituzionale: è ovviamente legittimo, nel rispetto dell'art. 138 Cost., disciplinare diversamente questa e le altre libertà inviolabili ma la loro esistenza attiene a qual nucleo immodificabile di principi che identificano la Costituzione della Repubblica italiana (c.d. “limiti assoluti impliciti” alla revisione costituzionale ex sentenza n. 1146 del 1988 della Corte costituzionale)

- 4) “libertà relazionale” o “sociale” (rapporto fra l’individuo e gli altri soggetti): attività sessuale, riproduzione, prestazione d’opera, comunicazione, manifestazione del pensiero, informazione, riunione, associazione, religione, attività economica, attività politica.

Come si è premesso però, attraverso l’interpretazione letterale, abbiamo individuato il *concetto astratto* di «libertà personale» comprensivo di tutte le fattispecie che sul piano semantico vi rientrano (Insieme LP). Il successivo passaggio prevede di selezionare i risultati sulla base dell’interpretazione sistematica sottraendo, in base al principio di specialità, tutte le fattispecie tutelate da altre disposizioni costituzionali (Insieme LX) e giungendo a definire il *concetto positivo* di libertà personale ex art. 13 della Costituzione (Insieme L13)<sup>29</sup>.

## 7.2. La libertà personale in senso stretto (L13) escluse, quali *leges speciales*, le fattispecie tutelate da altre disposizioni costituzionali (LX)

Le disposizioni da valutare per perimetrare l’ambito di applicazione dell’art. 13, primo comma sono collocate nella prima parte della Costituzione all’interno dei quattro titoli dedicati ai Rapporti civili, etico-sociali, economici e politici (artt. 14-54). Prenderemo in considerazione solo quelle più rilevanti seguendo le quattro categorie appena individuate, per sottrarre da ciascuna categorie le fattispecie che sono oggetto di una disciplina speciale.

Per quanto riguarda la “*libertà organica*” viene subito in rilievo l’art. 32 Cost. sul diritto alla salute<sup>30</sup> per numerose fattispecie in astratto ricomprese nel concetto di libertà personale. Anzitutto – secondo quanto si è appena argomentato – la tutela della salute individuale è rimessa alla libera scelta del singolo solo fino

---

<sup>29</sup> In termini formali le fattispecie tutelate da altre disposizioni costituzionali rappresentano gli insiemi L14, L15, L16, L17, L18 ... (insiemi “intersecanti” con LP). Dunque:  $L14 + L15 + L16 + L17 + L18 + \dots = LX$ . Infine:  $LP - LX = L13$  (“sottoinsieme” di LP).

<sup>30</sup> Per salute, secondo la definizione della Corte di Cassazione sul caso Englaro, si intende non solo la «semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza» (Cassazione civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748). Infatti: la salute ormai da tempo «non viene più intesa esclusivamente in termini oggettivi, come assenza di malattia, ma deve essere considerata in relazione alla percezione che il soggetto ha di sé, del proprio stato fisico e mentale, perché lo star bene coinvolge gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto stesso. Si assiste a un passaggio dell’idea di salute come standard (l’uomo sano) al vissuto. Non c’è più (soltanto) un metro oggettivo su cui misurare, con gli strumenti della scienza, la salute, ma occorre tenere conto dell’esperienza individuale, dell’universo di valori culturali, religiosi, familiari, con i quali la salute deve armonizzarsi» (GILDA FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in U. Veronesi, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, pp. 143-144). Nello stesso senso l’Organizzazione mondiale della sanità, nel preambolo dell’atto costitutivo del 1946, definiva la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non la mera assenza di malattia o di infermità»; accezione subito recepita nel nostro ordinamento dall’art. 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio n. 1068/1947e confermata dal decreto legislativo n. 81/2008: «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattia o d’infermità».

a quando non sussista il pericolo di “nuocere ad altri”<sup>31</sup> ed infatti «La Repubblica tutela la salute», non solo «come fondamentale diritto dell’individuo», ma anche in quanto «*interesse della collettività*» (primo comma dell’art. 32). Pertanto il singolo – come nel caso dei vaccini<sup>32</sup> – «*può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario (...) per disposizione di legge*» (secondo comma dell’art. 32).

Se invece occorre una misura sanitaria “coercitiva”, e non meramente “obbligatoria”, si attiverebbe la garanzia della doppia riserva, non solo di legge, ma anche di giurisdizione, prevista dal secondo e terzo comma dell’articolo 13<sup>33</sup>. Come è noto la legge n. 180 del 1978 (c.d. legge Basaglia) ha formalmente depurato il trattamento sanitario del paziente psichiatrico da ogni finalità di custodia o di sicurezza introducendo anche per esso il solo trattamento sanitario obbligatorio (TSO) animato da una finalità esclusivamente terapeutica<sup>34</sup>: non può però essere taciuto che – stante l’indeterminatezza legislativa sulle modalità del TSO<sup>35</sup> – in concreto esso può divenire una misura concretamente coercitiva per il malato

---

<sup>31</sup> Cfr FRANCO MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, pagg. 311-312: «Le sole limitazioni costituzionalmente consentite sono quelle rivolte a salvaguardare la salute collettiva dai pericoli o dai danni che ad essa possono derivare dalle manifestazioni, positive o negative, dell’esercizio di quel diritto individuale. Così, sarà legittimo che i pubblici poteri, sempre però sulla base di una legge, obblighino gli individui a sottoporsi a determinati trattamenti sanitari a fini di tutela della salute collettiva (art. 32 cpv.), limitando o anche coartando il diritto individuale alla disponibilità del proprio corpo».

<sup>32</sup> Nella medesima direzione la Corte costituzionale nella sentenza n. 307 del 1990, sull’obbligo di vaccinazione antipoliomielitica, afferma che «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l’art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale».

<sup>33</sup> In tal senso: ALESSANDRO PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, pag. 296 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, pagg. 888 ss.; AUGUSTO CERRI, *Libertà personale*, cit. pag. 9; MASSIMO LUCIANI, *Salute, I) Diritto alla salute*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, pag. 10; A. SANTOSUOSSO, G. Turri, *I trattamenti obbligatori*, in *Medicina e diritto*, Milano, 1995, pag. 117-118; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana, Profili sistematici*, Milano, 2002, pag. 185 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in SERGIO BARTOLE, ROBERTO BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pag. 332.

<sup>34</sup> La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 211/1988 coglie il «mutamento profondo intervenuto nella concezione giuridica della malattia mentale» trasformando il trattamento dei malati psichiatrici «da problema di pubblica sicurezza a problema essenzialmente sanitario», di conseguenza «mentre i poteri di pubblica sicurezza esercitabili in tale materia si assottigliano enormemente o scompaiono, quelli attinenti agli accertamenti e ai trattamenti sanitari obbligatori vengono riclassificati e attribuiti ai sindaci».

<sup>35</sup> La legge n. 833 del 1978 prevede che gli «accertamenti (ASO) ed i trattamenti sanitari obbligatori (TSO) sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico» (art. 33) e che tali misure «possono essere disposte *anche* (n.d.r.) nei confronti di persone affette da malattia mentale» (art. 34). La legge però prevede una garanzia maggiore – ispirata al terzo comma dell’art. 13 Cost. – per le misure più incisive: infatti il TSO con degenza ospedaliera «deve essere notificato, entro 48 ore dal ricovero, tramite messo comunale, al giudice tutelare nella cui circoscrizione rientra il comune. Il giudice tutelare, entro le successive 48 ore, assunte le informazioni e disposti gli eventuali accertamenti, provvede con decreto motivato a convalidare o non convalidare il provvedimento e ne dà comunicazione al sindaco. In caso di mancata convalida il sindaco dispone la cessazione del trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera» (art. 35). Tale maggiore garanzia è prevista anche «nei casi in cui il trattamento sanitario obbligatorio debba protrarsi oltre il settimo giorno».

psichiatrico e, in quanto tale, di dubbia costituzionalità per il mancato rispetto della riserva di giurisdizione.

Va sottolineato infine che la riserva di legge prevista dalla disposizione sulla salute è di tipo “rinforzato” poiché «La legge non può in nessun caso violare i *limiti imposti dal rispetto della persona umana*» (seconda parte del secondo comma dell’art. 32): le uniche ipotesi che consentono di superare questi limiti – incidendo sulla dignità del soggetto e comportando una sua “degradazione”<sup>36</sup> – sono quelle tassativamente previste dal secondo comma dell’articolo 13 (detenzione, perquisizione, ispezione e altre misure minori) e nel rispetto dei procedimenti indicati in tale comma e in quello successivo.

Dunque, al di fuori della necessità di tutelare la salute altrui, il combinato disposto degli artt. 13, primo comma e 32 della Costituzione rimette all’insindacabile decisione del singolo, capace di intendere e di volere, la decisione su quali trattamenti e terapie effettuare sul proprio corpo e quali rifiutare, siano esse terapie curative o invece trattamenti finalizzati a compromettere (tabacco, alcol<sup>37</sup>, stupefacenti<sup>38</sup>, doping<sup>39</sup>, modificazioni corporee) o addirittura a far cessare le funzioni vitali (eutanasia<sup>40</sup>). Gli unici limiti che la

---

<sup>36</sup> «Perché la libertà personale venga effettivamente incisa deve verificarsi una "degradazione giuridica" dell’individuo nel senso dell’avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell’assoggettamento all’altrui potere in cui si concreta la violazione dell’*habeas corpus*» (Corte cost., sentenza n. 211/1995). Va

<sup>37</sup> L’assunzione di bevande alcoliche nel nostro ordinamento è consentita ma, in quanto pericolosa per l’altrui incolumità, è punita dagli art. 186 e 186 bis del codice della strada la guida in stato di ebbrezza con sanzioni amministrative e/o penali in base al tasso alcolemico rilevato.

<sup>38</sup> L’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 punisce penalmente «Chiunque (...) coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope». Per quanto riguarda l’uso personale il successivo art. 75 prevede la sola sanzione amministrativa ma per la guida sotto l’effetto di stupefacenti l’art. 187 C.d.s. stabilisce una sanzione penale. La diversità di disciplina stabilita dal legislatore rispetto all’uso di alcolici può essere giustificata dalla circostanza che gli stupefacenti inducono il soggetto a condotte antisociali e, in quanto tali, lesive del principio di non nuocere ad altri.

<sup>39</sup> «Costituiscono doping la somministrazione o l’assunzione di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive e l’adozione o la sottoposizione a pratiche mediche non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» (art. 1 della legge n. 376 del 2000). Sul piano sanzionatorio è punito penalmente «chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l’utilizzo» a condizione che ricorra il «fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» (art. 9). Il «commercio» è sempre punito mentre la legge non fa oggetto di sanzione l’uso dilettantistico di tali farmaci proprio in conformità del principio che non è vietato nuocere alla propria salute. Va però segnalato che la giurisprudenza di legittimità ha di recente ritenuto punibile a titolo di ricettazione anche il soggetto che acquista farmaci dopanti per uso personale «per soli fini edonistici» (cfr. Cass. pen., sez. II, sent. 14.04.2016 n. 15680).

<sup>40</sup> Ogni pratica finalizzata l’eutanasia nel nostro ordinamento era punita dall’art. 580 c.p. secondo cui: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l’esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni». Su tale fattispecie sanzionatoria, di fronte alla inerzia del legislatore, è intervenuta la sentenza n. 241 del 2019 (su cui si è detto *supra*) che ha escluso la punibilità di colui che «agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

legge può fissare, anche nel caso degli interventi di fine vita, sono quelli che garantiscono la verifica della piena capacità di intendere e di volere del singolo nonché la tutela del rispetto della persona umana.

A proposito dell'interruzione di gravidanza e delle condizioni che possono giustificarla si pone un problema di "bilanciamento" di valori costituzionali che spetta alla legge risolvere. Infatti non v'è dubbio che la decisione della donna – pur avendo ad oggetto il proprio corpo – coinvolga un altro soggetto e dunque collida con il principio generale secondo cui l'esercizio della libertà non consente in nessun caso di "nuocere ad altri". Il dibattito sulla qualificazione giuridica da riconoscere al feto, – se esso sia soggetto di pieno diritto o meno – non pare in grado di risolvere la questione. E' infatti indubbio che il feto sia una «persona umana» in formazione, la quale merita di essere tutelata fino a quando la prosecuzione della gravidanza possa compromettere la salute della donna che lo tiene in grembo: l'aborto rappresenta dunque un'*extrema ratio* e può avvenire solamente se ricorrono le specifiche condizioni definite dal legislatore nell'esercizio della discrezionalità che gli compete<sup>41</sup>.

Nella libertà organica, cioè nel rapporto fra l'individuo e il corpo, abbiamo ricompreso anche la capacità dell'individuo di avere una coscienza<sup>42</sup>, di formarsi un'opinione ed una volontà senza subire coartazioni esterne: si tratta infatti di attività interiori nelle quali il soggetto, costruendo e modificando le sinapsi del proprio encefalo, si pone in rapporto con se stesso e con la propria memoria<sup>43</sup>. Rappresentano violazioni di questo aspetto garantito dall'art. 13 – la c.d. "*libertà morale*" – quei trattamenti che sono in grado di alterare la naturale capacità umana di svolgere le funzioni mentali per autodeterminarsi come, ad esempio, il siero della verità<sup>44</sup> e in generale la somministrazione di sostanze psicotrope<sup>45</sup>: più esattamente tali sostanze modificano le reazioni chimiche che avvengono nel sistema nervoso centrale e dunque ledono direttamente la libertà del corpo.

Al di fuori di tali trattamenti ciascuno è invece libero di entrare in relazione cognitiva con ciascun altro per comunicare informazioni o per convincerlo delle proprie opinioni. Ci troviamo infatti nel campo di applicazione garantito da quelle disposizioni costituzionali che disciplinano la libertà di espressione (che

---

<sup>41</sup> La legge n. 194 del 1978, per l'aborto nei primi 90 giorni, individua queste condizioni in «un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (art. 4). Dopo i 90 giorni l'interruzione di gravidanza è consentita «quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna» oppure «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna».

<sup>42</sup> Intesa come la consapevolezza che il soggetto ha di sé stesso e del mondo esterno con cui è in rapporto, della propria identità e del complesso delle proprie attività interiori. Cfr. Enciclopedia Treccani, voce *Coscienza*, Dizionario *on line*.

<sup>43</sup> Si parla di "plasticità neuronale" per definire l'abilità del cervello di plasmare se stesso attraverso il continuo rimodellamento delle sinapsi vecchie e la creazione di sinapsi nuove.

<sup>44</sup> L'art. 188 c.p.p. stabilisce che «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

<sup>45</sup> Potrebbe aggiungersi l'induzione in ipnosi profonda (capace di obnubilare la coscienza e la volontà del soggetto) sulla cui esistenza però, nel dibattito medico-scientifico, non risultano allo stato evidenze.

rientrano nella “libertà sociale” su cui vedi *infra*): libertà delle comunicazioni (art. 15), libertà di religione (art. 18), libertà di manifestare il pensiero (art. 21) e libertà artistica e scientifica (art. 33). Rispetto alla violazione della “libertà morale” non pare difficile individuare il confine nel fatto che in quei casi l’interazione tra individui è consapevole e le modifiche interiori che possono verificarsi sono mediate dalla capacità del singolo di rielaborare in modo fisiologico gli *input* esterni e dunque di autodeterminarsi autonomamente<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda la “libertà spaziale”, cioè il rapporto fra individuo e corpo, due sono gli articoli da prendere in considerazione. In primo luogo la libertà di domicilio (art. 14 Cost.) che comunque stabilisce che i provvedimenti limitativi possano essere adottati «secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale» e cioè sempre nel rispetto della doppia riserva di legge e di giurisdizione. Il confine con la libertà personale è ampiamente definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza nelle quali il domicilio è inteso come la proiezione spaziale della persona<sup>47</sup> e ad esse si rinvia.

---

<sup>46</sup> Questo discrimine emerge nella nota sentenza n. 96 del 1981 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l’art 603 del codice penale che puniva il reato di plagio: «Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni». Nella motivazione la Corte ha individuato il parametro violato nell’art. 25 dichiarando assorbita «l’altra questione sollevata dal giudice *a quo* dell’illegittimità costituzionale del medesimo articolo in riferimento all’art. 21». Ciononostante dal profilo che ci interessa si legge un’interessante ragionamento sul labile confine fra persuasione e soggezione psichica: «La scienza medica ha accuratamente indagato intorno alla formazione e al meccanismo della persuasione, della suggestione e della soggezione psichica. Fra individui psichicamente normali, l’esternazione da parte di un essere umano di idee e di convinzioni su altri esseri umani può provocare l’accettazione delle idee e delle convinzioni così esternate e dar luogo ad uno stato di soggezione psichica nel senso che questa accettazione costituisce un trasferimento su altri del prodotto di un’attività psichica dell’agente e pertanto una limitazione del determinismo del soggetto. Questa limitazione, come è stato scientificamente individuato ed accertato, può dar luogo a tipiche situazioni di dipendenza psichica che possono anche raggiungere, per periodi più o meno lunghi, gradi elevati, come nel caso del rapporto amoroso, del rapporto fra il sacerdote e il credente, fra il Maestro e l’allievo, fra il medico e il paziente ed anche dar luogo a rapporti di influenza reciproca. Ma è estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche - con riguardo ad ipotesi come quella in esame - l’attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione. Non vi sono criteri sicuri per separare e qualificare l’una e l’altra attività e per accertare l’esatto confine fra esse. L’affermare che nella persuasione il soggetto passivo conserva la facoltà di scegliere in base alle argomentazioni rivoltegli ed è pertanto in grado di rifiutare e criticare, mentre nella suggestione la convinzione avviene in maniera diretta e irresistibile, profittando dell’altrui impossibilità di critica e scelta, implica necessariamente una valutazione non solo dell’intensità dell’attività psichica del soggetto attivo, ma anche della qualità e dei risultati di essa. Quanto all’intensità, dai testi psichiatrici, psicologici e psicoanalitici e dalle ampie descrizioni mediche di condizionamento psichico risulta che ogni individuo è più o meno suggestionabile, ma che non è possibile graduare ed accertare in modo concreto sino a qual punto l’attività psichica del soggetto esternante idee e concetti possa impedire ad altri il libero esercizio della propria volontà. Quanto alla qualità non è acquisito sino a qual punto l’attività del soggetto attivo non riguardi direttive e suggerimenti che il soggetto passivo sia già disposto ad accettare. Quanto alla valutazione dei risultati essa non potrà che essere sintomatica e concludere positivamente o negativamente a seconda che l’attività esercitata sul soggetto passivo porti a comportamenti conformi o a comportamenti devianti rispetto a modelli di etica sociale e giuridica» (punto n. 13 della motivazione in diritto).

<sup>47</sup> Cfr. G. MOTZO, *Contenuto ed estensione della libertà domiciliare*, in *Rass. Dir. pubb.*, 1954, pagg. 509-510; I. FASO, *Libertà di domicilio*, Milano 1968, pag. 75; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Partes peciale, cit.*, pag. 212 ss.; A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, pag. 62;; G. AMATO, *Art. 14, Rapporti civili*, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1977, pag. 61; C.E. TRAVERSO, *La nozione del concetto di domicilio nell’art.*

Per quanto riguarda la libertà prevista dall'art. 16 Cost., come è noto, essa consente a «Ogni cittadino» di «circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza». Al di fuori del territorio nazionale la disposizione garantisce la libertà «di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge». Il diritto è costituzionalmente attribuito ai soli cittadini ma può essere esteso anche a stranieri e apolidi nel rispetto del “criterio della ragionevolezza”.

A differenza degli artt. 14 e 15 Cost., la sola riserva di legge, e non anche di giurisdizione, garantisce il soggetto dalle limitazioni le quali però non possono riguardare individui determinati ma solo intere categorie e per i motivi stabiliti dalla stessa Costituzione.

Dovendo quindi fissare il confine tra la libertà spaziale garantita dall'art. 13 e quella dell'art. 16 è necessario adottare un criterio di tipo *quantitativo*: la prima garantisce il “movimento” del corpo che è fermo in un determinato punto dello spazio (movimento senza spostamento, degli arti e in generale delle articolazioni mobili<sup>48</sup>) e il movimento del corpo all'interno di uno spazio limitato; la seconda garantisce la “circolazione” cioè il movimento in uno spazio ampio (il «territorio nazionale») e il soggiorno in un luogo prescelto all'interno di esso (domicilio, abitazione, dimora).

Al criterio quantitativo, che ci consente di distinguere fra movimento in senso stretto e movimento in senso lato (circolazione), è utile affiancare il criterio *qualitativo* che dottrina e giurisprudenza da tempo hanno individuato come discriminare fra le limitazioni che incidono sulla libertà personale e quelle che incidono sulla libertà di circolazione e soggiorno: se il soggetto è costretto *in positivo* a stare in uno spazio limitato (ad esempio la cella o una piccola parte del territorio) si applica l'art. 13, se invece al soggetto è vietato *in negativo* di recarsi in una piccola parte del territorio (ed esempio il divieto di dimora) questa garanzia non sussiste<sup>49</sup>.

---

14 Cost., in *Studi in onore di A. Amorth*, vol. II; P. CARETTI, *Domicilio (libertà di)*, in *Dig. Pubbl.*, 1990, pag. 322; P. BARILE – E. CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, XIII, pag. 862.

<sup>48</sup> Le articolazioni mobili dello scheletro umano, definite anche “diartrosi”, sono quelle deputate al movimento vero e proprio: spalla, gomito, polso, vertebre, anca, ginocchio e caviglia.

<sup>49</sup> «A nostro avviso, costituiscono restrizioni della libertà personale tutte quelle misure, anche se soltanto obbligatorie, le quali limitano la libertà di movimento e di soggiorno della persona al fine o con l'effetto di sottoporla all'altrui controllo, ed eventualmente, a provvedimenti coercitivi, per ragioni quali la responsabilità penale, la pericolosità sociale, l'incapacità, le condizioni di salute fisica o mentale. (...) Un indice particolarmente significativo del fatto che una certa restrizione della libertà di movimento e di soggiorno incide sulla libertà personale e non sulla libertà di circolazione e soggiorno, si ha quando il provvedimento restrittivo impone alla persona di soggiornare o di circolare in un determinato ambito, ad esclusione di qualsiasi altro, come avviene nel caso ricordato dell'*obbligo di soggiorno in un dato comune* (...) Mentre il divieto di circolare o di soggiornare in un determinato luogo, ferma restando la libertà di movimento o di soggiorno in qualsiasi altro, come avviene nel caso ricordato dell'*obbligo di via obbligatorio*, consentendo la libera disponibilità del proprio essere fisico in una serie indefinita di rapporti e prescindendo da un attuale o virtuale controllo, attiene alla libertà di circolazione e soggiorno» (MANLIO MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, parte 2, cit., pagg. 199-200). Il codice di procedura penale, dal canto suo, all'art. 283 richiede l'intervento del giudice sia per l'obbligo che per il divieto di dimora dell'imputato o dell'indagato.

La categoria della “*libertà ambientale*”, cioè il rapporto fra individuo e mondo reale, riguarda fattispecie totalmente assorbite da altre disposizioni costituzionali che disciplinano direttamente o indirettamente caccia e pesca, agricoltura, appropriazione di risorse naturali, costruzione di manufatti, modifica del territorio, proprietà, industria.

Per quanto riguarda l'ultima categoria, la “*libertà relazionale*” cioè il rapporto fra l'individuo e gli altri. Anche in questo caso si tratta di fattispecie che trovano una disciplina speciale in numerose disposizioni costituzionali che regolano la prestazione d'opera, le comunicazioni, la manifestazione del pensiero, l'informazione, le riunioni, le associazioni, la religione, l'attività economica e l'attività politica.

Rimangono però nel campo di applicazione e di garanzia del primo comma dell'art. 13 due tipi di fattispecie in materia di attività sessuale e di riproduzione naturale o assistita.

La libertà sessuale, che rientra pienamente nella garanzia dell'art. 13, primo comma della Costituzione, consiste nel diritto di disporre liberamente del proprio corpo a fini sessuali consentendo ad altri di entrare in contatto fisico col soggetto o di utilizzarne, anche a distanza, il corpo per soddisfare l'istinto all'accoppiamento e alla riproduzione<sup>50</sup>. L'autodeterminazione sessuale presuppone la capacità di intendere e di volere che nell'ordinamento italiano si acquisisce, salvo ipotesi particolari, all'età di quattordici anni e pienamente al compimento dei sedici anni<sup>51</sup>. In assenza del consenso o in presenza di consenso prestato da persona incapace, l'attività sessuale è penalmente e severamente sanzionata dagli artt. 600 bis, 600 ter, 609 e seguenti del codice penale.

Al di fuori dei casi di violenza (per assenza del consenso o per invalidità di esso) l'unica ipotesi di divieto per attività sessuale fra soggetti maggiorenni è costituita dalle fattispecie incriminatrici di “incesto” e “relazione incestuosa” tutt'ora previste dall'art. 564 del codice penale ma solo quando «ne derivi pubblico scandalo»<sup>52</sup>. Può aggiungersi, nelle ipotesi rilevanti, l'art. 527 c.p. che punisce «chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni». In entrambe le ipotesi la *ratio* sottesa alle norme

---

<sup>50</sup> Rientra invece nella prima categoria, la “*libertà organica*”, l'attività sessuale individuale (c.d. autoerotismo) nella quale il soggetto non si trova in relazione reciproca con altri soggetti.

<sup>51</sup> L'art. 609 quater del codice penale punisce a titolo di violenza sessuale presunta chiunque «compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto non ha compiuto gli anni quattordici» oppure «non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza». Va poi segnalato che il diverso reato di “pedopornografia” prevede invece il limite degli anni diciotto: «È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque (...) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico» (art. 600 ter c.p.).

<sup>52</sup> Secondo la disposizione citata: «Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da due a otto anni nel caso di relazione incestuosa». Come si è ricordato *supra*, la Corte costituzionale nella sentenza n. 518/2000 ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 564 c.p. sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, 13, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione.



sembra in armonia con il principio generale secondo cui l'esercizio della libertà personale non deve nuocere ad altri: può ovviamente essere messa in discussione l'attualità e il significato dei concetti di "pubblico scandalo" e di "oscenità" (forse anche la loro indeterminatezza ex art. 25, secondo comma Cost.) ma si tratta di questioni rimesse alla discrezionalità del legislatore ordinario.

All'interno della "libertà relazionale" resta da considerare le fattispecie di riproduzione naturale e soprattutto di riproduzione medicalmente assistita, le quali indubbiamente coinvolgono anche la concorrente dimensione della "libertà organica". Si tratta di attività nelle quali due individui dispongono del proprio corpo ed in particolare dei propri "gameti"<sup>53</sup> al fine di attivare il processo di fecondazione e dare origine ad un nuovo individuo. La fecondazione può avvenire in modo naturale oppure può essere medicalmente assistita (PMA) attraverso diverse tecniche<sup>54</sup> che hanno lo scopo di risolvere i problemi di infertilità della coppia.

Per discernere lo spazio di libertà riproduttiva garantita e i limiti costituzionalmente possibili occorre fare sempre riferimento al divieto di "nuocere ad altri". A differenza dell'aborto in questo caso però l'esercizio della libertà personale è finalizzato a generare un nuovo essere umano anziché a sopprimerlo e dunque il problema del bilanciamento si pone in termini decisamente differenti. Nel caso della riproduzione medicalmente assistita il fine è di superare, attraverso la tecnologia, gli ostacoli naturali che impediscono l'atto generativo consentendo alla coppia di procreare.

Devono pertanto essere considerati incostituzionali tutti quei divieti e quelle limitazioni che restringono irragionevolmente l'ambito della libertà personale a fini riproduttivi per ragioni diverse dalla necessità di tutelare il nascituro. Sul punto, anziché procedere ad una astratta ricostruzione della libertà garantita, è utile esaminare la giurisprudenza costituzionale che ha reiteratamente annullato disposizioni e norme della legge n. 40 del 2004 contenente "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Infatti, dopo il mancato raggiungimento del *quorum* di validità della consultazione referendaria<sup>55</sup>, la Corte

---

<sup>53</sup> I gameti sono particolari cellule riproduttive (detta anche "cellule germinali") le quali, negli animali superiori, sono prodotte attraverso la "meiosi" e vengono denominate "uova" per il soggetto femminile e "spermatozoi" in quello maschile: tali cellule si uniscono allo scopo di produrre un uovo fecondato da cui si svilupperà il nuovo organismo. Diversamente dalla riproduzione asessuata, la riproduzione sessuata produce un organismo che non è identico a quello che l'ha generato e richiede due eventi: la meiosi e la fecondazione. La prima consiste nel processo di divisione del nucleo di una cellula che porta alla formazione di nuclei figli con un numero di cromosomi dimezzato rispetto alla cellula originaria e necessariamente diversi fra di loro. La successiva fecondazione comporta la fusione dei nuclei del gamete femminile e di quello maschile portando alla formazione dello "zigote" che possiede un numero di cromosomi doppio rispetto ai gameti da cui deriva.

<sup>54</sup> Tali tecniche si classificano in tre livelli in base alla complessità dell'intervento medico: fecondazione assistita semplice, inseminazione artificiale, fecondazione in vitro (FIVET), fino alla iniezione intracitoplasmatica di spermatozoi (ICSI) che è un vero e proprio intervento chirurgico.

<sup>55</sup> La legge n. 40 del 2004 è stata oggetto di referendum abrogativo su buona parte dei divieti che successivamente il giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionali. Nelle votazioni del 12 e 13 giugno 2005 nessuno dei quattro quesiti raggiunse il *quorum* della maggioranza degli aventi diritto al voto e pertanto la consultazione fu invalida ai sensi dell'art.

costituzionale è intervenuta sulla legge n. 40 del 2004 in undici occasioni<sup>56</sup> ma le decisioni maggiormente rilevanti sono cinque.

La sentenza n. 151/2009 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del limite di produzione di tre embrioni e dell'obbligo del loro contestuale impianto ritenendo che tali norme contrastavano con gli articoli 3 e 32 Cost. La premessa è che nel bilanciamento «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione». «Il limite legislativo in esame finisce, quindi, per un verso, per favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito – l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro verso, determina (...) un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime (...) salvo il ricorso all'aborto». La soluzione è di riconoscere «al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»<sup>57</sup>.

Per tali ragioni la «previsione della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone, in definitiva, in contrasto con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna – ed eventualmente, come si è visto, del feto – ad esso connesso».

La sentenza n. 162/2014 ha annullato il divieto della fecondazione eterologa «in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. (...) avendo riguardo congiuntamente a tutti questi parametri, poiché la procreazione medicalmente assistita coinvolge «plurime esigenze costituzionali» e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sentenza n. 45 del 2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa tutela dell'embrione non è comunque

---

75 della Costituzione. Fra coloro che parteciparono al voto (25,5%) l'ampia maggioranza (tra il 77,4% e il 88,8%) optò per l'abrogazione delle disposizioni oggetto dei referendum.

<sup>56</sup> La Corte Costituzionale è intervenuta, oltre che sull'ammissibilità di quattro quesiti referendari su cinque (sentt. n. 45, 46, 47, 48 e 49 del 2005), in 11 occasioni nell'ambito del sindacato di costituzionalità: Ord. 369/2006 (manif. inamm.), Sent. 151/2009 (fondatezza), Ord. 97/2010 (manif. inamm.), Ord. 150/2012 (restit. atti per *jus superveniens* CEDU), Sent. 162/2014 (fondatezza), Sent. 96/2015 (fondatezza), Sent. 229/2015 (fondatezza), Ord. 54/2016 (manif. inamm.), Sent. 84/2016 (inammissibilità), Sent. 221/2019 (non fondatezza), Sent. 237/2019 (inammissibilità).

<sup>57</sup> «La giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali» In tal senso vedi anche le sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002.

assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione» (sentenza n. 151 del 2009)».

La Corte afferma che «il divieto, impedendo alla coppia (...) assolutamente sterile o infertile, di utilizzare la tecnica di PMA eterologa, è privo di adeguato fondamento costituzionale» visto che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti<sup>58</sup> sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali». Ora l'unico interesse che si contrappone ai predetti beni costituzionali è quello della persona nata dalla fecondazione eterologa, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, «sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica». Ma come osserva il giudice delle leggi è «confermata sia l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento della paternità (...) e dell'impugnazione ex art. 263 cod. civ. sia che la nascita da PMA di tipo eterologo non dà luogo all'istituzione di relazioni giuridiche parentali tra il donatore di gameti ed il nato, essendo, quindi, regolamentati i principali profili dello stato giuridico di quest'ultimo».

Nella terza decisione, la sentenza n. 96 del 2015, sono state dichiarate incostituzionali le disposizioni della legge 40 del 2004 «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili». In questo caso la Corte ha ritenuto assorbente di ogni altra censura il *vulnus* arrecato agli artt. 3 e 32 Cost. per l'«insuperabile aspetto di irragionevolezza» che impediva la diagnosi preimpianto ma consentiva di ricorrere all'aborto del feto malato e dunque costringeva la donna ad «assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute».

Collegata a tale decisione è la successiva sentenza n. 229 dello 2015 che ha annullato la disposizione legislativa contenuta nella legge n. 40 «nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili».

Infine va segnalata la sentenza n. 221 del 2019 che ha dichiarato la non fondatezza in ordine al divieto di accesso alla PMA da parte di coppie dello stesso sesso poiché «la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce *in subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata. Di certo, non può considerarsi irrazionale e ingiustificata, in termini generali, la preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato».

---

<sup>58</sup> Cfr. la sentenza n. 161 del 1985 della Corte costituzionale.

Tali decisioni, pur non evocando direttamente l'art. 13 della Costituzione, attengono allo spazio di libertà "organica" e di libertà "relazionale" che in senso lato sono ricomprese nella libertà personale. Nel caso della PMA il ricorso a tecniche mediche e la tutela della salute dell'embrione e del nascituro giocano un ruolo centrale ed è questa la ragione per la quale, fra i parametri costituzionali utilizzati dal giudice delle leggi, spicca l'art. 32 Cost. unitamente all'art. 3 Cost. che esprime i principi di ragionevolezza e di non contraddizione, ai quali il legislatore è tenuto a conformarsi nell'esercizio della discrezionalità normativa. Non v'è dubbio però che la fecondazione naturale e la fecondazione medicalmente assistita in particolare rientrano anche nella più generale libertà di disporre del proprio corpo con il solo limite di non nuocere ad altri: l'opera demolitoria della legge n. 40 del 2004 ad opera del sindacato di costituzionalità, oltre a censurare alcune palesi illogicità del testo normativo, ha indubbiamente ampliato la sfera di autodeterminazione fisica delle coppie annullando ogni limite che non fosse giustificato dalla necessità di tutelare la vita umana in formazione.

L'analisi dei diversi aspetti nei quali può manifestarsi il principio di libertà riconosciuto dal primo comma dell'art. 13 della Costituzione ("Non può essere limitato in alcun modo il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri") conferma che esso ricomprende intere categorie esistenziali alcune delle quali trovano una disciplina *concorrente ma conforme* in altre disposizioni costituzionali. La sovrapposizione fra art. 13, primo comma e gli altri precetti normativi (art. 14, 15, 16, 18, 21, 32, 33 Cost.) infatti *non* comporta una deroga alla libertà personale ma costruisce un sistema normativo delle libertà armonico e complementare, nel quale il principio generale che si applica alla fattispecie generale viene specificato e adattato alle fattispecie speciali.

In conclusione, sottraendo – in base al principio di specialità – dal concetto astratto di libertà personale (LP) le fattispecie tutelate in via esclusiva o concorrente da altre disposizioni costituzionali (LX), abbiamo definito il concetto positivo di libertà personale (L13). L'individuazione dei confini e della sovrapposizione fra libertà del corpo e altri diritti costituzionali ci consente di procedere alla fase successiva.

### **7.3. Le fattispecie ad "inviolabilità relativa" (IR): libertà in senso formale ovvero aspetto *passivo* del divieto di interferenze derogabile in ipotesi tassative ex art. 13, comma 2 e 3 della Costituzione**

A questo punto è possibile distinguere, all'interno dell'Insieme L13, due sottoinsiemi: le fattispecie di libertà personale assolutamente inviolabili ex primo comma art. 13 Cost. (insieme IA) e quelle limitabili sulla base del secondo e del terzo comma dell'art. 13 Cost. (insieme IR). Quest'ultime sono fattispecie ad

“inviolabilità relativa” perché il divieto di violabilità posto dal primo comma è passibile di deroga *nei casi* e con le forme stabilite nei commi successivi.

IR e AR sono insiemi “disgiunti” cioè che non hanno fattispecie in comune<sup>59</sup> ed “esaustivi” perché la somma delle loro fattispecie è uguale a L13 senza residui<sup>60</sup>: si tratta dunque di insiemi “complementari”<sup>61</sup>.

Procedendo alla ricostruzione delle fattispecie ad “inviolabilità relativa” partiamo dal dogma: «*Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.*

*In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto»* (art. 13, secondo e terzo comma Cost.).

Come è nelle premesse, l'oggetto di questa analisi non è la libertà dagli arresti e dalle perquisizioni – ampiamente approfondita dalla giurisprudenza e dalla dottrina costituzionalistica, penalistica e processualpenalistica – per cui ci limiteremo alle considerazioni necessarie per individuare il confine tra IR e IA.

Il secondo comma dell'art. 13 contiene il procedimento “ordinario” di limitazione della libertà personale incentrato sul meccanismo della doppia riserva di legge e di giurisdizione. Invece il terzo comma dell'art. 13 prevede il procedimento “straordinario” di limitazione, il quale è dunque derogatorio di quello ordinario (la riserva di giurisdizione è posticipata nel tempo rispetto all'atto restrittivo) e presuppone il verificarsi di un fatto emergenziale («*In casi eccezionali di necessità ed urgenza*»<sup>62</sup>).

Per il profilo che ci interessa è sufficiente concentrarci sul secondo comma ove sono individuati in modo stringente i tre atti limitativi consentiti («*detenzione*», «*ispezione*», «*perquisizione personale*») ma ai quali di aggiunge una formula residuale piuttosto generica che deve essere interpretata per via sistematica:

---

<sup>59</sup> Due insiemi si dicono “disgiunti” quando la loro intersezione è vuota:  $IR \cap IA = 0$ . Un esempio è rappresentato dai numeri pari (insieme P) e dai numeri dispari (insieme D): qualunque numero (x) appartiene a uno e uno solo dei due insiemi e non all'altro.

<sup>60</sup> Per sottoinsiemi “esaustivi” si intende che la loro unione è uguale all'insieme maggiore senza residui (insieme delle parti):  $IR \cup IA = L13$ . Come esempio vale sempre quello della nota precedente visto che l'unione di P e di D è uguale all'insieme dei numeri interi (Z). Non esiste infatti alcun numero naturale che non sia pari oppure dispari (per chi avesse dubbi lo zero è un numero pari e dunque appartiene a P).

<sup>61</sup> All'interno di un insieme ambiente U, preso un qualunque insieme  $A \subset U$  (“A ricompreso in U”), si definisce “complementare” di A rispetto a U quell'insieme  $B \subset U$  che ha per elementi tutti e soli gli elementi di U che non sono elementi di A. Gli insiemi fra loro complementari sono sia disgiunti che esaustivi.

<sup>62</sup> La natura straordinaria del procedimento emerge, tra l'altro, dall'utilizzazione di una espressione letteralmente quasi coincidente a quella contenuta nella disposizione sulla decretazione di urgenza: «*In casi straordinari di necessità e d'urgenza...*» (art. 77 Cost.).

«qualsiasi altra restrizione della libertà personale». E' evidente che sulla base della mera lettera sarebbe possibile ritenere che la formula residuale consenta ogni tipo di limitazione della libertà personale anche di natura e per finalità radicalmente diverse dalle tre puntualmente indicate nella medesima disposizione. Vi si potrebbero far rientrare atti coercitivi inumani ma di cui la storia, anche recente, ci offre un'ampia e raccapricciante antologia, come la mutilazione, l'espianto di organi, la castrazione, lo stupro punitivo, la gogna, i lavori forzati, la tortura, gli esperimenti medici, i tatuaggi identificativi, l'alimentazione forzosa, il digiuno, l'impianto di dispositivi nel corpo e molto altro.

In sede ermeneutica non è consentito espungere un significato, possibile sul piano dell'analisi letterale, per il solo fatto che collida con le nostre convinzioni etiche, religiose o politiche ma occorre procedere razionalmente seguendo l'algoritmo interpretativo formalizzato nell'art. 12 delle Preleggi. Pertanto dobbiamo selezionare i risultati dell'interpretazione letterale sulla base del criterio della *ratio legis* (l'intenzione *oggettiva* del legislatore) e ovviamente attraverso l'interpretazione sistematica (il richiamo ad altre disposizioni alla prima logicamente connesse).

I riferimenti sistematici sono rappresentati dall'art. 2 Cost. («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo»), dall'art. 3, primo comma Cost. («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale») e più specificamente dal quarto comma dello stesso articolo 13 della Costituzione secondo cui «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» e dal terzo comma dell'art 27 («Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità»).

Il combinato disposto di questi precetti – è noto – significa che la persona, pur limitabile nelle libertà positive, non è oggetto di alcuna “degradazione” ma mantiene la piena dignità sociale e la titolarità di tutte le posizioni giuridiche attive che le sono riconosciute dall'ordinamento. Risultano quindi pienamente convincenti la dottrina prevalente e la giurisprudenza che interpretano in modo restrittivo l'espressione residuale («qualsiasi altra restrizione della libertà personale») come restrizioni ontologicamente omogenee alle tre indicate espressamente («detenzione», «ispezione», «perquisizione personale») <sup>63</sup>.

Più esattamente si devono intendere “restrizioni” che siano “altre” e cioè diverse dalle tre espresse ma comunque omogenee ad esse per le *finalità* (repressione dei reati e prevenzione) e soprattutto *non eccedenti per natura e misura* rispetto ad esse: in base al criterio logico per cui “il più comprende il meno” vi rientrano la detenzione domiciliare, la detenzione in struttura terapeutica, l'internamento psichiatrico, il braccialeto

---

<sup>63</sup> Cfr. VEZIO CRISAFULLI e LIVIO PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pag. 81; SERIO GALEOTTI, *Libertà personale*, Milano, 1953, pag.10; LEOPOLDO ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, pag. 33; MASSIMO LUIGI FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, Archivio Penale, 2012, fascicolo 2, pag. 595; problematicamente vedi MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976, pag. 1048-1049 e ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pagg. 179-180; *contra* vedi AUGUSTO BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 52 e ss.

elettronico, le misure di sicurezza. Sono invece escluse misure come i lavori forzati, i tatuaggi identificativi, l'impianto di dispositivi all'interno del corpo, interventi medici coattivi e, in generale, ogni misura più invasiva e afflittiva della detenzione e della perquisizione.

Infine, applicando tale interpretazione («*altre restrizioni omogenee per finalità e non eccedenti per natura e misura*»), occorre ben chiarire la funzione delle due riserve di legge contenute nel secondo e nel terzo comma dell'art. 13 della Costituzione.

La riserva del secondo comma («*nei soli casi e modi previsti dalla legge*») rimette alla discrezionalità legislativa solo la scelta su quali fattispecie consentono le limitazioni già tipizzate dallo stesso art. 13 (ad esempio, è possibile la detenzione in caso di omicidio volontario e non in caso di eccesso di velocità alla guida di autoveicoli) e sulle modalità di applicazione ed esecuzione delle limitazioni tipizzate (ad esempio, la misura cautelare in carcere deve essere chiesta dal Pubblico ministero e non può essere applicata d'ufficio dal giudice nonchè la richiesta deve contenere anche gli elementi a favore dell'imputato<sup>64</sup>).

La diversa riserva del terzo comma invece («*In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge*») ha ad oggetto solo la definizione delle ipotesi che consentono di derogare al previo atto motivato dell'autorità giudiziaria consentendo le limitazioni tipizzate e rimettendo ad una successiva convalida il rispetto della riserva di giurisdizione (ad esempio è possibile l'arresto da parte degli agenti di polizia in caso di flagranza per un delitto non colposo per il quale è prevista una pena superiore a tre anni di reclusione<sup>65</sup>).

Pertanto, sulla base di quanto si è appena detto sull'interpretazione della formula residuale, le riserve del secondo e terzo comma non consentono al legislatore di introdurre nuove forme di limitazione della libertà personale che siano eccedenti per natura e misura rispetto alle tre tipizzate («*detenzione*», «*ispezione*», «*perquisizione personale*»)<sup>66</sup> o che perseguano finalità diverse rispetto a quelle tassativamente individuate dal costituente

---

<sup>64</sup> Art. 291 c.p.p.: «Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti, e comunque conferiti nell'archivio di cui all'articolo 269, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate».

<sup>65</sup> Art. 381 c.p.p.: «Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di arrestare chiunque è colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni ovvero di un delitto colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.»

<sup>66</sup> Cfr. VEZIO CRISAFULLI e LIVIO PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pag. 81; SERIO GALEOTTI, *Libertà personale*, Milano, 1953, pag.10; LEOPOLDO ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, pag. 33; MASSIMO LUIGI FERRANTE, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, Archivio Penale, 2012, fascicolo 2, pag. 595; problematicamente vedi MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976, pag. 1048-1049 e ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pagg. 179-180; *contra* vedi AUGUSTO BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, pag. 52 e ss.

In conclusione, all'interno della tutela della libertà personale, le uniche fattispecie limitative consentite sono quelle indicate dal secondo comma dell'art. 13 Cost e cioè «*detenzione*», «*ispezione*», «*perquisizione personale*» e «*altre restrizioni omogenee per finalità e non eccedenti per natura e misura*». Al di fuori di tale *numerus clausus*, che incide sulla libertà di movimento in senso stretto e sulla libertà dal contatto, non è possibile alcuna limitazione o restrizione della libertà personale perché si applica il non derogabile e residuale divieto di violabilità fissato dal primo comma dell'art. 13 della Costituzione.

#### **7.4. Le fattispecie ad “inviolabilità assoluta” (IA): libertà in senso sostanziale ovvero aspetto attivo del divieto di interferenza inderogabile ex art. 13, primo comma**

Chiarito sul piano dei principi normativi che esiste un ambito di assoluta inviolabilità della libertà personale resta da definirne il contenuto e quindi analizzare le fattispecie di esercizio della libertà del corpo che appartengono a tale insieme IA.

Poiché IR e IA, in quanto sottoinsiemi di L13, sono fra loro “complementari” (disgiunti ed esaustivi), una volta individuate le fattispecie ad inviolabilità relativa (IR), da L13 si sottrae IR e quello che resta sono le fattispecie ad inviolabilità assoluta ex primo comma dell'art. 13 della Costituzione (IA).

La norma assolutamente inderogabile estratta dal primo comma (“*Non può essere limitato in alcun modo il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri?*”) ricomprende nella garanzia tutte le forme di esercizio della libertà personale che non rientrano nella libertà dagli arresti e dalle perquisizioni. E' il momento di analizzare quali siano le fattispecie ricomprese in tale insieme residuale IA, che rappresenta il nucleo duro della libertà del corpo, all'interno delle quattro categorie esistenziali già esaminate.

La “*libertà organica*” (rapporto fra l'individuo e il proprio corpo) è la categoria che contiene la gran parte delle fattispecie ad inviolabilità assoluta ed in particolare il potere di disporre del proprio corpo in materia di: alimentazione, riposo, assunzione di sostanze, modificazioni corporee, gravidanza, donazione di organi e tessuti, attività sportiva, terapie sanitarie, fine vita, libertà morale. Si è visto che la concorrente disciplina posta dall'art. 32 Cost. in materia di salute è complementare e non derogatoria rispetto al principio di inviolabilità del corpo dell'art. 13, primo comma.

In alcun modo sarebbe dunque legittimo *impedire o costringere* un individuo a ingurgitare cibi o liquidi, seguire un digiuno, dormire o restare sveglio, assumere farmaci o integratori, subire tatuaggi o depilazioni, donare organi o tessuti, svolgere attività fisica, subire interventi chirurgici o trattamenti sanitari, effettuare l'eutanasia in caso di malattia o alterarne la capacità di intendere e volere attraverso sostanze psicoattive, violenza o minaccia.

Rispetto alla “*libertà spaziale*” (rapporto fra l'individuo e lo spazio) abbiamo visto che limitazioni per categorie di soggetti sono possibili ex art. 16 Cost. per ragioni di sanità e di sicurezza mentre la libertà di



movimento e soggiorno può essere limitata per il singolo attraverso i provvedimenti giurisdizionali di tipo penale (condanne per reati e misure cautelari) e para-penale (misure di sicurezza) fondati sul secondo e terzo comma dell'art. 13 Cost.

L'unico ambito di inviolabilità assoluta che residua è rappresentato dalle restrizioni della libertà spaziale "eccedenti per natura e misura" il limite massimo rappresentato dalla detenzione e dall'arresto. Pertanto non sarebbe in alcun modo legittimo *impedire o costringere* un individuo a subire dispositivi costrittivi e supplizi come la gogna, la mordacchia, la legatura punitiva, la restrizione in gabbie o spazi inumani.

Quanto alla "*libertà ambientale*" (rapporto fra individuo e mondo reale) si è visto che riguarda fattispecie totalmente assorbite da altre disposizioni costituzionali mentre per l'ultima categoria, la "*libertà relazionale*" (rapporto fra l'individuo e gli altri) rimangono nel campo di applicazione e di garanzia del primo comma dell'art. 13 alcune rilevanti fattispecie. Sarebbe infatti illegittimo *impedire o costringere* un individuo a svolgere attività sessuale di qualunque natura, esercitare la prostituzione, riprodursi in modo naturale o medicalmente assistito, vivere in schiavitù.

L'antologia di fattispecie assolutamente inviolabili appena ricapitolata trova puntuale conferma in quella parte del codice penale che punisce i "Delitti contro la persona" e, in particolare, i "Delitti contro la libertà individuale"<sup>67</sup>. Nella Sezione I ("Dei delitti contro la personalità individuale") vi rientrano: art. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), art. 600 *bis* (Prostituzione minorile), art. 600 *ter* (Pornografia minorile), art. 600 *octies* (Impiego di minori nell'accattonaggio), art. 601 (Tratta di persone), art. 601 *bis* (Traffico di organi prelevati da persona vivente), art. 602 (Acquisto e alienazione di schiavi), art. 603 *bis* (Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro)

Nella Sezione II ("Dei delitti contro la libertà personale") si trovano: art. 605 (Sequestro di persona), art. 606 (Arresto illegale), art. 607 (Indebita limitazione di libertà personale), art. 608 (Abuso di autorità contro arrestati o detenuti), art. 609 (Perquisizione e ispezione personali arbitrarie) e l'art. 609 *bis* (Violenza sessuale).

Infine alla Sezione III ("Dei delitti contro la libertà morale") appartengono l'art. 610 (Violenza privata), l'art. 611 (Violenza o minaccia per costringere a commettere un reato), l'art. 612 (Minaccia), l'art. 612 *bis* (Atti persecutori), l'art. 612 *ter* (Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti), l'art. 613 (Stato di incapacità procurato mediante violenza), l'art. 613 *bis* (Tortura) e l'art. 613 *ter* (Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura).

---

<sup>67</sup> Cfr. il Capo III posto nel Titolo XII nel Libro secondo "Dei delitti in particolare" del vigente codice penale.

### 7.5. L'incostituzionalità dell'art. 5 del codice civile sul divieto di atti dispositivi del proprio corpo

Da ultimo resta da esaminare una questione che nasce dalla perdurante vigenza dell'art. 5 del codice civile secondo cui: *«Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buoncostume»*.

Si tratta di una disposizione di rango primario entrata in vigore nel 1942 che dunque, in caso di antinomia, viene abrogata o derogata da ogni fonte primaria successiva nonché invalidata da qualunque fonte costituzionale (la quale, essendo necessariamente successiva, potrebbe privarla di efficacia anche sul piano abrogativo<sup>68</sup>).

Passando all'interpretazione della disposizione essa utilizza il modo deontico del “divieto” che ha ad oggetto, come fattispecie astratta, “gli atti volontari attraverso cui il singolo dispone della propria integrità fisica”. La norma pertanto incide sulla “*libertà organica*” (rapporto fra l'individuo e il proprio corpo) e, ad esempio, sulla donazione di organi e tessuti, sulle modificazioni corporee e sugli interventi chirurgici per il cambio di sesso.

Il divieto è condizionato al sussistere di una delle quattro condizioni: 1) *«quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica»*, *«quando siano contrari alla legge»*, *«quando siano contrari all'ordine pubblico»* oppure *«quando siano contrari al buoncostume»*. Ciascuna di queste condizioni è sufficiente e non necessaria (condizioni disgiuntive).

Già dall'interpretazione letterale emerge l'antinomia fra tali ampi divieti e la disciplina costituzionale che, all'art. 13, garantisce l'inviolabilità della libertà del corpo (*«Non può essere limitato in alcun modo il potere di disporre del proprio corpo senza nuocere ad altri?»*) e, all'art. 32, vieta alla legge di *«violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*.

In particolare la *«diminuzione permanente della integrità fisica»* rappresenta un limite (divieto) costituzionalmente non previsto ma espressamente vietato dall'art. 13 che consente (permesso) di diminuire anche “in modo permanente” la propria integrità fisica, ad esempio, donando un organo, attraverso la chirurgia per il cambio di sesso, attraverso la chirurgia preventiva di neoplasie oppure attraverso le modificazioni corporee. Visto che divieto e permesso hanno lo stesso oggetto sorge la irriducibile antinomia fra norma primaria e norma costituzionale.

---

<sup>68</sup> Sulla capacità della norma costituzionale di abrogare le fonti primarie precostituzionali vedi la nota sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale: *«Non occorre poi fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell'art. 15 delle Disp. prel. al Cod. civ. I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge»*.

La seconda condizione che attiva il divieto codicistico (*«quando siano contrari alla legge»*), da un lato, è inutile perché il rinvio operato da una fonte primaria in favore di un'altra fonte primaria non è in grado di costituire una riserva di legge (che solo una fonte superiore può validamente creare) e dunque è privo di qualunque effetto normativo. Dall'altro lato, dopo il 1948, la condizione è viziata da incostituzionalità sopravvenuta visto che attribuisce alla legge il potere di limitare la libertà dichiarata inviolabile dall'art. 13 della Costituzione.

La terza e la quarta condizione (*«quando siano contrari all'ordine pubblico o al buoncostume»*) condizionano il potere di disporre della propria integrità corporea alla conformità a due concetti indeterminati. Sul piano formale vale quanto detto sopra e cioè che si tratta di limiti costituzionalmente non previsti per la libertà personale e dunque espressamente vietati dall'art. 13, primo comma della Costituzione. Abbiamo visto che l'architettura normativa dello Stato liberale è caratterizzata dall'esistenza di un *sistema di norme che vietano di vietare* e dunque perimetrano e presidiano lo spazio garantito di libertà: sul piano strutturale la norma permissiva è generale mentre i divieti sono speciali e tassativi. L'effetto è proprio quello di impedire alla legge di introdurre nuovi limiti ai diritti di libertà, siano essi specifici o addirittura generici come quelli evocati dai termini di "ordine pubblico" e di "buon costume". Per tali ragioni sussiste una radicale antinomia fra fonte costituzionale e fonte legislativa e, in base al criterio gerarchico, l'effetto è l'invalidità dell'art. 5 del codice civile.

Sul piano semantico, per quanto non necessario, vale la pena aggiungere che fino al 1948 il concetto di ordine pubblico c.d. "*costituzionale*" evocava il sistema di principi dell'ordinamento giuridico che costituiscono il fondamento *etico* dello Stato e che si ricavano per implicito dal sistema legislativo. Con l'entrata in vigore della Carta repubblicana questo sistema di principi è divenuto materia costituzionale esclusiva e corrisponde al concetto di "forma di Stato" così come è posta dalla fonte superprimaria e non dalla legislazione ordinaria (che alla prima deve invece conformarsi).

Non è casuale dunque che il termine "ordine pubblico" sia estraneo al testo della Costituzione del 1948 e ciò deriva dalla aperta diffidenza che i deputati costituenti nutrivano per la nozione: «è una di quelle formule che, pur essendo consuetudinaria in alcune Costituzioni – per quanto non si trovi nelle Costituzioni dei più grandi paesi democratici – appare estremamente pericolosa e direi ricca di tentazioni per chi ha il potere e può servirsene per i suoi scopi particolari, [...] proprio perché formula generica e insidiosa»<sup>69</sup>. Pericolosità che deriva proprio dall'indeterminatezza del suo contenuto: «è un criterio troppo evanescente e troppo spesso preso a pretesto da funzionari di polizia [...], dunque troppo soggettivo, troppo elastico e troppo facilmente invocabile»<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Come ebbe a dichiarare l'on. Binni, nella seduta dell'Assemblea costituente del 12 aprile 1947.

<sup>70</sup> Le parole sono dell'on. Nobili Tito Oro nella seduta dell'Assemblea costituente del 12 aprile 1947.

Ciò che rimane dopo il 1948 nel diritto pubblico<sup>71</sup> è il concetto di “ordine pubblico *materiale*” inteso come “sicurezza pubblica” cioè «il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l’ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni»<sup>72</sup>. Ed è in questa ristretta accezione che il termine di “ordine pubblico” è stato inserito nell’art. 117 della Costituzione nel 2001<sup>73</sup> per definire le competenze legislative statali<sup>74</sup>.

Passando all’espressione di “buon costume” essa non è estranea al testo costituzionale ma viene espressamente citata nell’art. 19 (come limite per «*i riti religiosi*») e nell’art. 21 (come limite della manifestazione del pensiero proibendo «*le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume*»). Il concetto, pur indeterminato, risulta meno generico di quello di “ordine pubblico”.

La Corte costituzionale, fin dalla sentenza n. 9 del 1965, ha ristretto il significato escludendo che il buon costume possa coincidere con la “morale” o con la “coscienza etica” ma, dall’altra parte, ha affermato che esso ricomprende ma non si esaurisce nel solo “pudore sessuale”: «risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell’ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume, al mal costume e, come è stato anche detto, può comportare la perversione dei costumi, il prevalere, cioè, di regole e di comportamenti contrari ed opposti»<sup>75</sup>.

Anche nelle successive decisioni la Corte costituzionale non fornisce una definizione stringente del buon costume che comunque rimane una nozione condizionata dall’evoluzione (e involuzione) dei “costumi

---

<sup>71</sup> Il concetto di “ordine pubblico” comunque mantiene una sua rilevanza in ambito civilistico come limite all’autonomia contrattuale (art. 1343 c.c.) e, nel diritto privato internazionale, come limite all’applicazione di leggi o di sentenze straniere nel nostro ordinamento (artt. 16 e 46, lett. g, della legge n.218 del 1995).

<sup>72</sup> Questa è la, relativamente recente, definizione normativa posta, in ambito amministrativo, dall’art. 159, secondo comma del D.Lgs. n. 112 del 1998 avente ad oggetto il “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59”.

<sup>73</sup> Dall’art. 3 della legge costituzionale n. 3 del 2001 avente ad oggetto “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”.

<sup>74</sup> In particolare l’art. 117, secondo comma stabilisce che «Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie», tra le quali alla lettera h) è indicato «ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale».

<sup>75</sup> In questa sentenza n. 9 del 1965 la Corte costituzionale rigetta la questione relativa alla legittimità dell’art. 553 del codice penale che puniva «Chiunque pubblicamente incita a pratiche contro la procreazione o fa propaganda a favore di esse» e dell’art. 112 T.U.L.P.S. che vietava di diffondere scritti o disegni che divulgassero, «anche in modo indiretto o simulato o sotto pretesto terapeutico o scientifico, i mezzi rivolti a impedire la procreazione o a procurare l’aborto». L’argomentazione si incentra sulla interpretazione restrittiva delle norme oggetto e sulla possibilità di ricondurne la *ratio* al divieto costituzionale delle manifestazioni contrarie al buon costume. Successivamente – visto anche il perdurare di una interpretazione giudiziaria difforme da quella fatta propria dal giudice delle leggi – con la sentenza n. 49 del 1971, la Corte tornerà sui propri passi dichiarando l’incostituzionalità dell’art. 553 c.p. per contrasto con l’art. 21 della Costituzione.

sociali”. Così l’effettiva portata del termine è rimessa al giudice ma solo nelle materie in cui esso rappresenta un limite previsto dalla Costituzione e cioè la libertà dei riti religiosi e la libertà di manifestare il pensiero: di tratta in entrambi i casi di “libertà relazionali” nelle quali la condotta individuale (celebrazione di un rito pubblico e rappresentazione di uno spettacolo al pubblico) incide direttamente sulla sfera di altri soggetti. Invece il divieto di disporre del proprio corpo per contrarietà al buon costume – oltre all’argomento formale di per se sufficiente a determinare l’invalidità – permetterebbe l’interferenza di soggetti estranei nella decisione individuale di modificare la propria consistenza corporea e dunque negherebbe *in principio* l’inviolabile diritto che l’art. 13 primo comma riconosce a ciascuno.

In conclusione l’art. 5 del codice civile – la cui *ratio* affonda le radici in un panorama culturale e politico obsoleto<sup>76</sup> – disciplina la materia della libertà personale che dal 1° gennaio 1948 è divenuta materia costituzionale esclusiva: non residua dunque alcuna possibilità per il legislatore ordinario<sup>77</sup> di introdurre limiti all’esercizio della libertà “inviolabile” e alla facoltà individuale di decidere della propria integrità fisica (diritto “disponibile”<sup>78</sup>).

Le uniche limitazioni al potere di disporre della propria integrità fisica che la Costituzione consente sono quelle che attengono alla verifica della capacità di intendere e di volere del titolare e quelle che tutelano il «rispetto della persona umana». Tale ultimo criterio va però inteso in modo rigoroso e armonico con la *ratio* del primo comma dell’articolo 13 ovvero garantire che il singolo sia l’unico *dominus* dello spazio di libertà inviolabile che gli è garantito. Non è pertanto possibile far rientrare, per tale via (“dalla finestra”), interferenze esterne che la legge fondamentale ha radicalmente estromesso (“dalla porta”).

E’ invece ragionevole e conforme all’interpretazione sistematica della disposizione vietare gli atti di disposizione della propria integrità fisica “a titolo oneroso”. Infatti consentire al singolo di vendere e fare mercimonio di organi e tessuti pregiudicherebbe in modo grave il «rispetto della persona umana». Oltre al riferimento speciale del citato art. 32, secondo comma Cost., è rilevante lo stesso art. 3, secondo comma

---

<sup>76</sup> «L’art. 5 del c.c. risolve il problema della liceità degli atti di disposizione del proprio corpo. Ispirandosi ad imprescindibili esigenze di carattere morale e sociale, il nuovo codice vieta tali atti non solo quando siano contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume, ma anche quando cagionano una diminuzione permanente dell’integrità fisica» (Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942).

<sup>77</sup> Si è già spiegata la portata delle riserve di legge del secondo e terzo comma le quali rimettono al legislatore solo «casi e modi» di «detenzione», «ispezione», «sperquisizione personale» e «casi eccezionali di necessità ed urgenza» in cui è possibile posticipare la riserva di giurisdizione. Non gli consentono invece di introdurre limitazioni maggiori alla libertà personale né di privare il titolare del potere di decidere del proprio corpo.

<sup>78</sup> Invece, secondo la concezione tradizionale della dottrina civilistica, il diritto all’integrità fisica sarebbe un diritto al godimento del proprio organismo nella sua interezza e sanità naturale. Si tratterebbe di un diritto assoluto, irrinunciabile ed indisponibile. C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, volume 1, *La norma giuridica - i soggetti*, Milano, 1984, pagg. 161-163, pur premettendo che «questo divieto deve ora essere interpretato in conformità al generale principio costituzionale che riconosce i diritti dell’uomo e, insieme, i doveri fondamentali di solidarietà sociale» non sottopone l’art. 5 ad alcuna verifica di costituzionalità e conferma l’opinione che «il diritto all’integrità fisica è un diritto irrinunciabile e, in linea di massima, indisponibile, salvo che gli atti di disposizione appaiano compatibili con la salvaguardia della dignità umana».

della Costituzione – la disposizione cardine dello “Stato sociale” – che impegna la Repubblica a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

Del resto nel “diritto vivente” la disposizione dell’art. 5 del codice civile del 1942 subisce “deroghe” così ampie e profonde da disgregarne il significato normativo complessivo. Oltre alla donazione del sangue,<sup>79</sup> di midollo osseo, cellule staminali e cordone ombelicale<sup>80</sup> che non comportano una «menomazione permanente», la legge n. 458 del 1967 consente il trapianto del *rene* tra persone viventi, la legge n. 483 del 1999 consente di disporre a titolo gratuito di parti di *fegato* al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi e, in base alla legge n. 167 del 2012, «in deroga al divieto di cui all’articolo 5 del codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di *polmone, pancreas e intestino* al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi».

È consentita, in base alla legge n. 164 del 1982, la modificazione dei *caratteri sessuali* e la conseguente rettificazione di attribuzione del sesso. La Corte costituzionale è intervenuta su questa legge rigettando le questioni fondate sull’asserita violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione. In particolare nella sentenza n. 161 del 1985 si legge che «Anche a tacere del rilievo che il principio dell’indisponibilità del proprio corpo è salvaguardato, nella legge in esame, dalla necessità del previo intervento autorizzatorio del Tribunale (...), resta comunque che, per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti. La natura terapeutica che la scienza assegna all’intervento chirurgico - e che la legge riconosce - nella fattispecie considerata ne esclude l’illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a tutela della persona umana e della sua salute “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività” non offendono per certo i parametri costituzionali invocati»<sup>81</sup>.

La persona ha, poi, il diritto di disporre del proprio corpo *post mortem* in ordine, sia al trattamento da riservare ad esso (sepoltura, cremazione, dispersione delle ceneri)<sup>82</sup>, sia alla destinazione al trapianto di determinati organi: in base alla legge n. 91 del 1999 i singoli «sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte» e «la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione».

---

<sup>79</sup> Cfr. la legge n. 592 del 1967 e la legge n. 219 del 2005, il cui art. 4 vieta che la donazione possa costituire oggetto di alienazione («Il sangue umano non è fonte di profitto»).

<sup>80</sup> Cfr. la legge n. 107 del 1990 poi sostituita dalla legge n. 219 del 2005.

<sup>81</sup> Dalla lettura della motivazione in diritto della sentenza n. 161 del 1985 emerge che la Corte sembra considerare vigente l’art. 5 del codice civile, il quale però sarebbe derogabile tutte le volte che gli atti dispositivi, pur permanenti, siano rivolti alla tutela della salute, anche psichica, del soggetto interessato.

<sup>82</sup> Cfr. la legge n. 130 del 2001.

Infine, come si è visto a proposito della sentenza n. 242/2019 (c.d Cappato), è riconosciuto alla persona l'insindacabile potere di disporre del proprio corpo per liberarsi da «sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili».

### **7.6. Le fattispecie non tutelate dall'art. 13: le limitazioni “non degradanti” ovvero il confine esterno della libertà personale e l'art. 23 della Costituzione**

Per concludere il percorso ermeneutico intrapreso resta da precisare il confine esterno dell'insieme L13 con particolare riferimento a quelle fattispecie che, pur attenendo in senso lato alla libertà personale (LP), non rientrano nella tutela dell'art. 13 della Costituzione<sup>83</sup>.

In proposito è rilevante la distinzione già richiamata tra limitazioni “degradanti” e limitazioni “non degradanti” e quella giurisprudenza del giudice delle leggi secondo cui la tutela dell'art. 13 «non comprende ogni violazione o limitazione della libertà personale, cui può essere sottoposto in vario modo il cittadino nello svolgimento della sua attività, ma soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come autonomia e disponibilità della propria persona»<sup>84</sup>.

In questa decisione, avente ad oggetto la legittimità della “visita fiscale” nei confronti del lavoratore (art. 5, secondo comma della legge n. 300/1970), si esclude la violazione del criterio gerarchico poiché la legge «non comporta, come si è visto, *alcuna coercizione fisica sulla persona, nessuna degradazione giuridica del lavoratore, nessuna menomazione della libertà morale implicante un assoggettamento totale della persona al potere altrui*, ma è diretto soltanto a regolare le modalità con cui deve svolgersi l'accertamento chiesto dal datore di lavoro dell'infermità affermata dal lavoratore nell'ambito della procedura prevista per il controllo delle assenze». Occorre dunque distinguere fra limitazioni “coercitive” e limitazioni “obbligatorie”: le prime incidono *direttamente* sulla disponibilità del corpo perché interrompono nel soggetto il collegamento fra pensiero e azione attraverso una *vis physica* (violenza) o una *vis psychica* (minaccia). Invece le limitazioni obbligatorie interferiscono solo *in modo indiretto* con la libertà personale lasciando il soggetto libero di comportarsi come crede e salve le conseguenze giuridiche in caso di inadempimento dell'obbligo imposto dalla legge. Il riferimento costituzionale nel caso delle limitazioni obbligatorie è l'art. 23 Cost. secondo cui «Nessuna *prestazione personale* o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge». La disposizione, nella sua brevità, esprime una complessità normativa che non è possibile approfondire in questa sede e che riguarda

---

<sup>83</sup> Sul piano della rappresentazione logico-insiemistica si tratta di distinguere l'insieme L13 dal suo “complementare” composto dalle fattispecie tutelate da altre regole costituzionali (insieme LX).

<sup>84</sup> Cfr. Corte cost. sentenza n. 23 del 1975.

la genesi<sup>85</sup>, la natura e l'estensione della riserva di legge, i rapporti con le altre disposizioni costituzionali che garantiscono diritti di libertà<sup>86</sup> nonché il fondamento del principio cardine dello stato liberale e cioè il principio di legalità<sup>87</sup>.

Per il profilo che ci interessa la disposizione esprime un principio dotato di maggiore generalità di quello contenuto nell'art. 13 e dunque rispetto ad esso residuale: le fattispecie che non rientrano nella inviolabilità assoluta del primo comma (IA), né nella inviolabilità relativa assistita dalla doppia riserva del secondo e terzo comma (IR) trovano comunque una garanzia minima nella riserva di legge relativa dell'art. 23 della Costituzione (L23). Poiché questa natura residuale dell'art. 23 vale anche nei confronti di altri diritti di libertà è possibile considerarlo come una sorta di “norma di chiusura” del quadro costituzionale delle libertà<sup>88</sup>.

Sembrano pertanto rientrare in tale garanzia residuale forme minori di limitazione della libertà personale *in senso lato* (LP) come i rilievi segnaletici, dattiloscopici e fotografici, l'obbligo del rimpatrio, il ritiro della patente di guida, la traduzione del detenuto, la visita medica fiscale, le vaccinazioni obbligatorie, il DASPO del divieto di accesso alle manifestazioni sportive, misure dunque che possono essere applicate anche in assenza di un atto giurisdizionale motivato.

## **8. Il conflitto politico fra sovranità e libertà del corpo come chiave di volta della forma di Stato**

Il ragazzo della piazza di Tienanmen che il 5 giugno 1989 oppone all'acciaio del carrarmato l'irresistibile fragilità del suo corpo è un'immagine sublime della potenza simbolica della libertà personale. Essa evoca una dimensione essenziale per la persona umana ma facilmente vulnerabile per il monopolio della forza e continuamente esposta all'insindacabile potere del sovrano di nientificarla.

L'esame analitico delle norme espresse dall'art. 13 della Costituzione e la ricostruzione dei rapporti giuridici che esse instaurano ha mostrato l'ampiezza delle categorie esistenziali che il principio della inviolabilità del corpo illumina. E' tempo di tirare le fila del ragionamento per comprendere la potenza normativa che questa libertà assume nel sistema costituzionale e all'interno della forma di stato.

---

<sup>85</sup> La disposizione recepisce (ma non si esaurisce ne) l'art. 30 del previgente Statuto albertino secondo cui «Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re».

<sup>86</sup> Sul tema vedi ampiamente DONATELLA MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte: l'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, 2007, Milano, Giuffrè.

<sup>87</sup> Pur esistendo altri possibili riferimenti costituzionali per tale principio (artt. 24, 97, 101, 103, 113 e lo stesso 13, primo comma Cost.) non v'è dubbio che l'art. 23 Cost. – da solo – sia capace di ribaltare l'asimmetria fra autorità e libertà che caratterizzava lo stato assoluto (e che venne tragicamente riproposta negli stati totalitari del primo e del secondo dopoguerra) affermando il *divieto* per l'autorità di esercitare poteri che non siano espressamente conferiti dalla legge, mentre per il privato vale la regola residuale opposta del permesso generale.

<sup>88</sup> DONATELLA MORANA, *op.cit.*, pagg. 277 e ss.



La libertà personale, nel momento in cui viene posta, assicura a ciascuno il dominio incondizionato su quell'infinitesimale frazione di universo formata dalle uniche molecole di cui abbiamo il fisiologico controllo. Da questo stravagante connubio fra l'infinitesimale del potere e la pochezza del suo oggetto nasce la "dignità umana". Non è un caso che nella *polis* ateniese della Grecia antica il cittadino responsabile di omicidio potesse essere esiliato o giustiziato ma mai privato della libertà personale<sup>89</sup>: perché un uomo che non dispone del suo corpo non è più un uomo. Il pieno controllo – fisico e giuridico – sulla propria carne è la condizione di pensabilità della persona umana. La proclamazione della sua "inviolabilità" è il riconoscimento che il legame tra mente e corpo è "sacro" cioè costitutivo della dimensione umana.

Allo stesso tempo però il corpo di ciascuno è oggetto dei desideri degli altri che ambiscono a possederlo, controllarlo, utilizzarlo, trarne profitto e sottoporlo al proprio dominio per una varietà di fini. La storia racconta il conflitto per il potere sul corpo degli schiavi, dei vinti, delle donne, dei servi della gleba, dei soldati, dei prigionieri, dei lavoratori, dei bambini, dei feti, degli omosessuali, dei malati, dei migranti, dei dissidenti, dei devianti. La caratteristica che accomuna gli "ultimi" di ogni epoca è il fatto che il loro corpo è conquistabile da qualcuno, il quale ne può divenire padrone, negando a costoro la dignità umana.

Quando Friedrich Engels ragionava sulla condizione dei proletari e delle donne osservava che chi sfrutta i lavoratori non s'arresta finché non rimane un muscolo, un nervo, una goccia di sangue da sfruttare. Mentre lo schiavo viene venduto una volta per sempre; il proletario deve provvedere lui stesso a vendersi giorno per giorno, ora per ora: «la forma più evidente di sfruttamento è la prostituzione: questo è il modo in cui la borghesia attacca addirittura *fisicamente* il proletariato. La moderna famiglia singola è fondata sulla schiavitù domestica della donna, aperta o mascherata. La donna è sfruttata come oggetto della libidine maschile e come macchina per produrre figli»<sup>90</sup>.

Più di recente Stefano Rodotà affermava che «il corpo si trova sempre più al centro di una lotta politica dove il diritto al governo sul proprio corpo è continuamente attaccato da ingerenze statuali e mediche. Il corpo femminile è da sempre l'esempio lampante di tentativi impossessamento da parte di poteri diversi»<sup>91</sup>.

Il bene più prezioso e conteso, sia nel libero mercato borghese, sia nell'economia comunista, è il corpo di qualcuno. Ma come insegna la storia – di cui il costituzionalismo è solo lo sconsolato riflesso – il più grande pericolo per la nostra esistenza è rappresentato dallo Stato. Perché il sovrano, anche nella forma

---

<sup>89</sup> In base al codice sui reati di sangue emanato da Dracone nel 628-624 a. C. (il quale rappresenta la nascita del diritto penale) l'omicidio premeditato e quello volontario erano puniti con la morte mentre l'omicidio preterintenzionale e quello colposo con l'esilio. Pur severo nelle pene il codice rappresentava un progresso giuridico perché garantiva la certezza della pena, fino ad allora rimessa a regole consuetudinarie ed escludeva la vendetta privata.

<sup>90</sup> ENGELS FRIEDRICH, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, 1891, cap. 2 (corsivo nostro).

<sup>91</sup> STEFANO RODOTÀ, *Che cos'è il corpo?*, Sossella editore, Auditorium, 2010, p. 5.

civilizzata dello Stato costituzionale, dispone *de jure* della vita del cittadino fino all'estremo sacrificio («La difesa della Patria è *sacro* dovere del cittadino»<sup>92</sup>), si alimenta del suo lavoro («Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva»<sup>93</sup>) e pretende incondizionata fedeltà («Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi»<sup>94</sup>). Altrove si è avuto modo di argomentare come nessun fantomatico “contratto sociale” legittimi e giustifichi l'unilaterale integrazione degli esseri umani nell'ordinamento vigente nel proprio luogo e tempo<sup>95</sup>.

Ma soprattutto l'ente sovrano è materialmente composto dal corpo dei cittadini il cui insieme – “il popolo” – è letteralmente costitutivo della sua esistenza e ne rappresenta uno dei tre elementi fondamentali. Per il Leviatano il popolo non è altro da se, è una parte di se, è esattamente il *suo* corpo. Un insieme di persone irrevocabilmente sottoposte al dominio del sovrano è la condizione necessaria (pur non sufficiente) per la pensabilità dello Stato. Un'organizzazione incapace di esercitare un tale dominio sarebbe priva di “dignità statale”.

Così il potere sul corpo dell'*homo sapiens* è allo stesso tempo condizione costitutiva di due soggettività e di due dignità, quella umana e quella statale. Siamo dunque arrivati al punto di sovrapposizione e di congiunzione fra sovranità e libertà personale, fra la *grundnorm* e la regola dell'inviolabilità del corpo. In primo luogo possiamo “antropomorfizzare” lo Stato e “statalizzare” l'individuo cioè possiamo definire ciascun concetto utilizzando il lessico dell'altro:

- 1) la norma fondamentale riconosce l'illimitata “libertà” dello Stato di disporre dei propri elementi costitutivi: il corpo (il popolo), i possedimenti (il territorio), il suo stesso potere (sovranità) che può essere oggetto di concessioni, ad esempio in favore di enti sovrastatali. L'unico limite della libertà statale è la libertà di un suo simile, un altro Stato, a cui egli riconosce eguale dignità e con il quale può stringere patti vincolanti;
- 2) la norma individuale attribuisce al singolo la “sovranità” su di sé cioè il potere di darsi delle regole, di porle in esecuzione e di dirimere i conflitti interni. Questa sovranità sul lato interno è “originaria” perché il legame fra mente e corpo è fisiologico; sul lato esterno, cioè nei confronti degli altri individui, la sovranità dell'individuo significa che ciascuno si considera *superiorem non recognoscens* (“indipendenza”) e la risultante di tali pretese è l'eguaglianza fra pari.

In secondo luogo le due regole si sovrappongono perché entrambe attribuiscono un potere assoluto sulla stessa dimensione personale: il corpo dei cittadini (tutti) o il corpo dell'individuo (ciascuno). La persona

---

<sup>92</sup> Art. 52 Cost.

<sup>93</sup> Art. 53 Cost.

<sup>94</sup> Art. 54 Cost.

<sup>95</sup> GIUSEPPE MARAZZITA, *op. cit.*, pagg. 86 e ss.

sovrana ha bisogno del dominio giuridico sul popolo per dirsi Stato e assurgere alla dignità statale, la persona umana ha bisogno del dominio giuridico sul proprio corpo per vedersi riconosciuta la dignità umana. Ciò perché il diritto individuale e la potestà pubblica competono per la medesima risorsa, tutte e due le norme attribuiscono il potere – eteronomo o autonomo – di disporre del corpo umano, di controllare il fenotipo posto al vertice del regno *Animalia*<sup>96</sup>.

Il conflitto fra libertà e autorità è dunque – biologicamente – una lotta per la sopravvivenza secondo la legge universale della selezione naturale. Al di fuori del costituzionalismo non ci sono ragioni condivise ma solo visioni opposte e irriducibili; ciascuna delle quali, in assenza di mediazione razionale, conduce ad un estremo capace di negare radicalmente le ragioni dell'altra: l'anarchia o la tirannia, il caos o l'oppressione, l'individualismo inumano o l'egalitarismo normalizzante.

In questo orizzonte culturale la rivendicazione della libertà del corpo e il controllo incondizionato di ciascuno sulla propria carne non è solo l'affermazione di una dimensione esistenziale ma è – anzitutto e autenticamente – un atto *politico* perché condiziona le fondamenta del vivere in civiltà, i principi costitutivi della forma di Stato.

Non è casuale che il corpo e la rivendicazione della sua libertà siano stati storicamente utilizzati da diverse categorie di oppressi i quali, chiedendo di decidere la propria esistenza, ponevano la questione politica sulla loro legittimazione a partecipare al processo democratico, ad essere parte della *polis*. Lo slogan femminista degli anni '70 del secolo scorso, “*Il corpo è mio e lo gestisco io!*”, è la rivendicazione significativa più recente di questa inquietante libertà. La sua semantica è sovversiva perché rivendica la rivoluzione promessa nella Costituzione, perché contesta i valori dell'*ancien régime* scritti nel codice penale del 1938 e nel codice civile del 1942. I corpi delle donne e la loro scandalosa esibizione materializzavano il problema politico: il corpo umano contro il corpo statale, la concretezza della carne contro l'astrattezza della sovranità.

La decisione del legislatore sulla legittimazione autonoma o eteronoma del potere di disporre del corpo delle donne, dei detenuti, degli omosessuali, dei migranti, dei malati terminali determina in concreto l'estensione della libertà personale e della dignità umana ma contemporaneamente si riflette sulla forma di Stato cioè sulle regole fondanti della coesistenza governata dal diritto. La scelta legislativa di garantire o non garantire determinate fattispecie incide sulla «decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica»<sup>97</sup>. Questo nucleo identitario di principi costitutivi è la forma di Stato, l'arbitrario punto di

---

<sup>96</sup> Secondo la classificazione tassonomica il Dominio *Eukaryota* ricomprende cinque Regni: piante, funghi, animali, protisti e cromisti.

<sup>97</sup> CARL SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), cap.I, par. 3, (edizione italiana a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pagg. 38 ss.).



equilibrio fra i due valori che segnano e dividono la *polis*, il “decumano” della libertà del corpo e il “cardine” del potere sovrano.