

NON DIRITTI “INSAZIABILI”,
MA MICRO-DIRITTI COSTITUZIONALI
CIRCA L’USO DEL PROPRIO CORPO

SOMMARIO: 1. Enunciazione della tesi sui diritti relativi al proprio corpo. – 2. Argomentazione addotta contro la configurazione estensiva dei diritti sul proprio corpo. – 3. Rapporti fra diritti costituzionali e micro-diritti: puntualizzazione metodologica. – 4. Liberalismo e costituzionalismo quali fattori fondativi della Costituzione italiana. – 5. La libertà liberale quale valore basilare della nostra Costituzione. – 6. Antitesi fra concezione costituzionale della libertà e paternalismo. – 7. Configurazione di un generale diritto di libertà. – 8. Micro-diritti relativi all’uso del corpo quali componenti del diritto di libertà personale. – 9. Il generale diritto di libertà non è correlato all’egoismo né a concezioni libertarie.

1. *Enunciazione della tesi sui diritti relativi al proprio corpo*

Nella storia del diritto ci sono vicende che si ripetono nel tempo ed alcune di queste riguardano i diritti costituzionali. Più esattamente si verificano due fenomeni di segno contrario. Da un lato si registra una crescente configurazione di diritti costituzionalmente riconosciuti a livello legislativo, giurisprudenziale o dottrinale: si richiamano, senza soffermarsi su di esse, le analisi delle diverse “generazioni di diritti”, che si sono verificate nell’evoluzione del costituzionalismo degli ultimi secoli¹. Dall’altro lato, nella fase sia della genesi che del riconoscimento dei diritti in oggetto, sussiste una contestazione dei medesimi in sede culturale. Per richiamare un test indicativo di tale fenomeno, può ricordarsi la po-

¹ Sulla tematica delle generazioni dei diritti, di libertà, sociali, ecc. si rinvia, a titolo indicativo, all’esposizione sintetica, ma ricca di spunti e riflessioni, di J. RIVERO, *Les libertés publiques*, I, Paris 1978, 74 ss.; A.E. PEREZ LUÑO, *Le generazioni dei diritti umani*, in F. RICCOBONO (a cura di), *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, Milano 1991, 139 ss.; N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino 1997, soprattutto la introduzione ed i saggi contenuti nella prima parte del testo, 5-85.

lemica condotta da una quanto mai autorevole dottrina (francese) contro la configurazione dei diritti di una recente generazione – il diritto alla pace, il diritto all'ambiente, ecc. – in quanto espressione di una “*inflation des droits*” e denotata da diritti privi di un oggetto preciso e di soggetti verso i quali rivendicarli².

Il dibattito sui diritti di volta in volta emergenti riguarda sia la razionalità o meno del loro contenuto, sia la realizzabilità in concreto di una tutela dei medesimi, con tesi contrapposte degli apologeti e dei critici su questi aspetti problematici. Ebbene, una contrapposizione di opinioni si è verificata anche su un settore specifico di diritti costituzionali, cioè di quei diritti che riguardano l'uso del proprio corpo, ivi ricomprendendosi sia attività attinenti alla vita sessuale – sterilizzazione volontaria, comportamenti sessuali (ritenuti) eterodossi, transessualismo, ecc. – sia l'impiego di sostanze che incidano sull'essere corporeo – il caso più controverso è costituito dall'uso di sostanze stupefacenti³. Questa proliferazione di situazioni giuridiche soggettive non di ampia portata, ma attinenti ad una vasta gamma di comportamenti specifici di individui, è stata denotata, con una formula polemica di indubbia efficacia, “traffico dei diritti insaziabili”⁴. Scopo del presente scritto è cercare di ricostruire i motivi della contestazione di tali diritti, che, si anticipa, consistono nel disconoscimento del loro contenuto, e non di una possibile loro tutelabilità mediante le normali istituzioni di garanzia, e di prospettare un'apologia di tali – anche se non tutti – diritti alla luce di una motivazione teorica e di canoni di logica giuridica che li possano giustificare. L'indagine peraltro non verterà sul complesso delle situazioni giuridiche soggettive di natura costituzionale relative all'uso del corpo, su cui esiste un'ampia letteratura, con ricco materiale giurisprudenziale⁵. Lo scritto mirerà a delineare e cercare di dimostrare il fondamento costituzionale di una serie di micro-diritti – così è opportuno definirli – che si possono configurare circa la sfera corporea dell'individuo, fondamento che, come s'è accennato poc'anzi, è negato da parte della dottrina.

² V. J. RIVERO, *Les libertés*, cit., 130, il quale ha obiettato che molti dei nuovi diritti non hanno un “*objet précis*” e non sono “*opposables à des personnes individualisables*”, apparendo piuttosto come “*voeux pieux*”.

³ L'elenco della casistica non è però esaustivo.

⁴ Queste parole costituiscono il titolo di un volume collettaneo: v. L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Catanzaro 2007.

⁵ A titolo indicativo, con riferimento in particolare alla dottrina e giurisprudenza italiana, v. per tutti P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano 2007.

2. Argomentazione adottata contro la configurazione estensiva dei diritti sul proprio corpo

Cercando di ricostruire l'argomentazione addotta, non sempre in modo organico ed approfondito su tutti gli aspetti, contro la configurazione estensiva dei diritti di libertà relativi all'uso del corpo, ci sembra che si possano cogliere due motivi di fondo⁶.

A) V'è una ragione di tecnica giuridica, se ci è consentita tale terminologia. Essa è rappresentata dall'osservazione, secondo la quale sussisterebbe una propensione a considerare "ogni semplice desiderio (contingente, particolare, soggettivo) ... equivalente a un diritto"⁷, cioè a tradurre in diritto fondamentale "ogni pulsione ipersoggettiva, ogni tendenza narcisistica"⁸. Più esattamente, si può configurare una diversità di bisogni umani, con una loro scala di valore, e solo un tipo di bisogni può costituire la *ratio* di diritti fondamentali, del loro particolare riconoscimento e della tutela a livello di proclamazioni costituzionali ed internazionali. Tali diritti debbono essere correlati a "profondi e vitali bisogni"⁹, "tendenzialmente stabili nel tempo e universali nello spazio"¹⁰. I diritti relativi all'uso del corpo non corrisponderebbero, a differenza dei diritti fondamentali consolidati, a bisogni con siffatti requisiti e quindi non potrebbero godere di quel riconoscimento e di quella protezione di cui beneficiano gli altri.

B) L'argomentazione più addotta, nonché enfatizzata, è determinata da un'ideologia giuridica, pur variegata, che induce ad una lettura della Costituzione in termini di limitazione della libertà individuale, cioè in chiave antindividualistica. Si tratta di un discorso articolato, non sempre svolto con linearità logica, che ci sembra si muova su due binari diversi, anche se non sempre ben distinti¹¹. Tale argomentazione si muove in una duplice direzione.

⁶ La letteratura nella materia *de qua* è ampia. Ci limitiamo a riesumare in sintesi i principali motivi deducibili dalla citata opera collettanea: L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit.

⁷ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 137-138.

⁸ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità*, cit., 138, il quale riprende le considerazioni di S. COTTA, *Prolusione. Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Justitia*, 1977, 11 ss.

⁹ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità*, cit., 136.

¹⁰ Cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità*, cit., 138.

¹¹ Trattandosi di un discorso ampiamente e ripetutamente svolto, soprattutto nel-

Viene prospettata, in primo luogo, una motivazione, costituita dalla collocazione in un ambito sociale dell'individuo. Quest'ultimo non deve essere pensato come un'entità isolata nell'ambiente circostante, ma in "una dimensione comunitaria che lo costringa a fare i conti con l'alterità e con interessi nonostante la propria egoistica ed edonistica individualità"¹². Si è sostenuto contro quella visione soggettivistica per la quale "ci si lega solo attraverso il contratto e la radice del diritto è solo la volontà libera"¹³, visione che sarebbe alla base della configurazione dei diritti in oggetto, che "l'uomo è sì un individuo libero, ma è anche membro di una comunità: la libertà esiste per essere giocata in un sistema di relazioni nelle quali ci si lega gli uni con gli altri e si diventa comunità"¹⁴. Non ci deve essere "assolutizzazione del diritto che è corrispettiva all'assolutizzazione della soggettività umana"¹⁵, ma i diritti sono fondati sulla "appartenenza" a gruppi sociali, alla comunità con conseguente limitazione dei diritti medesimi.

In secondo luogo, viene avanzata una motivazione di natura perfezionistica. Tale motivazione può essere ben sintetizzata da una formula: "visione dignitaria dei diritti"¹⁶. Essa denota quella concezione, particolarmente diffusa nel pensiero cattolico conservatore, secondo la quale i diritti di libertà trovano un limite nella dignità dell'uomo e, si badi, del soggetto stesso che ne è titolare. Se la dignità dell'individuo costituisce un bene, che ben può fungere da limite alla libertà altrui nell'interesse del titolare della medesima, nella vicenda in oggetto tale valore viene invocato per il bene del titolare stesso e quindi contro la sua libertà¹⁷. Se-

l'ambito della cultura cattolica, è chiaro che esso è ben più ricco di quanto risulti dalla schematizzazione operata nel testo. All'impoverimento, che risulta dalla concisione dell'esposizione, il lettore potrà rimediare attraverso la lettura dei testi, che sono richiamati.

¹² Per riprendere le parole di P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 39.

¹³ Cfr. R. BUTTIGLIONE, *Virtù e torti del diritto nelle società moderne*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 111.

¹⁴ Cfr. R. BUTTIGLIONE, *Virtù*, cit., 113.

¹⁵ Sono sempre parole di R. BUTTIGLIONE, *Virtù*, cit., p. 110.

¹⁶ Questa formula si ritrova nell'intitolazione di un saggio dell'opera citata: v. M.A. GLENDON, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 59.

¹⁷ Trattasi di un indirizzo culturale noto. Comunque per una lucida ed articolata prospettazione della configurazione bivalente del bene dignità in rapporto sia ai terzi che al soggetto titolare, si rinvia, a titolo indicativo, a B. JORION, *La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et en l'étranger*, 1999, n. 1, 224 ss.

condo tale concezione c'è un'istanza di moralità che conduce a configurare la dignità come valore superiore alla libertà ed il dovere dell'individuo ad osservare certe regole di condotta ai fini di una "vita buona" (per riprendere una formula in voga in altri paesi). Da ciò la deduzione che la dignità è un vincolo intrinseco ai diritti e la stessa libertà non sarebbe veramente tale se non fosse assoggettata ai vincoli "dignitari"¹⁸.

3. *Rapporti fra diritti costituzionali e micro-diritti: puntualizzazione metodologica*

Prima di passare all'analisi critica dei motivi dianzi esposti ed alla dimostrazione della tesi seguita, premettiamo due considerazioni di fondo.

A) Riteniamo necessario sul piano metodologico verificare se diritti quali quelli in oggetto, cioè di portata circoscritta se confrontati con i diritti costituzionali conosciuti, possano ricondursi o meno ad alcuni od a qualcuno di questi ultimi. Nel diritto privato sussiste una ben precisa distinzione, anche sul piano terminologico, fra situazioni giuridiche di diversa portata. Si distinguono situazioni giuridiche soggettive, quali i diritti, dalle loro componenti, denominate facoltà, esercitabili dai titolari dei primi¹⁹. Nell'ambito costituzionalistico, tale distinzione concettuale non opera negli stessi termini, pur non potendosi escludere una operatività nelle ipotesi di immediata efficacia di norme costituzionali su rapporti giuridici, e quindi si tende ad impiegare una medesima terminologica con riferimento sia a diritti di ampio raggio, sia a situazioni giuridiche soggettive (attive) che ne costituiscano delle componenti, cioè siano riconducibili ad essi.

Tale procedimento logico è usuale, si potrebbe dire naturale, nella ricostruzione giuridica. Come avviene in tutti i rami del diritto, il che è riecheggiato anche dall'art. 12, disp. prel. c.c., nell'individuazione di una disciplina di un oggetto si procede dapprima alla riconduzione della fattispecie in esame a norme specifiche, poi, in caso di esito negativo, si provvede alla eventuale utilizzazione di norme non specifiche (o di prin-

¹⁸ C'è un passaggio significativo nella trattazione della Glendon, allorché dopo aver rilevato, con rammarico, la legittimazione, in qualche caso perfino a livello costituzionale, di divorzio, aborto, rapporti omosessuali, richiama l'"insegnamento di Platone", secondo il quale "un individuo che può dare libero sfogo ai propri appetiti ed alle proprie passioni non è libero" (cfr. M.A. GLENDON, *La visione*, cit., 73).

¹⁹ V., per tutti, G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova 2007, 191.

cipî). Anche nel nostro caso ci sembra necessario verificare se i diritti in oggetto siano inquadrabili in qualche diritto – e conseguente norma che lo preveda espressamente – di portata più ampia e solo nell'ipotesi di accertamento negativo, richiamare eventualmente altra disciplina²⁰.

B) Relativamente alla determinazione del contenuto dei diritti costituzionali codificati la ricostruzione deve essere operata, a nostro parere, seguendo due direzioni, di segno contrario, pur se non incompatibili.

Da un lato, condividiamo, di massima, la tendenza dottrinale, nonché giurisprudenziale, volta a configurare estensivamente la portata dei diritti in esame²¹. Senza poterci diffondere sull'argomento, ci limitiamo ad una concisa motivazione.

La proclamazione di diritti costituzionali si sostanzia non in norme-regole, bensì in norme-principio, le quali poi si riconducono a valori. Anche qualora si ritenga che “i valori... di per sé, non esprimono un dover essere giuridico”²², tuttavia essi acquistano “rilevanza giuridica”, in virtù di norme e principî costituzionali, i quali li calano “in fattispecie al cui verificarsi collegano determinate conseguenze giuridiche”²³. Valori e principî, quando operano anche nell'interpretazione delle norme costituzionali, soprattutto in tema di diritti, conducono, di regola, ad una configurazione estensiva della portata di queste ultime, per due motivi.

Anzitutto, in via generale è stato insegnato che “i principî generali... sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche rico-

²⁰ Incidentalmente, rimarchiamo che riteniamo fondata la distinzione fra diritti codificati espressamente dal testo ed altri, pur di natura costituzionale: per addurre un esempio, il diritto all'ambiente è ben diverso da diritti, come quello alla salute, che pur possono avere una qualche comunanza di *ratio*, per gli interessi meritevoli di tutela sottostanti gli stessi. In questa ottica riteniamo che l'affermazione secondo la quale “nessuno fra tali «nuovi diritti» risulterebbe privo di una precisa copertura in diritti espressamente codificati in Costituzione” (cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 51, può essere accettabile solo se, non disconoscendo la bipartizione fra diritti codificati o no nel testo costituzionale, voglia significare che i secondi vadano comunque ricostruiti come diritti deducibili dai primi o per un rapporto di presupposizione o di implicazione (il che pare riconosciuto anche da A. BALDASSARRE, *op. cit.*, 60).

²¹ Per limitarci, a titolo puramente indicativo, a qualche scritto di dottrina autorevole, v. A. BALDASSARRE, *Diritti*, cit., 53 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Padova.

²² Cfr. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2006, 21.

²³ Cfr. A. D'ATENA, *Lezioni*, cit., 22.

struite nel loro sistema”²⁴, posto che sussiste un “carattere necessariamente ellittico in ogni linguaggio”²⁵, quindi anche in quello giuridico. A tale teoria va ricollegata l’opinione della dottrina costituzionalistica, bene espressa dall’osservazione, secondo cui la costituzione “si raccoglie attorno ad un complesso di principi generalissimi, i quali... ne rappresentano il nucleo centrale” e che “più direttamente esprimono quei valori politici in cui...la costituzione trova il suo fondamento”, con la conseguenza che “l’interpretazione di una singola norma debba aver riguardo a siffatti principi”²⁶. Secondo il canone dell’interpretazione sistematica, quindi, i principî costituzionali, con la loro *eccedenza di contenuto deontologico*, debbono informare la ricostruzione del significato delle norme costituzionali, soprattutto quelle che stanno alla base dei diritti.

Quanto detto poc’anzi è rafforzato da una seconda considerazione. Secondo un’opinione assolutamente dominante, ben espressa dalle parole di un’autorevole dottrina citata, “se l’interpretazione delle norme giuridiche in generale presenta e non può non presentare carattere evolutivo, evolutiva in modo preminente è l’interpretazione delle regole costituzionali”²⁷. Ciò avviene, e deve avvenire, a tacere di altri motivi, per una ragione di fondo: le costituzioni sono e debbono essere dureture, a differenza delle leggi ordinarie²⁸, e, a differenza di quanto è dato registrare per queste ultime, il legislatore (costituzionale) interviene di rado per una revisione volta all’adeguamento, lasciando alla giurisprudenza lo svolgimento di tale opera di adattamento. Ora, ciò implica che le formule costituzionali, soprattutto quelle relative ai diritti, siano suscettibili di una dilatazione della loro portata, che consenta ad esse di disciplinare fattispecie che siano il frutto o dei nuovi tempi oppure dell’accertamento di esigenze non avvertite nel passato, pur se già presenti. Ci possiamo limitare ad un esempio, uno fra i tanti che sarebbe superfluo passare in rassegna in questa sede: oggidì la libertà religiosa comprende sia la pretesa a praticare il culto – come risulta dalla lettera

²⁴ Cfr. E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 316 (il corsivo di cui nel testo, è dell’A.)

²⁵ Cfr. E. BETTI, *L’interpretazione*, cit., 317.

²⁶ Cfr. F. PIERANDREI, *L’interpretazione della Costituzione*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Torino 1965, 181 (il corsivo di cui nel testo è dell’A.).

²⁷ Cfr. F. PIERANDREI, *L’interpretazione*, cit., 193.

²⁸ Per lucide considerazioni su questa dinamica delle costituzioni in rapporto alle vicende delle leggi ordinarie, si rinvia allo scritto di V. ONIDA, *Il “mito” delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino*, 2004, n. 1, 25 ss.

dell'art. 19 – sia la pretesa dei fedeli ad avere un luogo nel quale praticare il culto²⁹.

Se le formule costituzionali, *in primis* quelle sui diritti che contengono norme-principio, sono espressioni di valori che, sia pur in via mediata, contribuiscono alla disciplina di fattispecie specifiche, nondimeno è necessario con un procedimento logico di segno contrario a quello seguito in precedenza, operare una delimitazione del significato e della portata dei valori dei principî ad essi correlati.

Dinanzi al richiamo, in termini estensivi ed indeterminati dei valori nell'ambito dell'interpretazione delle norme costituzionali, sono stati rilevati i difetti di tale operazione. Più esattamente, rifacendosi al carattere non solo antinomico, ma anche soggettivo dei valori e quindi ai fattori che entrano in gioco nell'individuazione e nella loro attuazione quali "preferenze personali...scelte politiche..orientamenti ideologici"³⁰, una qualificata dottrina costituzionalistica³¹ ha avanzato il timore di un'arbitrarietà delle soluzioni giuridiche prospettate sulla base degli stessi e della conseguente lesione della certezza del diritto. Senza approfondire l'argomento e senza riprendere e discutere nel merito questa tesi, riteniamo che l'inconveniente lamentato possa sussistere e che necessiti un indirizzo interpretativo che lo prevenga (nei limiti del possibile).

A nostro parere, l'orientamento da seguire non comporta la rinuncia al richiamo di valori e di principî aventi *eccedenza di contenuto assiologico*, bensì l'adozione di questi secondo un certo canone. Per intenderci, ciò che ci sembra non corretto nell'interpretazione delle norme costituzionali (e non solo di queste) non è l'impiego di valori come tali nel procedimento interpretativo, ma piuttosto la utilizzazione di valori ritenuti oggettivi, ma controvertibili e soggettivi in realtà e suscettibili, considerati singolarmente o in un contesto di bilanciamento, di traduzione in significati e soluzioni assai divergenti. La libertà, la dignità, la persona umana, ecc., sono tutti concetti che, senza un aggancio a qualche dato della realtà, dell'esperienza, danno luogo ad una arbitrarietà delle tesi giuridiche fondate sugli stessi. Occorre, a parere dello scrivente, che l'in-

²⁹ Su questo aspetto, diremmo contestato solo da certi membri della Lega Nord (non certo campioni di cultura giuridica), v., per tutti, R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino 2008, 238 ss.

³⁰ Queste sono parole di N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino 1990, 9.

³¹ V. S. FOIS, "Ragionevolezza" e "valori": *interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di stato e diritto*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1994, soprattutto 106 ss.

vocazione dei valori avvenga sulla base di un parametro, che ne consenta la verificabilità, quindi la contestabilità (non usiamo, in questa sede, il concetto popperiano di falsificabilità) e quindi permetta di valutare, in senso favorevole o no, la plausibilità delle soluzioni giuridiche adottate. Non crediamo in valori oggettivi, ma riteniamo possibile individuare valori che, pur essendo soggettivi, hanno il requisito della intersoggettività, cioè possono risultare accettabili ad individui o gruppi sociali che pur professino le più disparate ideologie politiche, fedi religiose, opinioni filosofiche, ecc. Se la Costituzione disegna una “casa comune”, per dirla con le parole di un noto costituente (La Pira), occorre che i valori richiamati non siano quelli che sono necessariamente proprî di alcuni inquilini, bensì quelli che risultino accettabili da tutti.

4. *Liberalismo e costituzionalismo quali fattori fondativi della Costituzione italiana*

Per individuare i valori e i principî nei termini prospettati si deve cogliere la *ratio* della Costituzione sulla base dei fattori politico-giuridici che costituiscono le radici della nostra e di tante Costituzioni dei secoli più recenti. Tali fattori, peraltro strettamente compenetrati, sono il costituzionalismo ed il liberalismo.

Che la Costituzione sia una “risultante specifica del costituzionalismo”³² è una convinzione ampiamente diffusa, forse una *communis opinio*³³. Infatti il costituzionalismo denota “un complesso di concezioni politiche, di procedure giuridiche e di valori morali, elaborato nel corso dei secoli con l’intento di garantire i singoli individui dal pericolo di un regime arbitrario, ponendo limiti, controlli e regole all’esercizio del potere politico”³⁴ ed è traducibile nella formula “tecnica della libertà”³⁵. Ora, è ben vero che ci sono state, e ci sono, “costituzioni non improntate ai valori del «costituzionalismo» (ad esempio le odierne costituzioni ispirate

³² Per riprendere la formula di G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano 2006, 11.

³³ V., a titolo indicativo, oltre all’opera citata di Ferrara in nota precedente, A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2006, p. 355; M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Bari-Roma 2006, 119 ss.

³⁴ Cfr. N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia 2010, 23.

³⁵ La formula è di un costituzionalista francese del passato, Mirkiné Guetzévitch, ma è ripresa da N. MATTEUCCI, *Breve storia*, cit., 23.

dal fondamentalismo islamico)³⁶, come, secondo un'opinione diffusa esiste un costituzionalismo "moderno" distinto da quello "antico"³⁷. Nondimeno se prendiamo in considerazione il costituzionalismo, soprattutto quello "moderno", e le costituzioni improntate a certi valori ed all'istanza di limitazione del potere, quali sono quelle liberali e democratiche, la correlazione fra costituzionalismo e Costituzione, con il primo che costituisce una *ratio* della seconda, sembra incontrovertibile.

Il secondo fondamentale fattore alla base della nostra Costituzione, nonché di tante altre degli ultimi secoli, è il liberalismo. Che cosa sia il liberalismo, quali pensatori e quali esperienze storiche siano riconducibili ad esso, è materia complessa e certo soggetta a valutazioni controverse³⁸. Dovendosi però prospettare una definizione del termine "liberalismo", che ricomprenda le molteplici vicende culturali e storiche ad esso riconducibili³⁹, può affermarsi, tenendo conto dei motivi ispiratori storici di tale indirizzo filosofico-politico, che esso è "una dottrina che afferma la limitazione dei poteri dello Stato in nome dei diritti naturali individuali, inerenti ad ogni uomo in quanto tale", esprimendo un "individualismo razionalistico" in virtù del quale "l'uomo in quanto essere razionale è persona, e ha un valore assoluto, prima e indipendentemente dai rapporti coi suoi simili"⁴⁰. Se si voglia assumere una definizione più sintetica, e meno correlata alle radici filosofiche del primo liberalismo, si può ben affermare che "il liberalismo è la dottrina politica che, oltre a privilegiare la libertà sopra altri valori, la concepisce come insieme di diritti individuali opponibili non solo ad altri individui, ma anche alle leggi e allo Stato"⁴¹. Orbene, stanti i connotati del costituzionalismo e del liberali-

³⁶ Le parole sono di A. BARBERA, *Le basi*, cit., 4.

³⁷ V., a titolo indicativo, C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, 27 ss.; M. BARBERIS, *Etica*, cit., 124 ss.; *contra*, G. FERRARA, *La Costituzione*, cit., 135.

³⁸ Per un quadro sintetico di tale problematica, si rinvia a due ricche voci enciclopediche: v. G. BEDESCHI, *Liberalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma 1996, 260 ss.; N. MATTEUCCI, *Liberalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino 2003, 512 ss.

³⁹ Che si debba fornire una definizione del termine "liberalismo" al singolare, e non si possa parlare solo di "liberalismi" è ben motivato da G. BEDESCHI, *Liberalismo*, cit., 261, allorché rileva: a) che, ammesso sia lecito parlare di "liberalismi", si utilizza "un sostantivo, sia pure al plurale", che denota "pur sempre qualcosa di comune che ne giustifica l'uso e che dovrebbe essere in ogni caso esplicitato"; b) che "il concetto di liberalismo indica un complesso di valori e di garanzie per noi irrinunciabili".

⁴⁰ Cfr. G. BEDESCHI, *Liberalismo*, cit., 261, il quale prospetta questa definizione sulle orme di uno scritto di N. BOBBIO.

⁴¹ Cfr. M. BARBERIS, *Etica*, cit., 87.

smo, si può ben condividere, pur con qualche necessaria precisazione, l'affermazione di un autorevole politologo, secondo cui "la politica liberale è il costituzionalismo" essendo questo "la risoluzione del problema della libertà nel contesto della legalità costituzionale"⁴².

Che sussista una correlazione fra costituzioni e liberalismo nello stato liberale è un'ovvietà, che non esige dimostrazione. Va invece dimostrata la permanenza del fattore liberale nelle Costituzioni successive, soprattutto quelle del XX secolo (ed oltre), che sono proprie degli stati democratici, diversi dagli stati liberali del passato. Tale dimostrazione può risultare necessaria, perché esiste una polemica di correnti di matrice cattolica o marxista (in prevalenza) contro il liberalismo, inteso sia come espressione di una classe economica (la borghesia), sia come fonte di libertà ed eguaglianza solo formali, perciò inidoneo a fornire una risposta ai bisogni sociali della società industriale e degli strati meno abbienti⁴³. Onde comprovare la persistenza della *ratio* liberale anche nelle Costituzioni del XX secolo (ed oltre) si può addurre una considerazione.

Si può osservare che, a differenza dei detrattori del liberalismo, che tendono a denotarlo come espressione di interessi economici, di individualismo insensibile alle istanze sociali, la dottrina filosofico-politica in oggetto è stata intesa, da correnti politiche e molti pensatori, in senso più ampio, più inclusiva della versione affermatasi nel Settecento. Per intenderci, se c'è stato chi ha associato ancora liberalismo e liberismo, con conseguente limitazione dell'intervento pubblico nell'economia⁴⁴, ci sono diffuse voci a favore o di un liberalismo sociale od anche di un liberalsocialismo, che si aggiungono – ma distinguendosi fortemente da questo – al liberalismo dei secoli passati⁴⁵. A ciò va unita la constatazione

⁴² Cfr. G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano 1993, 160.

⁴³ Trattandosi di fenomeno assai noto ed oggetto di letteratura sterminata si omettono citazioni.

⁴⁴ Per quanto riguarda la cultura italiana del Novecento si ricorda la famosa polemica intercorsa fra Croce ed Einaudi e la tesi sostenuta da quest'ultimo circa il nesso necessario fra il liberalismo ed il liberismo (pur inteso quest'ultimo in termini non troppo rigidi): su questa polemica v. B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo* (a cura di Solari), Milano-Napoli 1957, ed i molteplici scritti di Einaudi sul tema, *ivi*, 121 ss. Per quanto riguarda la cultura di altri paesi, v. G. BEDESCHI, *Liberismo*, cit., 275-276.

⁴⁵ Per una concezione filosofica del liberalismo dissociata dal liberismo si devono richiamare gli scritti di Croce, riportati in B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo*, cit., 3 ss. Per il superamento della visione settecentesca del liberalismo in materia economica da parte di correnti di pensiero, pur liberali, si rinvia, a titolo indicativo, a G. DE RUGGIERO, *Lezioni sulla libertà*, Napoli 2007, soprattutto 156 ss. (nonché alla prefazione a tale testo di F. MANCUSO, *Oltre la libertà negativa: il nuovo liberalismo di Guido G. De Ruggiero*, *ivi*,

dell'“incontro fra liberalismo e democrazia”, che è avvenuta in qualche modo con una configurazione del primo in termini un po' diversi da quelli della dottrina settecentesca⁴⁶.

Sulla base di quanto detto, l'evoluzione costituzionale posteriore all'assolutismo non ha in alcun modo sradicato il liberalismo. Come è stato rilevato diffusamente ed autorevolmente rimarcato, dopo lo stato liberale classico, si è affermata non la democrazia *tout court*, ma “la liberal-democrazia costituisce la forma specifica che la democrazia tende ad assumere”⁴⁷, poiché “la democrazia politica... coincide con il liberalismo, nel senso che rifluisce in questo”⁴⁸ e “lo stato liberale è il presupposto non solo storico, ma giuridico dello stato democratico”⁴⁹. Inoltre se è vero che allo stato liberale borghese anteriore al XX secolo è subentrato lo stato democratico-sociale, con il riconoscimento di diritti sociali e un forte intervento pubblico per la loro attuazione⁵⁰, è opinione corrente che “il nuovo modello” di Stato “mantiene l'idea degli spazi liberi da garantire all'individuo”⁵¹ e che “la forma di Stato sociale non è... un qualcosa di assolutamente nuovo rispetto alla forma dello Stato liberale (di diritto): semmai è un qualcosa di più, è un perfezionamento, una necessaria integrazione della prima”⁵², anche perché la più avveduta dottrina liberale ha messo in luce che, in mancanza di certe condizioni socio-economiche, risultano menomati anche i diritti di libertà⁵³.

La triangolazione: liberalismo – costituzionalismo – costituzione italiana (come tante altre) appare ben fondata.

5 ss.): N. BOBBIO, *Sul liberalsocialismo*, in N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino 1959, 306 ss.

⁴⁶ Su “l'incontro fra liberalismo e democrazia”, v., per tutti, N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano 1991, 26 ss. (le parole virgolettate costituiscono il titolo del par. 8 dell'opera).

⁴⁷ Cfr. A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2012, 43.

⁴⁸ Cfr. G. SARTORI, *La democrazia*, cit., p. 210.

⁴⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 6.

⁵⁰ Per i connotati dello stato democratico-sociale nei rapporti con i cittadini, v., fra i tanti, M. VOLPI, *La classificazione delle forme di Stato*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2004, 250 ss.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006, 93 ss.; G. BOGNETTI, *Diritto costituzionale comparato. Approccio metodologico*, Modena 2011, 44 ss.

⁵¹ Cfr. G. BOGNETTI, *Diritto*, cit., 49.

⁵² Per riprendere le parole di G. CERRINA FERRONI, *Le forme di Stato*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2009, 689.

⁵³ V., a titolo indicativo, G. DE RUGGIERO, *Lezioni*, cit., 173 ss.

5. *La libertà liberale quale valore basilare della nostra Costituzione*

Verificato che il liberalismo è una radice della nostra costituzione, si dovrà individuare il valore proprio di tale dottrina, il quale rileva per la configurazione dei diritti di libertà. A tal fine, seguendo un procedimento logico-empirico, che può consentire una verificabilità (nonché falsificabilità) delle conclusioni raggiunte, riteniamo che si dovrà cogliere l'essenza del liberalismo, in correlazione con il costituzionalismo, quale può evincersi dai più importanti esponenti di tale indirizzo di pensiero e dalle più significative enunciazioni di dichiarazioni dei diritti ad esso ispirate.

Per quanto riguarda i pensatori, ci limitiamo a due citazioni emblematiche (fra le varie che potrebbero effettuarsi) di pensatori di diversi momenti storici. Afferma il grande Kant, in polemica con la teoria politica paternalista, che “nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo... ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona, purché non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo, in guisa che la sua libertà possa coesistere con la libertà di ogni altro secondo una possibile legge universale (cioè non leda questo diritto degli altri)”⁵⁴. Scrive un altro importante esponente del pensiero liberale, J.S. Mill, che l'autorità della società deve valere quando “qualsiasi aspetto della condotta diventa pregiudiziale degli interessi altrui”, ma si arresta allorché “la condotta di un individuo coinvolge soltanto i suoi interessi, o coinvolge quelli di altre persone consenzienti” sottolineando che “in tutti questi casi, vi dovrebbe essere piena libertà, legale e sociale, di compiere l'atto e subirne le conseguenze”⁵⁵. Non indugiamo in altre citazioni del passato remoto e possiamo invece richiamare le riflessioni e la ricostruzione dei valori costituzionali del liberalismo offerreci da autorevole dottrina italiana del Novecento.

Nel corso di una nota polemica degli anni '50 intercorsa fra un uomo politico colto, Togliatti, ed un autorevole filosofo del diritto, Bobbio, quest'ultimo, con la lucidità propria del suo pensiero e dei suoi scritti, ha distinto le concezioni di libertà riscontrabili nel pensiero liberale, democratico e socialista. Riferendosi alla prima⁵⁶, il filosofo torinese ha qualificato la libertà liberale quale “facoltà di fare o non fare”, quale “non-im-

⁵⁴ Cfr. E. KANT, *Sopra il detto comune: “questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”*, in E. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino 1956, 255.

⁵⁵ Cfr. J.S. MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano 1999, 87.

⁵⁶ Trascuriamo le altre perché non rilevanti per la nostra trattazione.

pedimento da parte del potere giuridico nei confronti di ciò che mi è permesso di fare o non fare”, quindi “libertà da” con la conseguenza che “ottimo è quell’ordinamento in cui la sfera di liceità sia la più grande possibile”⁵⁷. Tale ricostruzione della libertà di matrice liberale ben corrisponde alle affermazioni dei classici del pensiero liberale e può considerarsi una opinione esatta e quanto mai diffusa fra gli studiosi⁵⁸.

Posta questa configurazione della libertà liberale come godimento “della facoltà di compiere o non compiere certe azioni senza esservi costretti o senza esserne impediti dallo Stato (libertà come non-impedimento)”⁵⁹, sembra opportuno precisare che, seppur trattasi a prima vista, di “libertà negativa”⁶⁰, non è solamente di questa natura. La libertà da “vincoli e obblighi giuridici” è funzionale allo scopo dell’individuo di “promuovere la propria realizzazione personale”⁶¹. Come risulta chiaramente da tante espressioni dei pensatori liberali, la libertà come non-impedimento è stata propugnata per consentire l’autodeterminazione dell’individuo, cioè in stretta correlazione con una libertà positiva, se intendiamo questa come “capacità... di volere uno scopo, di scegliere una condotta”⁶². Riteniamo che il liberalismo, soprattutto nel passato, abbia enfatizzato la libertà come non-impedimento, sia perché questo era l’obiettivo primario contro un assolutismo che poneva divieti e costrizioni alle azioni degli individui, sia perché era dato per scontato che l’assenza di certi vincoli giuridici costituisse per un soggetto “l’opportunità di attuare la propria scelta”⁶³ e quindi fosse funzionale all’esercizio della libertà individuale.

⁵⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Libertà e potere*, in N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Torino 1955, 273 e 274.

⁵⁸ A titolo indicativo, citiamo due trattazioni sintetiche, ma approfondite, sul tema della libertà: M. BOVERO, *Libertà*, in A. D’ORSI (a cura di), *Alla ricerca della politica. Voci per un dizionario*, Torino 1995, 34 ss. e soprattutto 39 ss.; G. PECORA, *La libertà dei moderni*, Napoli 2011, 18 ss.

⁵⁹ Per riprendere le parole di G. PECORA, *La libertà*, cit., 19.

⁶⁰ Trattasi di formula nota. Su questo v., comunque, a titolo indicativo, M. BOVERO, *Libertà*, cit., 35 ss.

⁶¹ Cfr. G. PECORA, *La libertà*, cit., 19.

⁶² Per riprendere le parole di M. BOVERO, *Libertà*, cit., 42.

⁶³ Le parole sono di M. BOVERO, *Libertà*, cit., 42. L’Autore distingue in modo netto la libertà *da* (negativa) dalla libertà *di* (positiva), intesa quale libertà del volere e del decidere e rileva che potrebbero verificarsi ipotesi in cui sussiste l’una senza l’altra. Sul piano del rigore teorico questo studioso ha ragione. Sul piano storico-politico ci sembra che la rivendicazione della prima libertà abbia senso in quanto si realizzi anche la seconda (ma, del resto, questo non risulta negato da M. BOVERO).

La concezione liberale della libertà si è poi tradotta in dichiarazioni storiche. La più nota ed importante è la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, la quale contiene due articoli, che esprimono in termini quanto mai incisivi ed efficaci la dottrina in oggetto. L'art. 4 statuisce che "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". L'art. 5 recita: "La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società". Queste norme sono emblematiche e sembrano il riassunto quanto mai conciso ed anticipatore dell'opera di Mill sulla libertà, che sarà scritta nel secolo successivo. Il principio di fondo del costituzionalismo liberale è costituito dalla libertà di decisione e di azione di ogni individuo nell'ambito dei limiti che possono essere posti solamente ai fini della tutela di interessi pubblici (e poi da definire in termini di compatibilità con la filosofia che ispira l'ordinamento liberaldemocratico) o di interessi di terzi.

6. *Antitesi fra concezione costituzionale della libertà e paternalismo*

Delineato il significato della libertà propria di un ordinamento costituzionale come il nostro, riteniamo però opportuno, prima di trarre le conseguenze sul piano dei diritti di libertà disegnati dalla Costituzione, esporre due ordini di considerazioni a titolo di precisazione ed onde replicare all'argomentazione di fondo addotta a sostegno dell'opinione disattesa in questo scritto.

a) La concezione liberale della libertà esprime già nel suo patrimonio genetico, il rifiuto del paternalismo, vale a dire, per usare le parole di Kant, di un "governo di un padre verso i figli, cioè un governo paternalistico (*imperium paternale*) in cui i sudditi sono considerati come figli minorenni che non possono distinguere ciò che è loro utile o dannoso"⁶⁴. Però, se il paternalismo del passato, pre-liberale (se vogliamo denotarlo sul piano temporale), non è professato, di norma, nelle democrazie non-dimeno non mancano affatto spunti e soluzioni aventi una connotazione

⁶⁴ Cfr. E. KANT, *Sopra il detto comune*, cit., 255. Va pure ricordato che un'opera fondamentale di un altro grande pensatore liberale fu scritta in polemica con un libro che inneggiava al paternalismo: v. J. LOCKE, *Primo trattato*, in J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino 1960, 67 ss. (il libro di R. FILMER, *Patriarca o il potere naturale dei re*, si trova nel volume qui citato, 449 ss.).

paternalista, pur se presentati con il tentativo di conciliarli con il costituzionalismo liberal-democratico. Fra questi motivi di sapore paternalistico ve ne è uno, che dev'essere preso seriamente in considerazione anche in una prospettiva liberale e dev'essere confutato con impegno argomentativo, poiché non è sufficiente per la confutazione l'apologia della libertà liberale.

Il motivo in oggetto, se vogliamo esporlo in sintesi, può essere così formulato. Esistono negli ordinamenti liberal-democratici norme che vietano determinati comportamenti nell'interesse degli individui stessi che li possono tenere, vale a dire sussistono divieti di condotte nei confronti di individui giustificati dalla tutela degli stessi (e non di terzi o dello Stato, nonché enti pubblici). Si tratta di norme che contengono... diversi limiti... a tutela della salute o della incolumità individuale”, quali l'obbligo di uso del caso protettivo per gli utenti di ciclomotori o delle cinture di sicurezza per passeggeri di altri veicoli a motore, oppure la predisposizione di misure di sicurezza in caso di attività lavorative o sportive, ecc.⁶⁵. A questa constatazione ne va aggiunta un'altra, che dà forza all'argomento: la prefigurazione di tali vincoli incontra un consenso diffuso anche nell'ambito di chi aderisca al liberalismo e rifiuti il paternalismo.

Ciò posto, cerchiamo di dimostrare che il motivo costituito da detti vincoli, pur dotato di spessore, non appare atto a confutare la concezione della libertà liberale.

Anzitutto molte delle norme richiamate, se certo appaiono, in via immediata, volte a tutelare il destinatario delle stesse, in realtà possono trovare giustificazione anche nella protezione di altri interessi pubblici o privati. Come è stato ben osservato “non vi è un confine certo e condiviso tra gli *atti riguardanti se stessi*...e gli *atti riguardanti gli altri*...ovvero tra gli atti che producono un danno soltanto al soggetto agente e gli atti che producono un danno anche o soltanto a individui diversi dal soggetto agente”⁶⁶. La distinzione, pur se non sempre agevole, va mante-

⁶⁵ V., per tutti, le riflessioni e la casistica nella materia *de qua* di V. SCORDAMAGLIA, *La rilevanza penale della sterilizzazione umana*, in *Archivio giuridico*, 2000, 72 ss. Sul punto v. anche E. DICIOTTI, *Preferenze, autonomia e paternalismo*, in *Ragion pratica*, 2005, 99 ss.

⁶⁶ Cfr. E. DICIOTTI, *Preferenze*, cit., 100. L'A. poi precisa che se si intende il danno in un certo modo, si potrebbe sostenere che “quasi tutti, se non tutti, gli atti umani che danneggiano il soggetto agente danneggiano anche gli altri (nessun uomo è un'isola dicono alcuni)” (*ivi*, 100), ma esattamente rileva che tale valutazione finisce per negare una distinzione, che invece dev'essere riconosciuta fra norme che hanno “il solo scopo di im-

nuta, ma con l'avvertenza di verificare attentamente se, al di là delle apparenze, non sussista un interesse di un soggetto diverso dall'agente e in molti casi tale interesse sussiste. Per richiamare la casistica di norme che tutelano la salute o l'integrità fisica, se riteniamo, come sembra corretto ritenere, che la società o certi individui (familiari) abbiano un forte interesse alla preservazione di uno standard minimo di salute od integrità fisica dei consociati, e che sia dovere (anche di natura costituzionale) di questi operare per la realizzazione di detto standard, si può ravvisare l'utilità sociale, oltre quella dei soggetti agenti, legittimante dette norme.

Per concretizzare il discorso, se riteniamo che i genitori abbiano il dovere di allevare ed educare i figli, oppure che i parenti più stretti abbiano il dovere di assistere chi sia in gravi condizioni esistenziali (ad esempio, chi sia affetto da grave invalidità), risulta chiaro che norme, quali quelle richiamate, che impongono comportamenti per evitare eventi sfavorevoli di estrema gravità (con pesanti oneri o conseguenze per chi sia a stretto contatto con gli infortunati), sono ben giustificate dalla tutela di interessi non solo dei soggetti agenti. In quest'ottica molte delle norme richiamate in precedenza trovano giustificazione al di fuori di una filosofia paternalistica, cioè sono pienamente rispettose della libertà liberale ed il connesso dovere di non nuocere agli altri⁶⁷.

In secondo luogo, in presenza di possibili azioni che riguardino solo gli agenti senza interessi meritevoli di tutela di terzi, sono compatibili con la libertà liberale vincoli di natura procedurale atti a garantire la più ampia consapevolezza del soggetto che voglia agire. Si tratta di quella soluzione, che è stata definita "paternalismo procedurale", in virtù della quale è reputata "legittima l'interferenza con la scelta di un individuo

pedire di danneggiare se stessi" ed altre che hanno insieme a questo, anche qualche altro scopo" (cfr. E. DICIOTTI, *op. cit.*, 101, che, a tal fine, richiama la distinzione di dottrina anglosassone, fra paternalismo puro e paternalismo impuro).

⁶⁷ Ovviamente, ma è un tema che non possiamo affrontare in questa sede, la configurazione degli interessi pubblici o privati che limitano l'autodeterminazione individuale non dovrà comprimere troppo la libertà. Per esemplificare, l'interesse (pubblico o privato) alla salute od all'integrità fisica non potrà essere configurato in termini tali da consentire tante misure limitative da dar luogo ad uno stato di polizia...sanitaria. Una cosa è l'imposizione di misure precauzionali (come le cinture di sicurezza, a tacere di quanto detto poc'anzi), ben altro sarebbe l'imposizione di un intervento terapeutico nell'interesse del paziente o la prefigurazione di un potere di controllo nelle abitazioni per accertare se siano rispettate regole dietetiche contro l'obesità! Oppure, sempre per rimanere ad un'esemplificazione indicativa, non sarebbe ammissibile una limitazione della libertà di fare certe scelte di vita, professionali od affettive, per evitare una sofferenza di familiari provocata dalle predette scelte. Ma non proseguiamo oltre su questa tematica.

solo quando esistono ragioni per dubitare che quella scelta sia pienamente libera, informata e consapevole⁶⁸. Se si tratti di una forma *soft* di paternalismo od invece di una forma *soft* di antipaternalismo non interessa discutere in questa sede, poiché è questione più nominalistica che concettuale⁶⁹. Ci limitiamo ad osservare che vincoli procedurali di questo tipo – come ad esempio la predeterminazione del termine e la consulenza di un medico prima dell'interruzione volontaria della gravidanza – sono pienamente compatibili con la concezione della libertà liberale. Se infatti, come s'è detto in precedenza, nell'ottica liberale va tutelata una libertà come non-impedimento, ma in quanto associata strettamente ad una consapevole libertà di scelta, cioè “capacità di...volere uno scopo” e di “scegliere una condotta”, allora il momentaneo impedimento e la momentanea limitazione della libertà sono funzionali alla più consistente autodeterminazione individuale, quindi alla *ratio* del liberalismo⁷⁰.

In terzo luogo, ci sono ipotesi in cui individui, pur liberi da impedimenti, agiscono in base “a «scelte» completamente involontarie”⁷¹, e fra dette ipotesi, a parte quelle di forza maggiore, ci sono i casi nei quali “per ignoranza, si sceglie qualcosa di diverso da ciò che si intendeva scegliere, per esempio se si scambia la polvere di arsenico sul tavolo per il sale e la si sparge sulle proprie uova strapazzate”⁷². Come già aveva ben rilevato Mill, in simili ipotesi la garanzia della libertà liberale non può precludere un intervento (formalmente) costrittivo su un individuo per salvarlo da un male non voluto⁷³ e tale opinione è ben fondata, poiché, per dirla con

⁶⁸ Cfr. R. CATERINA, *Il rifiuto delle cure tra autodeterminazione e paternalismo giuridico*, in *Insero di Bioetica*, n. 1, 2008 (a cura di Immacolato), 88.

⁶⁹ Sul punto si rinvia a R. CATERINA, *Il rifiuto*, cit., 88 e, se è consentito, a G. GEMMA, *Mantenimento in vita di pazienti in stato vegetativo permanente: obbligo costituzionale di rispettare la loro volontà*, in *Liber amicorum per Massimo Bione*, Milano 2011, 296 ss.

⁷⁰ Onde rafforzare, sia pur con un incidentale ed effimero richiamo della tesi di un Maestro e giurista liberale del passato, quanto detto nel testo, si può rammentare che, con riferimento alla formazione di opinioni politiche o religiose, Jemolo sosteneva che lo Stato doveva disconoscere “la libertà di non conoscere, di rimettersi ad altri”, che da questo disconoscimento poteva discendere la potestà statuale sia di imporre vincoli all'insegnamento per consentire una consapevole e matura adesione ad ideologie politiche o religiose, sia di privare di diritti, come quello di voto, chi non volesse acquisire quelle informazioni e dati culturali necessari per la sua formazione di un pensiero libero e non ciecamente fideistico: v. C.A. JEMOLO, *In tema di libertà*, in *Archivio giuridico*, 1954, CXLVI, 8, 9 (le parole virgolettate si trovano *ivi*, 9).

⁷¹ Cfr. J. FEINBERG, *Filosofia sociale*, Milano 1996, 87.

⁷² Cfr. J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 86.

⁷³ Seguendo un esempio addotto da Mill, “se un pubblico ufficiale, o chiunque altro, vede una persona che sta per attraversare un ponte...dichiarato pericolante e non ha il

icastiche parole, le “scelte non-volontarie... nella misura in cui non sono volontarie, ... sono estranee” alla “persona come lo sono le scelte di terzi”⁷⁴. Per motivare tale asserzione si deve sottolineare che la libertà come non-impedimento è consustanziale alla capacità di valutazione e decisione e perciò non c'è vera libertà (liberale), se al primo aspetto non si accompagna il secondo. Si tratta di un “paternalismo debole e innocuo”, che legittima il diritto dello Stato “di impedire una condotta dannosa verso di sé solo quando è sostanzialmente involontaria”⁷⁵. Ovviamente, e questa è una puntualizzazione fondamentale, la valutazione di involontarietà della scelta (se proprio vogliamo usare tale termine) o dell'azione dev'essere una *communis opinio* (e non un'arbitraria valutazione di qualche soggetto od anche di parte del corpo sociale, in contrasto con altri punti di vista), cioè deve contenere uno “standard di volontarietà”, cioè costituire “applicazione del principio secondo il quale una persona può essere protetta dalla propria follia”⁷⁶. Inoltre, ci permettiamo di aggiungere, interventi coercitivi non debbono riguardare opzioni o progetti di vita, ma debbono essere istantanei e non pregiudicare la disponibilità di un individuo della propria esistenza.

Per concludere sul tema, solo se intendiamo la libertà liberale in termini estremizzati e formalistici allora dev'essere preclusa ogni interferenza su comportamenti di un soggetto nel suo interesse. Ma come si è cercato di dimostrare, sulle orme di importanti pensatori liberi del passato più o meno recente, la libertà in oggetto si sostanzia nel non impedimento in funzione della libera facoltà di operare scelte e di adottare, nonché attuare, progetti di vita e, pertanto, un'interferenza che sia – eccezionalmente, come s'è visto – funzionale alla libertà del volere può essere giustificata proprio nella prospettiva del liberalismo, inteso in termini sostanziali e razionali.

b) Veniamo al secondo ordine di considerazioni.

La concezione della libertà liberale valorizza l'individuo, con la configurazione di un'ampia possibilità e liceità di scelte e di azioni individuali. Se si vuole, si può qualificarla come individualismo⁷⁷, ma tale qua-

tempo di avvertirla del pericolo, la può afferrare e bloccare, senza perciò violarne realmente la libertà...poiché la persona in questione non vuole cadere nel fiume” (cfr. J.S. MILL, *Saggio*, cit., 111).

⁷⁴ Cfr. J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 87. Si rinvia a quest'opera per una penetrante e lucida trattazione della problematica affrontata nel testo.

⁷⁵ Sono sempre parole di J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 89.

⁷⁶ Per riprendere, ancora una volta, un'espressione di J. FEINBERG, *Filosofia*, cit., 89.

⁷⁷ Per limitarci a pochissime citazioni nella dottrina italiana, parla di “concezione in-

lificazione non deve indurre in equivoco, cioè all'assimilazione di essa all'apologia dell'egoismo. Cerchiamo di motivare tale affermazione.

Anzitutto il concetto di individualismo ha, nella cultura giuridica e filosofica, molteplici significati⁷⁸. Soprattutto, per quanto ci interessa, se esistono accezioni negative del termine individualismo, normalmente impiegate con intento polemico⁷⁹, esiste anche una versione positiva e lodevole di esso. In virtù di detta accezione positiva, può definirsi come insegna un autorevole filosofo, individualismo “ogni dottrina morale o politica che riconosca all'individuo un prevalente valore di fine rispetto alle comunità di cui fa parte”⁸⁰, o, con riferimento più specifico alla sfera politico-statuale, la “concezione individualistica significa che prima viene l'individuo, ... che ha valore per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa”⁸¹. Quindi, in base alla sua accezione nobile e non deteriore, l'individualismo liberale si contrappone non alle istanze sociali, non alla solidarietà od all'altruismo, bensì allo “statalismo assolutista”⁸², alle “concezioni olistiche della società e della storia ... che hanno in comune il disprezzo della democrazia intesa come quella forma di governo in cui tutti sono liberi di prendere le decisioni che li riguardano e hanno il potere di farlo”⁸³.

In secondo luogo, in significative prese di posizione culturali ed in documenti liberali si registrano richiami all'altruismo ed alla solidarietà (sia pur nei termini proprî della cultura dei tempi). Limitiamoci a due *test*.

In primis, va ricordato che fra i tre valori, o principî, all'insegna dei quali si è dispiegata la rivoluzione francese, accanto alla libertà ed al-

dividualistica”, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 57 s., mentre c'è chi addirittura ha configurato l'individuo come “l'«assoluto»” del liberalismo: v. G. PECORA, *La libertà*, cit., 61 ss.

⁷⁸ Con riferimento al diritto, v., a titolo indicativo, l'opera famosa di M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris 1949, soprattutto 5 ss.; in ambito filosofico, v. lo scritto sintetico di N. ABBAGNANO, *Individualismo*, in *Dizionario di filosofia di N. Abbagnano*, Terza edizione aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino 1998, 577-578.

⁷⁹ Ricorda N. ABBAGNANO, *Individualismo*, cit., 578 che individualismo è stato “contrassegnato e criticato” come “anarchismo”, ora come “atomismo”, ora come “egoismo”.

⁸⁰ Cfr. N. ABBAGNANO, *Individualismo*, cit., 577.

⁸¹ Cfr. N. BOBBIO, *L'età*, cit., 59.

⁸² Cfr. N. ABBAGNANO, *Individualismo*, cit., 578.

⁸³ Cfr. N. BOBBIO, *L'età*, cit., 61.

Si può rilevare che nel ricco volume di M. WALINE, *L'individualisme*, cit., 55 ss., allorché tratta delle dottrine anti-individualistiche, richiama il fascismo ed il nazismo, nonché i loro precursori.

l'eguaglianza, c'era la fraternità. Ma, oltre all'enunciazione di questo principio, come è stato ben dimostrato, accanto ad una visione individualistica, già prima del fatidico 1789, si era delineata una qualche tendenza solidarista, seppur con i limiti della cultura politica del tempo. Come esattamente affermato, sulla base di una meticolosa indagine storica, la "rivoluzione francese è fondata su una concezione profondamente individualista del diritto... tuttavia questa concezione non nega la funzione sociale dello Stato, anzi deduce tale funzione dalle sue stesse premesse: posto che gli uomini sono per natura eguali nei diritti, essi debbono poter partecipare egualmente ai benefici che offre loro la vita associata"⁸⁴.

Riferendoci ad affermazioni in sede culturale, si può riprendere un significativo passo di un importante pensatore liberale. Dopo aver stabilito che, di norma, solo interessi di terzi legittimano interferenze nella sfera degli individui, Mill ha precisato che "sarebbe un grave malinteso supporre che si tratti di una dottrina ispirata a egoistica indifferenza, secondo la quale...gli uomini non devono preoccuparsi del benessere reciproco". Saggiunge, infatti, il Nostro che, "al contrario, gli sforzi disinteressati per il bene altrui non vanno diminuiti, ma grandemente aumentati... Gli uomini hanno il dovere reciproco di aiutarsi a distinguere il bene dal male, ed incoraggiarsi a scegliere il primo"⁸⁵. Vanno quindi insegnate ed alimentate "le virtù verso se stessi", purché sempre sul presupposto che non vengano imposte con misure coercitive.

Per chiudere il discorso su questo punto la libertà liberale significa solo facoltà di scelta e di azione nella sfera dell'individualità, cioè della "sovranità dell'individuo", mentre sussiste una sfera soggetta alla "autorità della società"⁸⁶, nella quale si possono porre vincoli ai singoli. Al che va aggiunto che l'ampiezza di questa seconda sfera non si deduce dalla teoria milliana e può ben variare in base alla concezione di socialità e solidarietà, che vengono ad affermarsi nel tempo.

⁸⁴ Cfr. M. MAZZIOTTI, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Archivio giuridico*, CXLVII, 1954, 94. Si rinvia all'accurata indagine dell'Autore per la documentazione degli spunti di diritto sociale nel periodo rivoluzionario, precisando che, a nostro parere, il principio d'eguaglianza, coniugato alla fraternità, ha condotto a questi esiti.

⁸⁵ Cfr. J.S. MILL, *Saggio*, cit., 87.

⁸⁶ Per queste formule, v. J.S. MILL, *Saggio*, cit., 86.

7. Configurazione di un generale diritto di libertà

Tutto il discorso condotto in precedenza ci conduce alla risposta ad un interrogativo, che si è prospettato nella cultura giuridica. Alla domanda se esista un “generale diritto di libertà”, ossia un “diritto di libertà... aperto e strutturato sulle pure e semplici convenienze individuali”⁸⁷, la risposta è affermativa: se tale principio vogliamo denominarlo diritto (non discutiamo qui tale qualificazione), esso è configurabile alla luce della concezione liberale della libertà. Sul punto la risposta è, a prima vista, nettamente divergente dalla tesi della autorevole dottrina che nega detta situazione giuridica soggettiva⁸⁸, anche se, in realtà, sulla base di qualche debita precisazione, il dissenso è assai meno radicale di quanto appaia.

La dottrina menzionata ritiene, per tradurre in poche parole il suo elaborato pensiero, che dalla concezione liberale non si evinca affatto una libertà assoluta, cioè “un’esaltazione assoluta di tutti i bisogni e di tutti i desideri”⁸⁹, ossia la facoltà di agire, secondo qualsiasi ragione di convenienza individuale⁹⁰. La libertà non può essere dissociata dai vincoli di solidarietà, di socialità e, conseguentemente, di responsabilità⁹¹. Dal che si deve dedurre che va negato un “generale diritto di libertà”, che implicherebbe quella libertà assoluta, asociale, che non trova giustificazione nemmeno in una visione liberale (e liberaldemocratica). Ora tale tesi nei termini in cui è enunciata, non può essere condivisa, poiché si fonda su un equivoco: la stretta correlazione fra il “generale diritto di libertà” e una concezione anarco-individualista.

Anzitutto, per un discorso sui diritti di libertà ci sembra impropria l’invocazione di istanze morali o di responsabilità e la polemica contro un interesse egoistico dei titolari degli stessi⁹². I diritti, per definizione, pos-

⁸⁷ La prima espressione si rinviene in A. BARBERA, *Il “fondamento” dei diritti fondamentali, tra crisi e frontiere della democrazia*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico*, cit., 119; la seconda è di G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di P. Barile)*, Padova 1990, 27.

⁸⁸ V., a titolo indicativo, G. AMATO, *Libertà*, cit., 27 ss.; A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 118 ss.

⁸⁹ Per riprendere le parole di A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 121.

⁹⁰ Dal pensiero liberale non si evince affatto la massima: “fai ciò che ti pare”: cfr. G. AMATO, *Libertà*, cit., 28.

⁹¹ Il richiamo della responsabilità si rinviene già nel titolo dello scritto di G. AMATO, nonché nella sua apologia contro il “radicalismo individualistico-radical”, in A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 120.

⁹² Come si registra negli scritti dei costituzionalisti poc’anzi richiamati.

sono essere esercitati anche per perseguire solo interessi meramente individuali e perfino finalità egoistiche: ad esempio, una persona ricca può rifiutarsi di destinare somme di denaro per soccorrere bisognosi o il possessore di una villa può negare ospitalità a persone senza tetto. Sia chiaro! Il discorso morale e la sollecitazione ad un esercizio altruistico dei diritti sono sacrosanti e dovrebbero avere ben più ampio spazio in una società ove scarseggia il senso del dovere e della solidarietà. Ma, si ripete, trattasi di (quanto mai giuste) direttive di natura etica, di per sé inidonee a negare la ricostruzione di diritti sul piano giuridico.

In secondo luogo, e questa ci sembra la motivazione più forte, il “diritto generale di libertà” non deve essere inteso come fattore di negazione dei vincoli sociali, cioè come ragione di compressione di per sé della sfera degli interessi pubblici o di terzi. Le istanze etiche e sociali che stanno alla base della prefigurazione e della tutela di questi ultimi debbono sicuramente valere come limite alla libertà degli individui e, se di responsabilità si vuol parlare in questo contesto, si dovrà configurare una responsabilità giuridica, cioè penale, civile, ecc..

D'altronde, il riconoscimento di una libertà assoluta, incondizionata, condurrebbe a conseguenze assurde. L'ordinamento giuridico deve designare e tutelare tante sfere individuali, denotate da interessi non solo attinenti alla libertà ma anche alla fruizione di condizioni di vita funzionali al godimento di quella ed alla dignità umana. Per definizione quindi le sfere di libertà trovano limiti e si esplicano nel rispetto di questi limiti ed un “generale diritto di libertà” non può certo essere configurato in termini di negazione di detti limiti nonché, possiamo dire, delle regole costitutive di qualsiasi comunità politica.

Il diritto generale in oggetto ha il significato dianzi delineato ed ha un presupposto di fondo, cui s'è accennato. Esso significa la facoltà dell'individuo di “fare ciò che gli pare”⁹³, ma solo in quanto la sua condotta non rechi danno ad altri. Tutto ciò, peraltro, nel presupposto che i limiti posti dall'interesse altrui, cioè la configurazione dei danni di altri, non sia tale da comprimere la libertà degli individui quale si è realizzata con l'evoluzione costituzionale degli ultimi secoli⁹⁴ e quindi da

⁹³ Parafrasiamo l'espressione di G. AMATO, *Libertà*, cit., 98.

⁹⁴ *En passant*, sia consentita una puntualizzazione circa un'interrogazione retorica di A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 119: “siamo proprio sicuri che il costituzionalismo liberaldemocratico ha oggi tutte le risposte necessarie?” circa i termini dei diritti di libertà nel mondo attuale. Barbera ha ragione se si riferisce alla soluzione specifica dei problemi attuali della libertà, sulla base del costituzionalismo liberale del passato, poiché certa-

costituire un pretesto per l'instaurazione di un regime autoritario ed il-liberale.

Per riepilogare quanto detto poc'anzi, il costituzionalismo liberale conduce alla configurazione di un "generale diritto di libertà", con la facoltà di tenere anche comportamenti egoistici. Ciò però non pone problemi per la tutela degli interessi di soggetti altri (pubblici o privati), poiché in tutte le ipotesi in cui il perseguimento di interessi egoistici leda interessi altrui detto diritto di libertà non preclude assolutamente vincoli, positivi o negativi, all'esercizio del medesimo. Si può fare "quello che pare", ma pur di non danneggiare altri. Per dirla con un intellettuale inglese, il costituzionalismo liberale sancisce la libertà "buona" la quale "non è quella guadagnata a spese altrui, ma la libertà di cui possono godere coloro che vivono insieme" e che "dipende... dalla misura in cui gli uomini sono trattiene dal nuocersi reciprocamente"⁹⁵. Inoltre mantiene piena validità l'istanza etica, che induca alla sollecitazione a tenere comportamenti che, oltre ad essere giuridicamente leciti, siano moralmente meritevoli e generino benefici per i terzi o per la società, cioè costituiscano adempimento di doveri morali riconosciuti⁹⁶.

8. *Micro-diritti relativi all'uso del corpo quali componenti del diritto di libertà personale*

Qui giunti, possiamo trarre le conclusioni sulla tematica relativa ai diritti sul proprio corpo.

Il "generale diritto di libertà" implica, come s'è detto, la piena facoltà di un individuo di agire o di manifestare pensieri nei limiti del rispetto degli interessi altrui, e quindi con il vincolo di non arrecare danni ad altri. Detto diritto generale poi ha una specificazione nei singoli diritti di

mente problemi come quelli circa l'uso e la disponibilità del proprio corpo non erano presenti al pensiero politico e costituzionale dei secoli passati. Ma tale opinione non ci sembra esatta, se ci rifacciamo alla filosofia costituzionale del liberalismo, poiché, come s'è cercato di dimostrare, essa vale anche oggi e ci fornisce la guida per risolvere la problematica della libertà al presente.

⁹⁵ Cfr. L.T. HOBHOUSE, *Liberalismo*, Firenze 1995, 105.

⁹⁶ Per riprendere un'antitesi prospettata da un saggio di un famoso intellettuale francese ed esponente del liberalismo le affermazioni di cui nel testo si ispirano alla filosofia politica e giuridica della "libertà liberale" e non a quella della "libertà libertaria": su ciò v. R. ARON, *Libertà, liberale o libertaria?*, in R. ARON, *Il concetto di libertà*, Roma 1997, soprattutto 80 ss.

libertà – religiosa, personale, di manifestazione del pensiero, di riunione, ecc. – posto che, giustamente i costituenti (compreso il nostro) disciplinano, e con i limiti e mezzi di tutela specifica, le singole libertà ed è con riferimento a queste, se possibile, che si individuano le soluzioni dei problemi particolari. Ma il “generale diritto di libertà” ha una funzione di orientamento nella configurazione delle soluzioni dei problemi attinenti alle specifiche libertà⁹⁷.

Per quanto riguarda l'uso del proprio corpo, esso rientra nella specifica libertà personale, la quale va ricostruita (anche) in base a detto diritto generale. Ciò comporta che questa specifica libertà personale, riconosciuta dalla Costituzione, comprenda poi ancora più dettagliate situazioni giuridiche soggettive, che si possono qualificare come micro-diritti. Non sono di per sé situazioni giuridiche meritevoli di essere qualificate come diritti costituzionali, in quanto questi ultimi sono tali perché ricomprendono un'ampia gamma di situazioni (analogamente, nel diritto privato, le facoltà non hanno il rango di diritti, ma sono una concretizzazione di essi e sono ricomprese negli stessi: il codice civile riconosce le proprietà, ma non sancisce espressamente il diritto di acquistare le suppellettili per il proprio appartamento!). Nondimeno, in quanto componenti di diritti costituzionali, questi micro-diritti si possono ritenere costituzionalmente tutelati. Se si consente una rappresentazione della scala delle diverse situazioni giuridiche soggettive richiamate in precedenza, possiamo delineare questa scala: diritto generale di libertà – singoli diritti di libertà sanciti dalla costituzione – micro-diritti di libertà riconducibili a questi ultimi. Tutte le azioni relative al proprio corpo sono costituzionalmente tutelate se rientrano nella libertà personale quale ricostruita in base al diritto generale di libertà, cioè se non risultano dannose a terzi.

⁹⁷ La tesi sostenuta nel testo è immune, ci sembra, anche da critiche che sono state avanzate circa il pericolo che un generale diritto di libertà, con il far “confluire [le singole libertà] in un unico e generico concetto...ne offuschi e ne confonda i tratti a ciascuna peculiari” (cfr. P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino 1991, 180). Infatti, se si presentasse l'alternativa fra un unico diritto di libertà ed una molteplicità, saremmo d'accordo con la citata dottrina circa la preferibilità del secondo corno del dilemma. Ma ci sembra che tale alternativa possa valere sul terreno dello *jus condendum*, mentre, allorché siano contemplati e disciplinati specifici diritti di libertà, quello generale costituisca razionalmente un principio, che si raccorda con quelli e non si possa paventare il rischio di una caduta nell'indeterminazione e della ricostruzione soggettiva ed arbitraria del regime delle libertà. Quindi condividiamo la fondata preoccupazione di Grossi, ma riteniamo che la soluzione qui prospettata, e nei termini in cui lo è, non dia luogo alle conseguenze temute e quindi al rifiuto di un unico diritto di libertà, in quanto ritenuto fonte di confusione ed offuscamento.

Sulla base di quanto detto, non possiamo accogliere, per ricollegarci al punto di partenza di queste riflessioni, la polemica contro i “diritti insaziabili”, contro quella libera disponibilità del proprio corpo, che fonda tanti micro-diritti – *in primis* quelli attinenti alla sfera sessuale (ma non solo quelli). Nondimeno, proprio al fine di delimitare la materia del contendere e di definire i termini del disaccordo, riteniamo opportuno precisare che, proprio muovendo da una concezione della libertà “liberale” ma non “libertaria”⁹⁸, non tutte le possibili manifestazioni di libertà e di disponibilità del proprio corpo sono riconducibili alla sfera costituzionalmente tutelata. Senza diffonderci in questo ambito, possiamo citare quale esempio significativo la cosiddetta “libertà di drogarsi”.

Il diritto, costituzionalmente configurabile, di assunzione di sostanze stupefacenti è stato sostenuto – talora in concomitanza con l’apologia di soluzioni antiproibizioniste circa la conduzione della politica sulla diffusione e sul consumo di droghe – da vari giuristi⁹⁹. Tale diritto, come è logico, è stato fondato sulla libertà personale intesa nel senso dell’autodeterminazione individuale, che comporta anche la facoltà di scelta di stili di vita¹⁰⁰. Ora, senza approfondire il tema e gli argomenti avanzati circa la “libertà di drogarsi”, si possono avanzare due considerazioni, l’una volta a negare la configurabilità della stessa a livello costituzionale, l’altra in via subordinata, volta a delimitarne al massimo la portata (qualora si voglia configurare detto diritto).

La negazione di un fondamento costituzionale della “libertà di drogarsi” può essere così motivata. L’esercizio di detta facoltà presuppone l’uso di sostanze, pacificamente ritenute nocive (in caso di largo consumo), e quindi il procacciamento delle medesime. Se si trattasse di libertà costituzionale non solo dovrebbe essere ammesso l’uso, ma anche dovrebbero essere tollerate le attività di procacciamento, compreso lo spaccio¹⁰¹. Il riconoscimento di una libertà senza una garanzia di uso dei mezzi necessari per il suo godimento sarebbe un’incongruenza, analoga, per richiamare una similitudine, alla configurazione della libertà di stampa senza alcuna disponibilità di mezzi che consentano la pubblica-

⁹⁸ Per riprendere le parole di R. ARON, *Libertà*, cit.

⁹⁹ Ci limitiamo a citare, a titolo indicativo, due scritti meditati e ricchi di riferimenti culturali: V. VELLACCIO, *Il consumo di droga e la Costituzione italiana. Contributo per una disciplina del consumo di droga più conforme ai principî costituzionali*, in *Politica del diritto*, 1994, 565; R. PERRONE, *Il consumo di sostanze stupefacenti fra libertà individuale e limiti costituzionali*, in *Diritto e società*, 2010, 451 ss.

¹⁰⁰ V. VELLACCIO, *Il consumo*, cit., 566 ss.; R. PERRONE, *Il consumo*, cit., 464 ss.

¹⁰¹ Una osservazione simile è stata avanzata da A. BARBERA, *Il “fondamento”*, cit., 120.

zione di scritti. Ora è ben arduo sostenere che le attività di procacciamento delle sostanze stupefacenti rientrino in una sfera costituzionalmente protetta. Ma se lo Stato può legittimamente impedire lo spaccio e la diffusione della droga, non può ammettersi una “libertà di drogarsi”, che implicherebbe invece proprio la liceità e la tutela costituzionale di dette attività.

Pertanto, pur nell’ottica dell’autodeterminazione individuale, il diritto costituzionale al libero uso di sostanze stupefacenti non può essere riconosciuto perché implicherebbe un divieto per lo Stato di porre in essere norme ed azioni, pur necessarie per evitare danni ai terzi. Va precisato che quanto detto vale sul piano della configurazione o meno di un diritto costituzionale a drogarsi. Rimane perciò impregiudicato il discorso, sul piano della politica legislativa e dell’attività amministrativa, circa l’opportunità o meno della proibizione o della liberalizzazione del consumo di droghe, e non affrontiamo in questa sede tale tema. Ciò che preme osservare è che una eventuale liberalizzazione del consumo di sostanze stupefacenti è una lecita opzione politica, ma non costituisce affatto un obbligo, fondato su una asserita “libertà di drogarsi”.

Venendo alla considerazione in via subordinata, la “libertà di drogarsi” può riconoscersi solo in ipotesi di mancanza di (pericolo di) danni ai terzi. Per intendersi, qualora lo Stato consenta, per ragioni di opportunità politica, un procacciamento di sostanze stupefacenti – e il discorso vale anche in ipotesi in cui è consentito il consumo di sostanze dannose, come di bevande alcoliche – il loro uso può ritenersi costituzionalmente tutelato solo in ipotesi di mancanza di pericolo reale, cioè di minaccia a beni di terzi. Per riprendere le parole di un giovane e promettente costituzionalista, pur nella prospettiva dell’autodeterminazione, si deve operare una “distinzione tra «utilizzo diligente» ed «utilizzo negligente» delle sostanze”¹⁰², cioè la discriminazione fra impiego di sostanze che possono rappresentare un “mero pericolo”, ma con controllo dell’assuntore, ed invece un uso delle medesime nei casi in cui non possono esistere “regole cautelari efficaci, che consentano all’individuo di mantenere il controllo di fattori di rischio ed evitare il verificarsi dell’evento dannoso”¹⁰³. Orbene, sempre in via subordinata, riteniamo che, in caso di lecito procacciamento di sostanze potenzialmente pericolose, possa essere costituzionalmente riconosciuta la facoltà solo di farne un “utilizzo intel-

¹⁰² Cfr. R. PERRONE, *Il consumo*, cit., 489.

¹⁰³ Cfr. R. PERRONE, *Il consumo*, cit., 491.

ligente”, e non può essere ammesso un uso indiscriminato. Per esemplificare, un individuo può legittimamente assumere droghe, se si trovi in situazione di invalidità fisica e non debba compere attività rese pericolose dalla sua alterazione, così come può ubriacarsi nella propria casa con familiari od amici che neutralizzino eventuali sue azioni sconsiderate.

Il diritto fondamentale all'autodeterminazione non può quindi tradursi nel motto: “libera droga in libero stato”.

9. *Il generale diritto di libertà non è correlato all'egoismo né a concezioni libertarie*

Concludiamo il discorso sulla libertà di fare tutto ciò che non rechi danno ad altri con una considerazione già prospettata in altri scritti riguardanti la disponibilità del proprio corpo¹⁰⁴.

Il timore che la configurazione di tale “generale diritto di libertà” e dei micro-diritti, che da esso derivano in via mediata, contribuisca a favorire la diffusione di una cultura “edonistica” e di una mentalità egoistica degli individui non ci sembra per nulla fondato. A tacere dei confini tracciati sul piano giuridico e della conseguente delimitazione delle situazioni giuridiche soggettive costituzionali in oggetto, può avanzarsi una motivazione di ordine pragmatico.

Che il libertarismo estremista, l'apologia del “fare i propri comodi”, siano tendenze deteriori, da contrastare con energia, non ci sembra dubbio. D'altronde trattasi di atteggiamenti, che si riscontrano nel comportamento effettivo, nella prassi degli individui, ma non hanno un fondamento culturale, cioè filosofico-politico ed appartengono, può dirsi, solo ad una patologia sociale che non è legittimata da un forte pensiero. Però l'impegno per la diffusione di uno spirito altruistico e di concezioni solidaristiche non si giova della negazione di spazi di libertà che non sia giustificata dalle ragioni dell'altruismo e del solidarismo.

L'impedimento di svolgere attività che generano piacere è sempre qualcosa di sgradevole per gli individui. È ovvio che attività piacevoli per chi le pone in essere vanno vietate quando esse possono provocare sofferenze altrui e quindi si devono far valere interessi pubblici o di terzi. Ma la propensione ad accettare limiti allo svolgimento di attività che provo-

¹⁰⁴ V., in tal senso, le considerazioni conclusive del nostro scritto, *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Diritto e società*, 2002, 361 ss.

cano piacere può essere forte solo se questi limiti non si estendono oltre la loro *ratio* e rimane una sfera ampia di liceità di comportamenti piacevoli. Una costrizione oltre i limiti della *ratio* giustificatrice, cioè della tutela degli interessi altrui, risulta poco accettata e può indurre, per reazione, a spinte libertarie e quindi all'eccesso opposto. La tendenza all'egoismo ed alla ricerca del piacere senza rispetto del bene altrui può esser contrastata non da concezioni di natura monacale, bensì dal riconoscimento di una ragionevole pretesa a cercare il proprio piacere nel rispetto della soddisfazione delle esigenze altrui.

L'esperienza storica sembra comprovare questa tesi. La compressione della libertà può generare, ed ha generato, per reazione la tendenza alla concezione di una "libertà libertaria", e non liberale. Perciò si tratta di teorizzare e di realizzare una "libertà liberale", che sia ben delimitata da istanze sociali, ma che neutralizzi le sollecitazioni ad un'austerità che comprime oltre il necessario la ricerca e la realizzazione di una vita piacevole da parte degli individui.

