



# GIUSTIZIA INSIEME

# 1

*Rivista quadrimestrale online*

**gennaio-aprile 2026**

[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)

Direttrice scientifica: **Paola Filippi**

## Attorno a questo corpo dalle mille paludi

Riflessioni dal V Convegno di Giustizia Insieme, 6 giugno 2025, Roma

a cura di  
**Margherita Occhilupo**

### ■ Con i contributi di

Mirzia Bianca, Valentina Calderai, Stefano Canestrari, Marilisa D'Amico, Marco Dell'Utri, Costantino De Robbio, Paola Filippi, Emanuela Fronza, Elisabetta Lamarque, Gabriella Luccioli, Susanna Marietti, Sibilla Ottoni, Luigi Patronaggio, Raffaele Piccirillo, Giovanna Pistorio, Mario Serio, Donatella Stasio

**Direttrice scientifica**

Paola Filippi

**Vice direttore scientifico**

Costantino De Robbio

**Direttore responsabile**

Marcello Basilico

**Comitato scientifico**

Ernesto Aghina, Alfonso Amatucci, Mirzia Rosa Bianca, Giovanni Canzio, Bruno Capponi, Corrado Caruso, Carlo Citterio, Roberto Giovanni Conti, Angelo Costanzo, Franco De Stefano, Marco Dell'Utri, Pasquale Fimiani, Fabio Francario, Giacomo Fumu, Carlo Vittorio Giabardo, Mitja Gialuz, Tania Groppi, Enrico Grosso, Gabriella Luccioli, Enrico Manzon, Giuseppe Melis, Antonella Meniconi, Lorenzo Miazzi, Vincenzo Militello, Dino Petralia, Daniela Piana, Simone Pitto, Roberto Romboli, Giuseppe Santalucia, Giuliano Scarselli, Mario Serio, Carmelo Sgroi, Giorgio Spangher.

**Comitato di redazione**

Marta Agostini, Giuseppe Amara, Maria Cristina Amoroso, Andrea Apollonio, Beatrice Bernabei, Franco Caroleo, Riccardo Ionta, Luca Marzullo, Alessandro Nastri, Lorenzo Novellini, Sibilla Ottoni, Donatella Palumbo, Michela Petrini, Elisabetta Pierazzi, Morena Plazzi, Vincenzo Antonio Poso, Laura Reale, Federica Salvatore.

Giustizia Insieme (GI) è una rivista online, iscritta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 68 del 5 maggio 2023; costituisce prosecuzione della Rivista cartacea, fondata nel 2009 e iscritta per la prima volta al registro della stampa del Tribunale di Roma con autorizzazione n. 313 del 18 settembre 2009.

La Rivista è aggiornata quotidianamente e fascicolata quadrimestralmente, ad accesso libero, consultabile anche scaricando l'app di GI, le istruzioni sono reperibili ricercando l'app di GI sotto la voce Giustizia e Comunicazione. Attraverso l'attivazione delle notifiche si riceve la comunicazione della pubblicazione quotidiana.

La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

È proprietario della testata il Movimento per la Giustizia art. 3 E.T.S.

Il contributo dei redattori e degli autori è a titolo gratuito.

Gli articoli pubblicati nel fascicolo quadrimestrale, secondo selezione della direzione sono inviati a revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato di redazione. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

Coordinatrice di redazione: Margherita Occhilupo

Webmaster: Paolo Sparaci

I fascicoli quadrimestrali sono pubblicati a cura di



Via A. Gherardesca

56121 Ospedaletto (Pisa)

# Indice

## I. Il corpo della donna

1. Corpo e potere di *Marco Dell’Utri* ..... » 3
2. Il lavoro “gestazionale” preso sul serio di *Valentina Calderai*..... » 7
3. Il corpo delle donne e la misura della discriminazione di *Marilisa D’Amico*..... » 23

## II. Il corpo sofferente

1. Il principio dell’intangibilità del corpo: riflessioni penalistiche sull’*habeas corpus* contemporaneo di *Stefano Canestrari* ..... » 31

## III. Il corpo del minore

1. Il corpo del minore di *Gabriella Luccioli* ..... » 53
2. Il corpo del minore. Il conflitto tra autodeterminazione e protezione di *Mirzia Bianca* ..... » 57
3. Il corpo del minore nella prospettiva costituzionale di *Elisabetta Lamarque* ..... » 63

## IV. Il corpo detenuto

1. Il corpo detenuto di *Donatella Stasio*..... » 75
2. Il corpo detenuto oggi di *Susanna Marietti* ..... » 79
3. L’espressione di sé dei corpi detenuti di *Mario Serio* ..... » 83

## V. Il corpo prigioniero

1. Attorno al corpo: giustizia, potere e diseguaglianze di *Paola Filippi*..... » 89
2. Il corpo prigioniero di *Emanuela Fronza*..... » 93
3. Il corpo prigioniero di *Raffaele Piccirillo*..... » 101

## VI. Il corpo migrante

1. Il corpo migrante di *Sibilla Ottoni*..... » 109
2. Considerate se questo è un uomo di *Luigi Patronaggio* ..... » 113
3. Scelte politiche e diritti dei migranti di *Giovanna Pistorio* ..... » 119

**VII. Conclusioni**

1. Il corpo e le scelte individuali come antidoto all'omologazione degli assetti di potere di *Costantino De Robbio* ..... » 131

# I. Il corpo della donna



# 1. Corpo e potere

Il corpo umano ha da sempre rappresentato un mistero.

Le radici più antiche del pensiero occidentale ne hanno tramandato la considerazione alternata tra il platonico carcere dell'anima e la singolare e indissolubile combinazione aristotelica di materia e forma.

Un'ambivalenza che la prima cristianità ha saputo tradurre, a partire dal mistero dell'incarnazione divina, in modelli teologici esemplari e in raffinati sistemi morali.

A questa costitutiva ambivalenza ontologica del corpo umano il pensiero scientifico moderno ha ritenuto di potersi sottrarre sollecitando una visione del corpo dominata dall'esclusiva considerazione dei suoi elementi quantitativi (o artificialmente quantificabili), e relegandone ogni dimensione qualitativa (la mente, il pensiero, l'anima o lo spirito) al dominio della metafisica o della religione.

Proprio in questo contesto del pensiero moderno, con riguardo alla considerazione del corpo, il diritto ha smarrito la sua strada: perduto distratto, negligente o disinteressato, ha presupposto il Soggetto (di ascendenza cartesiana) come datità trascendentale, ne ha arredato il mondo con il caleidoscopio dei beni scambiabili o producibili, e ha abbandonato la sorte del corpo agli arbitri dei giovani Stati sovrani, ai disegni manipolatori della loro biopolitica, e alla disciplina morale delle chiese.

Nella misura in cui il contenuto dei codici borghesi andava costruendo il governo delle società moderne attorno alla regolazione dell'autonomia del Soggetto nella gestione economica del suo patrimonio, il

corpo scompariva da ogni orizzonte della giuridicità civile, per ricomparire, ora brutalizzato, torturato, più spesso rinchiuso, tra gli arnesi punitivi del potere pubblico, quelli correttivi dei sanatori o delle istituzioni manicomiali, quando non mortificato dalle severe censure morali delle autorità religiose.

Quando finalmente riapparve in un testo normativo ufficiale (fuori dai misteriosi regolamenti o dalle nascoste circolari del potere), il codice civile italiano del 1942 guardò al corpo (o più propriamente, alle sue parti) al solo fine di regolarne la disponibilità da parte del suo 'titolare'; una disponibilità riconosciuta e consentita nei rigorosi limiti della sua pur sempre preservata integrità, a beneficio degli interessi della collettività o della Nazione, secondo i toni consueti della stanca retorica del tempo.

Il corpo come mero oggetto, dunque, affidato alle mani del suo 'padrone' spirituale, in coerenza ai canoni classici della tradizione idealistica.

Ma sono, quelli, gli anni in cui la riduzione del corpo a mero oggetto veniva rivelando il suo risvolto più oscuro e terrificante, attraverso il racconto del corpo (o, meglio, dei corpi) orrendamente ritratti dalla pagina di Primo Levi.

È, dunque, un uomo quello il cui corpo diventa programmaticamente la 'cosa' voluta dagli altri? L'oggetto che (in contrasto con ogni imperativo di ascendenza kantiana) è destinato a fornire il mezzo per la realizzazione d'interessi altrui?

Sono queste le premesse storico-culturali che, dalla metà del secolo scorso, hanno ispirato e animato l'elaborazione delle carte

giuridiche di respiro internazionale per cui al singolo è restituito (o, forse, realmente consegnato per la prima volta nella storia) l'esercizio di una piena sovranità su se stesso: il principio del consenso informato della persona per ogni azione che ambisca a toccarne il corpo; la considerazione della salute, non più come assenza di patologie funzionali di una quantità materiale, ma come completo stato di benessere fisico, psicologico e sociale.

Se, dunque, corpo e mente non appaiono ormai più districabili agli occhi del più avvertito pensiero scientifico contemporaneo, neppure al diritto (come all'orizzonte della cultura contemporanea) è più consentito guardare al corpo come a qualcosa di dissociabile dalla 'persona' in cui consiste: la conferma, l'ennesima, dell'insufficienza o della banalità della frusta distinzione categoriale di un mondo arredato di soli soggetti e oggetti tra loro ontologicamente contrapposti.

Eppure, il racconto del mondo contemporaneo ci ammonisce che la considerazione del corpo alla stregua di una cosa, la sua oggettivazione; lo sforzo di ridurlo a pura quantità biologica; il recupero di una sua pretesa natura meramente strumentale, costituiscono i tratti di una tentazione permanente, o quantomeno ricorrente, nella storia dell'uomo; il segno, quasi, della fatale attrazione a cui conducono i sotterranei percorsi della volontà di potenza; ora travestita degli interessi della politica, talora dei panni della tecnica, più spesso della cupa avidità del denaro, fino a precipitare nel travestimento abissale dell'istintualità ferina.

È, in definitiva, il 'potere' (nelle multiformità delle sue manifestazioni) il vero antagonista, foucaultianamente, della libertà del corpo; la minaccia che insidia senza tregua i progetti della persona e gli spazi della sua fioritura.

Sullo sfondo di queste considerazioni si muovono la curiosità e l'impegno del giurista contemporaneo volti a ricapitolare lo stato attuale del corpo alla luce degli assetti dei poteri che ci circondano.

Si tratta di tornare a guardare i contesti o le situazioni della vita individuale o collettiva all'interno dei quali la vita del corpo rinnova il suo confronto con le criticità più antiche, o si avvia all'incontro con quelle proprie del tempo nuovo, secondo una dialettica che guarda, da un lato, all'esercizio delle libertà della persona e delle sue prerogative di liberazione e, dall'altro, alle forme della coercizione, della sua istituzionalizzazione e dei sistemi che la gestiscono.

Da qui l'interrogativo sui poteri che minacciano la condizione del corpo sofferente, segnato dal dolore fisico o dai tormenti del disagio psicologico; sui limiti entro i quali le esigenze morali o il sentimento religioso della collettività o le ambizioni del pensiero scientifico valgono ancora a giustificare l'imposizione, contro ogni volontà o convinzione personale, di trattamenti o cure non accettate né sollecitate da chi sperimenta direttamente, sulla propria persona, l'esperienza del dolore.

E ancora, gli interrogativi sulla condizione del corpo della donna o di quello, in formazione, del minore, sulla consistenza delle esigenze, nuove o antiche, che quei corpi continuamente esprimono e sulle forme in cui si manifesta la violenza delle culture, delle ideologie e delle forme di sfruttamento o di soggezione che ancora quei corpi opprimono o si propongono di farlo.

Sul piano della coercizione agita in chiave istituzionale (o latamente politica), la ricerca è indotta a riflettere sui limiti entro i quali la detenzione all'interno delle istituzioni carcerarie, l'imprigionamento o il trattamento generale delle popolazioni civili nei contesti bellici, e ancora la gestione po-

litica dei fenomeni migratori (sul cui ‘contrasto’ sin troppo disinvoltamente appaiono costruiti percorsi e programmi strumentali di natura politica), possano considerarsi ancora compatibili con quel ‘senso di umanità’, che pure l’art. 27 della Costituzione italiana richiama come limite (non solo negativo) dei trattamenti sanzionatori interni, e che, riferito all’esperienza della guerra, conferisce almeno uno dei significati del suo ‘ripudio’ come strumento di offesa alla libertà dei popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (art. 11 della Costituzione).

Il desolante racconto della cronaca dei giorni presenti richiama la nostra attenzione sul dovere della ‘sacralità’ e, dunque, sul dovere di avvertire il senso del limite che la barriera del corpo pur sempre esprime sul piano simbolico, a fronte delle troppe stragi che tornano a raffigurare masse di corpi straziati, trasformati (ora in chiave offensiva, talora in chiave difensiva) alla stregua di strumenti umani nelle mani di un odio che appare inestinguibile.

Se una responsabilità è oggettivamente imputabile all’essere umano, questa è senz’altro la negligente dissipazione delle proprie memorie storiche e culturali; se ancora non è distinguibile un senso del mondo a venire – la pronuncia della parola profetica – è tuttavia senz’altro doveroso il discernimento di ciò che, per comune e generalizzata nozione, ha reso la memoria materia di giustizia; che ha scolpito sulla carne dei nostri corpi ciò “che non siamo, ciò che non vogliamo”.

MARCO DELL’UTRI



## 2. Il lavoro “gestazionale” preso sul serio

**SOMMARIO:** 1. L'ipotesi del lavoro. – 2. (Segue) *From status to (labor) contract*. – 3. Imprenditrici di se stesse, ovvero: l'Economia dell'intimità. – 4. Le parole e le cose. – 5. Bioeconomia del lavoro gestazionale. – 6. I limiti costituzionali del paradigma lavoristico.

### 1. L'ipotesi del lavoro.

Nelle aule di giurisprudenza s'insegna che le categorie della “cosa” e della “persona” si escludono reciprocamente. I concetti ereditati dal passato disegnano un orizzonte di dualismo estremo: così gli «atti di disposizione del corpo», nell'art. 5 del codice civile, postulano un diritto soggettivo quasi dominicale su un oggetto materiale, una «cosa», che fa capo a un soggetto spirituale, una «persona»<sup>1</sup>. Questo è il fondamento metafisico dell'assimilazione

del corpo a un “bene” in senso giuridico, oggetto poteri esclusivi di godimento e di disposizione, con il limite esterno del controllo di ordine pubblico sulle finalità<sup>2</sup>. Eppure nella storia del diritto le categorie della cosa e della persona si sono rivelate così duttili e permeabili che la loro funzione, si può supporre, non è tanto erigere barriere, ma aprire vie di comunicazione: condizioni e procedure attraverso le quali la “cosa” può essere in certi casi e a certi fini assimilata alla “persona” e la “persona” alla cosa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dove la categoria dell'atto di disposizione evoca la proiezione esterna di un diritto soggettivo «configurante poteri di esercizio», modellato sui diritti reali, per mezzo della quale «si esprime la sottoposizione della *res* a questo potere del soggetto» ha per contenuto poteri esclusivi di godimento e di disposizione del “bene”. Per l'analisi della proprietà in un lato interno e uno esterno, corrispondenti rispettivamente all'esercizio del diritto e all'atto di disposizione in senso proprio: S. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1980, 444. In generale, sul concetto di atto dispositivo: L. MENGONI - A. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1961, 189-194, e sulla sua inapplicabilità al sé: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>2</sup>, Napoli, 1966, 51; R. ROMBOLI, Art. 5, in *Commentario al Codice civile, Persone fisiche*, a cura di A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI - U. BRECCIA - A. DE VITA, Bologna, 1988, 229; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del proprio corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 241 ss. Sul significato storico della assimilazione dell'integrità fisica ai diritti reali: F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, 1990, n. 668, 742; e in rapporto al problema della in/disponibilità dei diritti fondamentali: E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 2019, 74 ss.

<sup>2</sup> Nel decennio a ridosso del secondo conflitto mondiale, l'esistenza di un'area dispositiva speciale rispetto al diritto comune dei contratti era già acquisita: di qui la inidoneità del consenso a costituire una fonte esclusiva di obbligazioni e l'affermazione d'un penetrante controllo sulla socialità e moralità dell'atto, al fine di conciliare l'esigenza di garantire al singolo un certo potere di disporre del corpo con una tutela dell'integrità fisica adeguata alla categoria emergente dei diritti della personalità: P. CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, in *Foro it.*, 1936, IV, 284 ss., 285; A. CANDIAN, *Riflessioni sul consenso dell'avente diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, 459; S. ROMANO, *Revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, 6; A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1933, 362.

<sup>3</sup> R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2010, 80 ss. Sulla parabola dell'art. 5 c.c., da *lex generalis* a norma residuale, sostanzialmente priva di applicazioni nella pratica clinica, dove è stata destituita da separati corpora normativi che regolano donazione di tessuti, accesso a terapie sperimentali, modificazione dei caratteri sessuali e, in generale, gli atti che possono determinare la diminuzione permanente dell'integrità fisica, all'insegna di un diverso equilibrio tra autonomia individuale e interessi collettivi: F.D. BUSNELLI, *Per una rilettura del “diritto delle*

Il diritto romano distingueva l'uomo secondo il *jus naturale* dalla persona secondo il *jus civile*<sup>4</sup>: «un dispositivo formale che isola in ognuno di noi, a prescindere da quello che abbiamo di irriducibilmente singolare, una personalità giuridica che non svela quasi niente della nostra realtà fisica, psichica e sociale, poiché si riduce a una funzione: alla nostra capacità di detenere e esercitare dei diritti»<sup>5</sup>. La nullità delle stipulazioni con cui un cittadino è venduto, o vende se stesso, come schiavo («*quia nec dari oportere intendi nec aestimatio eius prae-*

*stari potest*»<sup>6</sup>), suggerisce che in quell'ordinamento la “cittadinanza” custodiva certe prerogative che gli ordinamenti moderni affidano alla “persona”. Precisamente il postulato dell'identità tra il concetto giuridico di persona e l'essere umano in quanto tale, titolare di diritti «innati», introduce la messa al bando della schiavitù e della servitù della gleba (*Leibeigenschaft*: letteralmente “proprietà del corpo”) nella prima apparizione della nuda vita<sup>7</sup> in un codice civile moderno (§ 16 ABGB): «Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet».

Questo afflato universalista e illuminista è vivo nel diritto contemporaneo, dove “persona” designa l'essere umano vivente, considerato come individuo e rappresentante della specie (*Gattungswesen*)<sup>8</sup>. La doppia apertura del concetto si specchia nel regime giuridico bifronte della tutela (diritti della personalità e diritti fonamen-

persone” di cinquant'anni fa, in AA.VV., *I cinquant'anni del Codice civile. Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, I, Milano, 1993, 128 s.; Id., *Rifiuto di terapie*, ora in *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 225 ss., 227. V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Ann. Enc. dir.*, VIII, 2015, 225 ss., 251; M. DELL'UTRI, *Sub. art. 5*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle Persone*, a cura di A. BARBA - S. PAGLIANTINI, Torino, 2021, 470. L'attrazione nel campo gravitazionale della tutela costituzionale della libertà personale (art. 13 Cost.) e della salute (art. 32 Cost.) ha determinato lo slittamento semantico del consenso da meccanismo di disposizione di diritti soggettivi a strumento di partecipazione alle vicende che toccano interessi personalissimi e vitali (art. 2 Cost.), con valore essenzialmente autorizzatorio, necessario ma non sufficiente rispetto a misure oggettive di garanzia. Il senso originario dell'art. 5 c.c. è stravolto: già norma permissiva (o dispositivo di rinuncia, alle condizioni stabilite dall'ordinamento, a un diritto) è ora norma sanzionatoria o norma sui meccanismi di tutela: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 125. Adde M. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, § 20.

<sup>4</sup> D 50. 17. 32: «Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur. Non tamen et iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt». Cfr. Y. THOMAS, *Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome*, in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987)*, Rome, 1991, 201 ss., 202: «Les juristes pensent nettement ces deux droits comme deux genres successifs et contradictoires: entre esclavage et liberté, statuts et égalité, propriété et jouissance commune, il y a toute la distance qui sépare l'histoire de ce qui n'est pas encore elle».

<sup>5</sup> Y. THOMAS, *L'essere concreto e la sua persona*, in O. CAYLA - Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Milano 2004, 109 ss., 111 (tit. or. *Du Droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, 2002).

<sup>6</sup> Modestinus, D 45.1.103. Adde: Pomp. 9 ad Sab. D. 18, 1, 6 pr.: Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias <prohibitam> alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur.

<sup>7</sup> Sulla «nuda vita» come vita esposta alla violenza (giuridica): G. AGAMBen, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 74 ss., e S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Roma-Bari, 2006, 9 ss., su un tema di W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, in R. TIEDEMANN - H. SCHWEPPEHÄUSER (a cura di), *Gesammelte Schriften*, Band II-1, Frankfurt, 1999, 179 (trad. it. *Per la critica della violenza*, in *Angelus Novus*, Torino, 1962).

<sup>8</sup> J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt, 2001, 76 (trad. it. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002). La parola già in Marx significa l'uomo in quanto «fa della sua attività vitale l'oggetto stesso della sua coscienza»: K. MARX, *Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahre 1844*, trad. it. N. Bobbio, *Manoscritti economici-filosofici del 1844*, Torino, 1968, 74.

tali), nello statuto ambivalente del corpo (sostrato biologico delle scelte individuali e limite all’impossessamento da parte di poteri pubblici e privati) e nella conseguente contesa intorno al significato del principio di dignità della persona: *constraint* versus *empowerment*<sup>9</sup>.

Ma la funzione-persona del retroterra romanistico non è scomparsa. Di là dagli ovvi riferimenti alle persone giuridiche e a certe figure residuali del diritto successorio<sup>10</sup>, la ritroviamo ogni volta che le trasformazioni sociali e l’innovazione tecnologica erodono lo statuto speciale del corpo umano rispetto alle “cose” valutabili *à prix d’argent*. Al tempo della rivoluzione industriale, la finzione di un soggetto astratto, signore del proprio corpo, ha permesso di separare la forza lavoro dalla persona e attribuire alla prima un valore di scambio, nella costruzione dell’infrastruttura negoziale della produzione di massa. Questa stessa finzione è oggi la base del flusso incessante di nuovi,

efficienti *assets* proprietari<sup>11</sup>, ottenuti dall’attrazione all’universo dei beni di «cose» già inappropriabili e indisponibili, nell’economia dei servizi e della conoscenza: genoma e i tessuti biologici<sup>12</sup>, dati comportamentali e biometrici catturati per mezzo di sensori<sup>13</sup>, fertilità e capacità riproduttiva.

## 2. (Segue) *From status to (labor) contract.*

Le pagine che seguono osservano l’infrastruttura giuridica della surrogazione di maternità attraverso le lenti di una grande dicotomia del pensiero economico e politico occidentale: intendo la divisione tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo, che il diritto privato declina nella dicotomia Famiglia/Patrimonio<sup>14</sup>. Se esiste un merca-

<sup>9</sup> R. BROWNSWORD, *Bioethics Today, Bioethics Tomorrow: Stem Cell Research and the Dignitarian Alliance*, in *Notre Dame J. Law Ethics & Public Policy*, 2003, 15, 20. Nella letteratura giuridica italiana, v. almeno gli importanti contributi di F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, 2007)*, a cura di A. ARGIROFFI - P. BECCHI - D. ANSELMO, Roma, 101 ss.; P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, ora in *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 29 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801 ss.; ID., *La dignità*, in *Tr. Biodiritto*, diretto da P. Zatti e S. Rodotà, I, Milano, 2010, 259 ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1 ss.; S. RODOTÀ, *Antropologia dell’uomo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.; ID., *Dal soggetto alla persona, in Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 140 ss., 147 ss.

<sup>10</sup> Gli ordinamenti contemporanei conservano le vestigia delle finzioni (cfr. artt. 462, 784 cod. civ.) coniate dal diritto comune al fine permettere la trasmissione dei patrimoni oltre i limiti dell’esistenza dell’autore, dissociando il tempo giuridico della persona dal tempo storico dei viventi: Y. THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, in *Le Débat*, 1998, 85 ss.

<sup>11</sup> H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *Am. Econ. Rev.*, vol. 57, 1967, 347 ss.

<sup>12</sup> F. SCOTT-KIEFF (a cura di), *Perspectives on Properties of the Human Genome Project*, Elsevier, 2003; N. HOPPE, *Bioequity. Property and the Human Body*, Ashgate, 2009; I. GOOLD - K. GREASLEY - J. HERRING et al (a cura di), *Persons, Parts and Property: How Should We Regulate Human Tissue in the 21st Century?*, Hart, 2014; V. CALDERAI, *The Self and the Commodified Self: Biotechnologies before the Bare Life*, in H.W. MICKLITZ - G. VETTORI (a cura di), *The Future of the Person*, Oxford, 2025, 211 ss.

<sup>13</sup> P.M. SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 117, 2004, 2056 ss.; J. DREXL, *Data Access and Control in the Era of Connected Devices*, Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC, 2018; ID., *The (Lack of) Coherence of Data Ownership with the Intellectual Property System*, in N. BRUUN - G.B. DINWOODIE - M. LEVIN - A. OHLY (a cura di), *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*, Cambridge, 2020, 213 ss.; S. ZUBOFF, *Big other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in *Journal of Information Technology*, vol. 30, 2015, 75 ss.; EAD., *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books, 2019; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell’odierno «diritto dello Sviluppo economico»*, in *Pol. dir.*, 2018, 507 ss.

<sup>14</sup> C.F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Veit, 1840-1849, § 9, 22 ss.; D. KENNEDY, *Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *Am. J. Comp. Law*, vol. 58, 2010, 811-841, e la lettura di M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando*

to della surrogazione di maternità deve esistere una domanda e un'offerta. Ma cosa è offerto esattamente? A cosa si obbliga, cosa presta una madre surrogata: la rinuncia a costituire lo stato filiale? la propria capacità riproduttiva? direttamente a consegnare ai committenti il figlio dato alla luce? Tutte queste "cose" assieme?

In questo quadro, la possibilità di ascrivere la prestazione delle madri surrogate alla fenomenologia del lavoro è rimasta in disparte e nell'ombra. Soprattutto in Europa, la riluttanza di legislatori, giudici, giuristi accademici ha radici profonde nella tenuta della dicotomia tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo. La qual cosa, incidentalmente, spiega in parte la preferenza per la surrogazione detta solidale<sup>15</sup>. Per ragioni radicate nello stereotipo del sacrificio femminile – una specie di versione secolarizzata della massima *non lo fo per piacer mio ...* – la surrogazione asseritamente altruistica corrobora la fiaba tranquillante che la surrogazione di maternità possa essere regolata in modo rispettoso dei diritti di tutti i soggetti coinvolti<sup>16</sup>; che l'assenza di corrispettivo esoneri il diritto dal valutare se la prestazione possa costituire l'oggetto di una pretesa giuridica-

mente coercibile<sup>17</sup>; che non abbia niente a che vedere con la gabbia di vetro e di silicio del capitalismo contemporaneo.

Vero è che surrogazione commerciale avanza in tutto il mondo, sulle ali della competizione regolatoria<sup>18</sup>, incurante dell'entusiasmo per la surrogazione detta solidale. Le ragioni dello scacco dei modelli regolatori ispirati all'altruismo si annidano nei costi di transazione insostenibili di una maternità di sostituzione autenticamente solidale e ispirata al principio della extra-patrimonialità del corpo e dello stato filiale: in assenza di incentivi economici adeguati, non abbastanza donne sono disposte a farsi carico dell'onere fisico e psicologico di una gravidanza<sup>19</sup>; in mancanza di efficaci garanzie *ex ante* in merito alla coercibilità degli accordi, troppi aspiranti genitori preferiscono ri-

*parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, 20-24.

<sup>15</sup> Sui modelli di legislazione v. la documentata indagine di A.G. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, 102 ss., 226 ss. P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 219 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 52; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come far cose con regole*, in *Jus civ.*, 2017, 1097, 1100 ss.

<sup>16</sup> A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, a cura di M. CAIELLI - B. PEZZINI - A. SCHILLACI, CIRSD, 2019, 179 ss.; B. PEZZINI, *Riconoscere responsabilità e valore femminile: il principio nel nome della madre' nella gravidanza per altri*, in *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2017, 91 ss.

<sup>17</sup> La pura e semplice assenza di corrispettivo economico non soddisfa l'esigenza, riconosciuta in tutti gli ordinamenti, di preservare uno spazio libero dalla *Geschäftlichkeit*: U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 46 ss.

<sup>18</sup> C. FENTON-GLYNN - J. SCHERPE, *Surrogacy in a Globalised World. Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, in *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, a cura di J. SCHERPE - C. FENTON-GLYNN - T. KAAAN, Cambridge, 2019, 518, 577. Sui potenziali effetti distortivi dei «law markets» v. H.W. SINN, *The New System Competition*, Oxford, 2003; A. PETERS, *The Competition between Legal Orders*, in *Int. L. Res.*, 2014, 45 ss.; R. MICHAELS, *Make or Buy – a Public Market for Legal Transplants?*, in H. EIDENMÜLLER (a cura di), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Oxford, 2013, 27 ss.; J. STARK, *Law for Sale*, Oxford, 2019, specialmente i capp. 4 e 5. Nella letteratura italiana, oltre al volume antesignano a cura di A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004 (e, ivi, il saggio introduttivo), v. ora A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 83 ss.; Id., *Famiglia e biodiritto civile*, ivi, 2019, 713, 736 ss.

<sup>19</sup> Sul fallimento dei modelli altruistici di regolamentazione nel Regno Unito e in Portogallo, v. rispettivamente, A. ALGHRANI - D. GRIFFITHS, *The Regulation of Surrogacy in the United Kingdom: the Case for Reform*, in *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, 2017, 18 ss. e A. NONELL I RODRIGUEZ, *Unlocking the implementation of altruistic surrogacy in Portugal: inclusive legal reform proposals through a comparative analysis*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 39, 2025, eba003.

volgersi ai servizi di surrogazione commerciale offerti da cliniche specializzate sotto l’ombrello di legislazioni *business-friendly*, piuttosto che sottostare alla discrezionalità di una sconosciuta e a pervasivi controlli giurisdizionali e amministrativi<sup>20</sup>.

Queste indicazioni invitano a guardare al di là del mondo chiuso del contratto di surrogazione di maternità. La fissazione sull’accordo tra la gestante e i committenti oscura la complessa organizzazione imprenditoriale che rende possibile la pianificazione e l’esecuzione di contratti esposti a ogni sorta di ostacoli e di sopravvenienze: agenzie di *brokers*, studi legali, cliniche della fertilità. Nessuno nega che la partecipazione all’industria della discendenza dei soggetti coinvolti in queste organizzazioni avvenga a titolo di lavoro, dipendente o professionale: perché non le madri surrogate? Rispondere a questa domanda significa prendere sul serio l’ipotesi che la surrogazione di maternità sia considerata alla stregua di un lavoro che implica l’uso del corpo, nella prospettiva di tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili e di riduzione del danno, percorrendo sentieri già sperimentati in alcuni ordinamenti nella regolamentazione della prostituzione<sup>21</sup> e dei *clinical trials*<sup>22</sup>.

Queste strategie colgono, a mio avviso, un elemento di debolezza reale della critica alla surrogazione di maternità fondata sul principio di dignità e sulla inalienabilità della persona<sup>23</sup>, laddove non sempre riesce a spiegare in che modo il lavoro riproduttivo sarebbe diverso dalle tante forme di lavoro fondato sull’uso e il commercio del corpo più o meno accettate e codificate nella cultura e nelle leggi<sup>24</sup>. Soprattutto, non spiega in cosa precisamente consista l’offesa intollerabile alla dignità della donna evocata dalla Consulta in un’importante decisione<sup>25</sup>: se sia insita nella surrogazione di maternità in quanto tale o nella struttura radicalmente asimmetrica delle transazioni.

Nell’intraprendere questa indagine, d’altra parte, occorre evitare di prestare all’ipotesi del lavoro una forza euristica maggiore di quella, che gli spetta, di semplice strumento di analisi. Ciò accade quando dal complesso obbligo di prestazione in capo alla gestante sono isolate le condotte effettivamente riconducibili a una prestazione di “servizi”<sup>26</sup>, senza considerare che l’adempimento delle relative obbligazioni è strumentale all’effetto principale del contratto: la rinuncia della puerpera a costituire lo stato filiale, in dero-

<sup>20</sup> Questo trend è documentato da K. HORSEY, *The future of surrogacy: a review of current global trends and national landscapes*, in *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 48, 2024, 1-16, 11.

<sup>21</sup> M.L. REKART, *Sex-work harm reduction*, in *Lancet*, 2005, 2123-2134; B. BROOKS - GORDON - M. MORRIS - T. SANDERS, *Harm Reduction and Decriminalization of Sex Work: Introduction to the Special Section*, in *Sex. Res. Social Policy*, 2021, 809-818. M.R. MARELLA, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pólemos*, 2008, 35-72; P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Consulta Online*, III, 2019, nonché il rapporto del Servizio studi della Corte costituzionale, a cura del medesimo Autore, *Cenni sull’inquadramento giuridico della prostituzione*, Roma, 2019 ([https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Comp\\_248\\_Internet.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Comp_248_Internet.pdf)).

<sup>22</sup> M. COOPER - C. WALDBY, *Clinical Labor: Tissue Donors and Research*

*Subjects in the Global Bioeconomy*, Durham (N.C.), 2014.

<sup>23</sup> C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Redwood City, 1988, 209 ss.; E. ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge (Mass.), 1993; EAD., *Is Women’s Labor a Commodity?*, in *Phil. & Pub. Aff.*, vol. 19, 1990, 71 ss.; M.J. RADIN, *Contested Commodities: The Trouble with the Trade in Sex, Children, Bodily Parts, and Other Things*, Cambridge (Mass.), 1996; EAD., *Market-Inalienability*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 100, 1987, 1849.

<sup>24</sup> M. NUSSBAUM, “Whether From Reason Or Prejudice”: *Taking Money For Bodily Services*, in *J. Legal Studies*, vol. 27, 1998, 693 ss.

<sup>25</sup> C. Cost., 8 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 546, 550.

<sup>26</sup> Si pensi ai gravosi obblighi di natura medica e comportamentale, relativi all’assunzione di medicinali, alla sottoposizione a visite mediche, alla dieta, alle modalità del parto, eccetera. Su cui infra, § 6.

ga alla *lex generalis* pressoché universale<sup>27</sup>, che attribuisce la maternità alla puerpera<sup>28</sup>.

Le pagine che seguono, tuttavia, non trattano questo aspetto cruciale. Mi propongo invece di dimostrare che la categoria del lavoro, come un reagente chimico, contribuisce effettivamente a mettere a fuoco certi aspetti importanti e trascurati del mercato dei cosiddetti *reproductive services*. La domanda successiva è se una comunità politica «fondata sul lavoro» e sull'eguaglianza tra i sessi incarnato dal costituzionalismo europeo e dalla Carta del 1948 possa tollerare uno statuto *ad hoc* per la donna *laborans*, in via di eccezione a diritti della madre e del figlio altrimenti considerati fondamentali: «La norma si applica all'eccezione disapplicandosi, ritirandosi da essa»<sup>29</sup>.

L'«annullamento» o la «sospensione» dei diritti fondamentali «dentro procedure contrattuali»<sup>30</sup> è precisamente il codice di funzionamento di un dispositivo che, dissimulato dalla retorica della libera scelta, dei nuovi modelli familiari, della solidarietà, addirittura, instaura sulla vita e sull'intimità delle gestanti e dei nascituri un dominio privato con radici antichissime nello statuto

*sui generis* del lavoro riproduttivo in Occidente.

### 3. Imprenditrici di se stesse, ovvero: l'Economia dell'intimità.

Le basi ideologiche risalgono all'estensione dei fondamenti della razionalità economica – «maximizing behaviour, market equilibrium, and stable preferences»<sup>31</sup> – all'analisi di ogni manifestazione dell'esistenza, che dalla Scuola di Chicago s'irradia dalla seconda metà del dopoguerra nelle economie capitaliste, all'insegna di una critica serrata allo Stato regolatore<sup>32</sup>. *Ab ovo*, letteralmente, e cioè dalla famiglia: «the most influential of all institutions»<sup>33</sup>. In quel contesto, l'estensione dell'analisi comparativa dei rendimenti all'intero spettro delle attività umane aveva permesso a Gary Becker di assimilare capacità e doti individuali, innate e acquisite, a «capitale» (*human capital*) generatore di «future monetary and psychic income», alla stessa stregua dei beni (*capital goods*) impiegati nella produzione<sup>34</sup>. Di conseguenza, anche il lavoratore che impiega il proprio capitale umano per ottenere un reddito è un imprenditore: l'imprenditore di se stesso – «étant à lui-même son pro-

<sup>27</sup> Con l'eccezione dei sistemi di parentela patrilineale, un tempo diffusi soprattutto nell'Africa sub-sahariana, in cui i figli hanno un padre ma non una madre. Il problema della continuità della discendenza patrilineare, in assenza di discendenti maschi, è risolto in tal caso autorizzando una donna del gruppo a sposare una donna e assumere la «paternità» dei figli di lei: «The existence of this institution is a formidable confirmation rather than a refutation of the observation that gender difference until very recently was always at the heart of parenthood»: H. WILLEKENS, *Motherhood as a Legal Institution: A Historical-Sociological Introduction*, in H. WILLEKENS - K. SCHEIWE - TH. RICHARZ - E. SCHUMANN (a cura di), *Motherhood and the Law*, Universitätsverlag Göttingen, 2019, 23 s. (e ivi i riferimenti agli studi antropologici).

<sup>28</sup> H. WILLEKENS, *Motherhood*, cit., 29 ss.

<sup>29</sup> G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 22.

<sup>30</sup> Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, § 2.

<sup>31</sup> G. BECKER, *A Treatise on the Family*, Cambridge (Mass.), 1993 (1983), X, 1 ss.

<sup>32</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Parigi, 2004, 232 (trad. it. *Nascita della biopolitica*, Milano, 2005).

<sup>33</sup> Ivi, 19. Una delle prime applicazioni del paradigma si legge infatti in uno studio di Becker dedicato alle dinamiche della fertilità, dove i figli sono considerati quale «source of psychic income or satisfaction and ... a consumption good»: G. BECKER, *An Economic Analysis of Fertility*, in *Demographic and Economic Change in Developed Countries*, Princeton, 1960, 209 ss., 210.

<sup>34</sup> G. BECKER, *A Theory of the Allocation of Time*, in *Econ. Journal*, vol. 75, 1965, 493 ss.

pre capital, étant pour lui-même son propre producteur, étant pour lui-même la source de ses revenus» – nella sintesi esemplare di Michel Foucault<sup>35</sup>.

Discepoli formidabili come Richard Posner, Elisabeth Landes, Richard Epstein hanno applicato gli assunti fondamentali della teoria della scelta razionale ai nuovi mercati della riproduzione e della discendenza, a partire da un semplice assioma: la fertilità è «just another asset, like a professional degree or other job-market human capital»<sup>36</sup>. Il resto segue con l'inesorabilità di un teorema: il libero mercato delle adozioni o della surrogazione di maternità è preferibile alla regolamentazione verticale, perché permette alle famiglie disposte a pagare di più di ottenere bambini di prima qualità e investire sul loro futuro<sup>37</sup>; le clausole contrattuali che impegnano la puerpera a rinunciare al rapporto col figlio dato alla luce sono un modo efficiente di assegnare la risorsa (la prole, il denaro) a chi la valuta di più<sup>38</sup>; il rifiuto di consegnare il nato ai committenti o di abortire su richiesta (se hanno cambiato idea, se la gravidanza è plurigemellare e non desiderano più di un figlio) è un illecito contrattuale, soggetto ad adempimento in forma specifica<sup>39</sup>. *Johnson v Calvert*<sup>40</sup>, la decisione

della Corte Suprema di California che ha costruito l'infrastruttura giuridica del mercato della surrogazione di maternità quale lo conosciamo oggi, è un'espressione paradigmatica di neo-contrattualismo contemporaneo: «intentions that are voluntarily chosen, deliberate, express and bargained-for ought presumptively to determine legal parenthood»<sup>41</sup>. Per trovare un'affermazione altrettanto spregiudicata della libertà di contratto e della tutela dei diritti di proprietà occorre risalire alla giurisprudenza e al mondo di *Lochner v New York*<sup>42</sup>, la sentenza della Corte Suprema federale che nel 1904 mise al bando i limiti legali alla giornata lavorativa.

L'esito ultimo è una rappresentazione del lavoro riproduttivo straordinariamente rarefatta e povera di informazioni. Depurato dai confronti interpersonali di utilità radicati nelle diseguaglianze di sesso, età, condizione sociale, stato di cittadinanza, e nel modo in cui interagiscono e si rafforzano reciprocamente, il commercio dei *gestational services* somiglia al mercato degli economisti neo-classici: un luogo neutrale di incontro tra domanda e offerta, dove soggetti senza qualità entrano o escono a piacimento, nel ruolo che più li aggrada, senza altro limite in via di principio del consenso liberamente manifestato, mossi dalla «invisible hand of procreative preference»<sup>43</sup>. In questo mercato sono tutti imprenditori nel senso di Becker: gli investitori che finanziano l'industria; i medici, gli avvocati, gli intermediari, che aggiungono le competenze professionali; le madri surrogate, che offrono la propria fertilità in eccesso; gli stessi committenti,

<sup>35</sup> M. FOUCAULT, *Naissance*, cit., 186.

<sup>36</sup> R.A. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge (Mass.), 1994 (1992), 425.

<sup>37</sup> E. LANDES - R.A. POSNER, *The Economics of Baby Shortage*, in *J. Legal Studies*, 1978, 323 ss.; R.A. POSNER, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, in *J. Contemp. Health L. & Pol'y*, 1989, 21 ss., 22.

<sup>38</sup> R.A. POSNER, *The Ethics*, cit., 22: «The case for allowing people to make legally enforceable contracts of surrogate motherhood is straightforward. Such contracts would not be made unless the parties to them believed that surrogacy would be mutually beneficial».

<sup>39</sup> R.A. EPSTEIN, *Surrogacy: the Case for Full Contractual Enforcement*, in *Virginia L. Rev.*, vol. 81, 1995, 2305 ss., 2334 ss.

<sup>40</sup> *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84, 94 (1993). Le basi ideologiche si leggono in J.A. ROBERTSON, *Embryos, Families and Procreative*

*Liberty: The Structures of the New Reproduction*, in *South. Cal. L. Rev.*, vol. 59, 1986, 936 ss.

<sup>41</sup> *Johnson v. Calvert*, cit., 95.

<sup>42</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>43</sup> J.A. ROBERTSON, *Legal Structures*, cit., 1030.

che dall'esecuzione del progetto genitoriale traggono «psychic income or satisfaction»<sup>44</sup>.

In questa cornice di assorbimento integrale del lavoro riproduttivo nel lavoro produttivo, cambia il senso delle situazioni soggettive che assumono a riferimento il corpo-persona – libertà, intimità, salute – assimilate a «capitale umano». Cambia, di conseguenza, anche il senso del principio di autodeterminazione: da strumento di libertà e di decisione inaccessibile ai poteri pubblici e privati, a garanzia del principio di *habeas corpus*, a veicolo dell'espansione della *rational choice* nel controllo sulla vita nuda<sup>45</sup>: «To argue that these contractual terms are inconsistent with the autonomy of the surrogate mother is to miss the function of all contractual arrangements over labor. Full control over their own bodies and labor is what autonomous individuals have before they contract».

#### 4. Le parole e le cose.

Queste considerazioni introducono una riflessione sul linguaggio. La *reductio ad absurdum* ha un rilievo speciale tra gli ar-

gomenti che dovrebbero scongiurare l'assimilazione del contratto di surrogazione di maternità a una vendita di bambini: «Mr. Stern – si legge nella prima decisione sul caso *Baby M* – cannot purchase what is already his»<sup>46</sup>. È un sofisma, un'aberrazione giuridica che deliberatamente ignora come la *quaestio iuris* non sia il riconoscimento della filiazione paterna ma la disponibilità per contratto della filiazione materna<sup>47</sup>, subito corretto dalla sentenza definitiva<sup>48</sup>: «This is the sale of a child, or, at the very least, the sale of a mother's right to her child, the only mitigating factor being that one of the purchasers is the father».

Sul finire degli anni Ottanta, l'opinione pubblica americana non era pronta a riconoscere che gli status filiali circolino in modo analogo a diritti dominicali. L'opposta opinione, che almeno nel caso della surrogacy ammette la costituzione di «property rights in children»<sup>49</sup>, avrebbe cominciato ad attecchire di lì a pochi anni, in coincidenza con l'ascesa come *gold standard* del mercato<sup>50</sup> della surrogazione “gestazionale”, in cui la gestante non ha un legame genetico col feto. Per ragioni radicate in un'ideologia regressiva e priva di basi scientifiche<sup>51</sup>, ma risonante con

<sup>44</sup> G. BECKER, *An Economic*, cit., 210.

<sup>45</sup> Così R.A. EPSTEIN, *Surrogacy*, cit., 2335, con implacabile lucidità. Il passo merita di essere riportato per intero: «To be sure, the surrogate mother has to surrender some degree of freedom which would otherwise be hers. But the terms of the contract are born of the occasion, and the friction that they create is thought justified by the promise of greater gains. For some women these conditions are so onerous that they would not enter into the transaction at all. But for others the cost of these additional restrictions is perceived as being far lower. To argue that these contractual terms are inconsistent with the autonomy of the surrogate mother is to miss the function of all contractual arrangements over labor. Full control over their own bodies and labor is what autonomous individuals have before they contract. The process of contracting always requires a surrender of some portion of autonomy, but only in exchange for things that are thought to be more valuable».

<sup>46</sup> In re *Baby M*, 217 N.J. Super 313, 372, 525 A.2d 1128, 1157 (1987). Adde R.A. EPSTEIN, *Surrogacy*, cit., 2331: «With surrogacy the father receives exclusive custody (with his wife) over his own child so that the baby has strong biological ties in its new environment».

<sup>47</sup> A.M. CAPRON, *Alternative Birth Technologies: Legal Challenges*, in *U.C. Davis L. Rev.*, vol. 20, 1986-1987, 679, 703.

<sup>48</sup> In re *Baby M*, 109 N.J. 396, 437-438 (1988).

<sup>49</sup> B.E. ADLER - A.A. ALVAREZ, *Property Rights in Children*, in *Notre Dame L. Rev.*, vol. 95, 2020, 1629.

<sup>50</sup> E.S. SCOTT, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2009, 109-146, 125 s.

<sup>51</sup> A. LIPPMAN, *Prenatal genetic testing and screening: Constructing needs and reinforcing inequities*, in *Am. J. Law & Med.*, vol. 17, 1991, 15-49; R.C. LEWONTIN, *Biology as Ideology. The Doctrine of DNA*, Anansi Press, 1993, trad. it. *Biologia come Ideologia. La dottrina del DNA*, Torino, 2003, 12. Dal punto di vista

la mistica della consanguineità, colei che mette al mondo un figlio in assenza di legame di discendenza bio-genetica è assimilata a una sostituta (*surrogate mother, gestational mother*) della “vera” madre (o dei “veri” genitori) e anzi non è madre affatto, metonimicamente ridotta a pura funzione riproduttiva: *surrogate, gestator, gestational carrier/host, hired womb, living incubator*<sup>52</sup>.

Questo smottamento semantico nella rappresentazione della maternità merita un’analisi giuridica scevra dai luoghi comuni. Negli studi di psicologia e antropologia, il nome «surrogate mother» designa dalla metà del secolo scorso la donna che assume la cura dei figli in assenza della madre biologica<sup>53</sup> e in questa accezione trascorre nella pratica giuridica, dove significa la *foster mother*, colei che subentra alla madre nella titolarità e nell’esercizio della

responsabilità parentale<sup>54</sup>. Dagli anni ‘80, l’espressione *surrogate motherhood* occorre in un’accezione diversa, anzi opposta, per significare l’inseminazione artificiale praticata su una donna, che accetta di ricevere un embrione in tutto o in parte ottenuto dai gameti di una coppia eterosessuale committente, rinunciando a costituire lo stato filiale nei confronti del figlio dato alla luce. L’uso dell’espressione “surrogate mother” nel vecchio significato avrebbe dovuto indurre a concludere che a “subentrare” è, a rigore, la madre d’intenzione e imporre il ricorso a una qualche forma di adozione per costituire lo stato filiale nei confronti di lei<sup>55</sup>.

Nel fare propria la semantica della cura e della solidarietà, l’industria ai primi passi sovvertiva dunque consapevolmente un significato comune e giuridico consolidato, intercettando con abilità il potere della similitudine di descrivere la realtà attraverso la finzione e la pretesa di verità ivi racchiusa, sospesa appunto tra realtà e finzione: tra un «non è» e un «è come»<sup>56</sup>. Al tempo stesso, la «somialtanza internamente percepibile»<sup>57</sup> tra cura e generazione, inscritta nella metafora, ordinava la surrogazione di maternità sull’asse dei valori tradizionali<sup>58</sup>, in una relazione ambivalente con l’aspirazione alla conquista di nuovi mercati: professioniste, aspiranti genitori *single*, coppie omosessuali per lo più maschili.

biologico, genetica e gestazione concorrono e interagiscono nella generazione come mostrano gli studi sui fattori epigenetici dell’ereditarietà nello sviluppo embrionale: cfr. E. JABLONKA - M.J. LAMB, *Epigenetic Inheritance and Evolution*, Oxford, 1995, 80; ID., *Evolution in four dimensions: Genetic, epigenetic, behavioral, and symbolic variation in the history of life*, MIT Press, 2014 (2006<sup>1</sup>); L. MOSS, *What Genes Can’t Do*, MIT Press, 2003, 76 ss. In particolare, sull’epigenetica dello sviluppo fetale: A. PETRONIS, *Epigenetics as a unifying principle in the aetiology of complex traits and diseases*, in *Nature*, vol. 465, 2010, 721-727; F. XIN-M. SUSIARJO - M.S. BAROLOMEI, *Multigenerational and transgenerational effects of endocrine disrupting chemicals: A role for altered epigenetic regulation?*, in *Seminars in Cell & Developmental Biology*, vol. 43, 2015, 66-75. Nella letteratura sulla surrogazione di maternità: L. SWERDLOW - W. CHAVKIN, *Motherhood in Fragments*, cit., 28 ss.; A. RASHEED, *Confronting Problematic Legal Fictions in Gestational Surrogacy*, in *J. Health Care L. & Pol’y*, vol. 24, 2022, 179-202; N. CAMMU-M. VONK, *The significance of genetics in surrogacy*, in K. TRIMMINGS - S. SHAKARGY - C. AHMED (a cura di), *Research Handbook on Surrogacy and the Law*, Edward Elgar, 2024, 8-22.

<sup>52</sup> Per un’analisi del lessico delle tecnologie riproduttive v. l’importante studio interdisciplinare di D. BEESON - M. DARNOVSKY - A. LIPPMAN, *What’s in a Name? Variations in Terminology of Third-Party Reproduction*, in *Reprod. BioMed. Online*, vol. 31, 2015, 805 ss.

<sup>53</sup> In un saggio a firma della grande M. MEAD, *Some Theoretical Considerations on the Problem of Mother-Child Separation*, in *Am. J. Orthopsychiatry*, vol. 24, 1954, 471 ss.

<sup>54</sup> In questa accezione occorre ancora oggi nelle decisioni sull’affidamento dei bambini: *Ochoa v. Davis*, 50 F.4th 865, 893 (9th Cir. 2022).

<sup>55</sup> J.A. ROBERTSON, *Surrogate Mothers: Not So Novel after All*, in *Hastings Center Report*, vol. 13, 1983, 28 ss., 28.

<sup>56</sup> P. RICOEUR, *La métaphore vive*, Seuil, 1975, 121 ss., 312.

<sup>57</sup> L. MURARO, *Maglia o uncinetto. Racconto linguistico-politico sulla inimicizia tra metafora e metonimia*, Manifestolibri, 2004 (1981), 51 ss., 57.

<sup>58</sup> C. SANGER, *Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M*, in *Harv. J. L. & Gender*, vol. 30, 2007, 67 ss., 75 ss., 77.

Questo equilibrio precario non poteva resistere alla razionalizzazione weberiana dell'industria della fertilità, sotto la pressione dell'innovazione tecnologica. Dagli anni Novanta del secolo scorso, la traslazione della tecnica di fecondazione in vitro (IVF) dall'allevamento alla cura dell'infertilità ha posto le basi del passaggio dalla surrogazione "tradizionale", offerta in piccoli laboratori e organizzata da agenzie di intermediari, alla *gestational (full) surrogacy*, condotta da grandi soggetti imprenditoriali organizzati in cliniche della fertilità, che si avvalgono dei servizi di studi legali, agenzie, madri surrogate. Oggi negli Stati Uniti l'industria e il diritto della surrogazione di maternità parlano la lingua compartimentalizzata e legalistica della produzione e dell'efficienza. Dismessa la metafora della maternità (surrogata), le leggi e i contratti impiegano ogni cura nell'elidere «the maternal dimension of the relationship of the birth mother»<sup>59</sup>, verosimilmente al fine di sottrarre legittimazione e credibilità morale e giuridica all'eventuale ripensamento della gestante<sup>60</sup>.

La soddisfazione di questo scopo pratico immediato è affidata a designazioni performative che agiscono al livello profondo delle operazioni costitutive della soggettività giuridica. Nella progressione dalla metafora («surrogate mother») alla metonimia («carrier», «host», «vessel», «gestator») alla sineddoche («hired womb», «living incubator»<sup>61</sup>), l'uso linguistico registra e insieme attualizza l'assotti-

gliarsi dello statuto morale<sup>62</sup> e giuridico<sup>63</sup> della gestante, in ironico<sup>64</sup> contrasto con l'immagine della surrogazione di maternità come ultima frontiera della liberazione femminile dalle strutture oppressive del patriarcato.

C'è qualcosa di paradossale, una violenza simbolica latente, in una rivendicazione di autonomia che passa per la destituzione del soggetto di diritto. Come la visione dall'alto permette di distinguere, incisi nella morfologia del paesaggio, i segni di antiche strutture altrimenti nascoste, il distacco dalle letture di maniera rende visibili le fondamenta ataviche dell'edificio contemporaneo. Nel diritto romano l'isolamento del feto – *venter*: per metonimia contenente-contenuto – dall'unità fisica e giuridica della madre conferiva un sostrato virtuale all'eccezionale attribuzione al nascituro di una soggettività giuridica, funzionale alla chiamata in successione dell'erede postumo<sup>65</sup>. La stessa finzione – separare giuridicamente quel che è inseparabile biologicamente – occorre in un contesto diverso per significare che la gestante non è un soggetto (ma una funzione anonima, giuridicamente fungibile); che il suo corpo non è un corpo-persona (ma uno spazio vuoto temporaneamente concesso in uso, l'organo riproduttivo di un

<sup>59</sup> D. BEESON et al., *What's in a Name?*, cit., 808.

<sup>60</sup> K. CHENEY, *International Commercial Surrogacy: Beyond Feminist Conundrums and the Child as Product*, in R. ROSEN - K. TWAMLEY (a cura di), *Feminism and the Politics of Childhood. Friend or Foes?*, UCL Press, 155 ss., 157.

<sup>61</sup> COSÌ R.A. POSNER, *Sex and Reason*, cit., 421. Criticamente: G. COREA, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Harper & Row, 1985, 272 ss.

<sup>62</sup> E. ANDERSON, *Women's Labor*, cit., 83: «The commercial promoters of surrogacy commonly describe the surrogate mothers as inanimate objects: mere "hatcheries", "plumbing", or "rented property" – things without emotions which could not make claims on others».

<sup>63</sup> K. CHRISTIANSEN, *Who is the mother? Negotiating identity in an Irish surrogacy case*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 18, 2015, 317 ss., 323: «The particular value or lack of value accorded to the surrogate mother as a whole person could very well have implications for the way surrogate mothers are perceived and valued by courts in terms of their future rights».

<sup>64</sup> M.J. RADIN, *Market Inalienability*, cit., 1930: «there may be a transition problem: an ironic self-deception. Acting in ways that current gender ideology characterizes as empowering might actually be disempowering».

<sup>65</sup> Y. THOMAS, *Le «ventre». Corps maternel, droit paternel*, in *Le genre humain*, vol. 14, 1986, 211 ss., 220, 228.

altro, un’incubatrice sofisticata); che di conseguenza il nascituro non è suo figlio (ma un ospite temporaneo, custodito per i “veri” genitori)<sup>66</sup>, nelle parole di Johnson v Calvert<sup>67</sup>: «A woman who enters into a gestational surrogacy arrangement is not exercising her own right to make procreative choices; she is agreeing to provide a necessary and profoundly important service without (by definition) any expectation that she will raise the resulting child as her own».

Il pensiero va alla lezione di Tullio Ascarelli, all’uso dei concetti giuridici nella costruzione tipologica della realtà, funzionale alla scelta delle norme applicabili<sup>68</sup>. L’intero edificio poggia in effetti sulla traslazione del tipo contrattuale dalla vendita al lavoro: «from a mother’s sale of her baby to a transaction involving the provision of gestational services»<sup>69</sup>. La categoria del lavoro svolge il compito dogmatico-costruttivo di orientare l’asse della regolamentazione dalla Famiglia al Contratto: dalle disposizioni imperative a tutela dei minori e della certezza degli status familiari alle disposizioni volte a garantire la libertà del consenso e il rispetto di scarni limiti di *public policy*, in un contesto peraltro fortemente deregolato. Intrecciata alla funzione dogmatica, è un’importante funzione ideologica e persuasiva. Con l’interdetto della mercificazione della maternità cadono i costi di transazione radicati nel costume e nell’incertezza sullo stato dei nati, mentre diventano irrilevanti le ragioni economiche o personali

che potrebbero indurre a sottoscrivere accordi dalle conseguenze straordinariamente onerose dal punto di vista emotivo, fisico, psichico<sup>70</sup>: «[There is] no proof that surrogacy contracts exploit poor women to any greater degree than economic necessity in general exploits them by inducting them to accept lower-paid or otherwise undesirable employment».

## 5. Bioeconomia del lavoro gestazionale.

Si obietta<sup>71</sup> che le «aporie» dei mercati della fertilità dipendono precisamente dall’incapacità delle istituzioni di riconoscere il lavoro gestazionale in quanto tale: legittimato, compensato, protetto, finalmente istituito in una dimensione di cittadinanza. Queste analisi hanno il merito di avere portato in superficie la continuità delle condizioni di sfruttamento del lavoro gestazionale con altre forme di «clinical labor» dell’industria biomedica e farmaceutica e col lavoro di cura tradizionale. Paradossalmente, tuttavia, esse non riescono a rendere conto della specificità del proprio oggetto, in ragione della difficoltà di riconoscere la natura specificamente sessuale del lavoro. Mettere al mondo un figlio non è una prestazione di cura tra le tante imposte alle donne in una società fondata sulla disegualianza tra i sessi: il relativo obbli-

<sup>66</sup> L. SWERDLOW - W. CHAVKIN, *Motherhood in Fragments: the Disaggregation of Biology and Care*, in M. DAVIES (a cura di), *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*, Zed Books, 2017, 19 ss., 29.

<sup>67</sup> Johnson v. Calvert, cit., 100.

<sup>68</sup> T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 69 ss., 75 ss.

<sup>69</sup> E.S. SCOTT, *Surrogacy*, cit., 109-146.

<sup>70</sup> Johnson v. Calvert, cit., 97.

<sup>71</sup> M.R. MARELLA, *La GPA fra conflitti distributivi e governo del limite*, in *Pol. dir.*, 2023, 365 ss. Add: G. CAVALIERE - L. DEL SAVIO, *The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labour*, in *BioLaw Journal*, 2016, 73-91; M. COOPER - C. WALDBY, *Clinical Labor*, cit., 33 ss.; A. STOECKLE, *Rethinking Reproductive Labor through Surrogates’ Invisible Bodily Care Work*, in *Critical Sociology*, vol. 44, 2018, 1103-1116, 1112.

go di prestazione può essere adempiuto esclusivamente da un individuo di sesso femminile – indipendentemente dall'identificazione di genere. Quando si afferma che la gestazione è lavoro, senza precisare che è lavoro sessuato, le cause dell'abuso e dello sfruttamento diventano opache e incomprensibili. Per converso, il riconoscimento delle cause materiali dello sfruttamento e dell'abuso nella differenza sessuale impone di fare i conti con l'«*objet obscur du contrat de travail*»<sup>72</sup>: il corpo, *rectius* i diritti che assumono a riferimento il corpo.

Il riconoscimento del carattere sessuato del lavoro gestazionale non implica la fetizzazione della gravidanza. È vero il contrario: se la gestazione è lavoro, «*a doing, one deed and thousands of deeds. It's work. It's labor, whether or not it ends in labor*»<sup>73</sup>, in quanto tale a rischio di abuso e di sfruttamento<sup>74</sup>, il principio di eguaglianza e un elementare senso della realtà impongono di riconoscere che il *reproductive surplus* oggetto di appropriazione è il corpo femminile, letteralmente ap-prezzato nella sua prestazione specifica e *ad horas* tecnicamente non riproducibile: generare un essere umano. Se si ammette che la maternità surrogata è «lavoro» è difficile ignorare che l'offerta è esclusivamente femminile, se non al prezzo di una autocensura, fondata su un'idea malintesa di inclusione<sup>75</sup>, dove le differenze scompaiono in una notte di hegeliana memoria e *alle Kübe schwarz sind*.

Per converso, riconoscere la natura sessuata dello sfruttamento, implica la rilevanza della materialità del corpo. L'analisi del lavoro gestazionale va condotta sullo sfondo dei modelli contemporanei di organizzazione della produzione, per tanti aspetti diversi dal capitalismo novecentesco, nel quale la critica della dicotomia produzione/riproduzione ha preso forma. A differenza dagli operai integrati nella struttura gerarchica e accentrata della fabbrica tradizionale, dove ricevono un salario sostanzialmente commisurato al tempo di lavoro, le gestanti sono inserite all'interno delle catene di valore orizzontali e distribuite caratteristiche dei modi di produzione tecnologicamente mediati e ad alto valore aggiunto del capitalismo cognitivo<sup>76</sup>, dove figurano formalmente quali *independent contractors* e *third-party service providers*, libere prestatrici di servizi direttamente responsabili nei confronti della parte committente, al pari degli studi legali, delle agenzie, delle cliniche della fertilità.

Più degli altri lavoratori impiegati nelle filiere del capitalismo cognitivo, d'altro canto, le madri surrogate sono esposte al collasso della separazione tra vita e lavoro che ha strutturato l'universo materiale e simbolico nel Novecento, promosso dall'estensione del modo di produzione delle merci a ogni forma di produzione sociale nella «*fabric society*»<sup>77</sup>. Il superamento della dicotomia produzione/riproduzione nell'organizzazione post-fordista del lavoro e della

<sup>72</sup> A. SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, 73 ss.

<sup>73</sup> M. BOUCAI, *Talking about Talking about Surrogacy*, in *Buff. L. Rev.*, vol. 71, 2023, 55-82, 71.

<sup>74</sup> L. DEL SAVIO - G. CAVALIERE, *The problem*, cit., 86.

<sup>75</sup> Su cui v. la salutare riflessione polemica di S. CHECCHINI, *L'irenica svalutazione della differenza sessuale nel dibattito sulla genitorialità sociale*, in *BioLaw Journal*, 2024, 257-278, 257 ss. e, ivi, sui limiti di una strategia costruita unicamente sul diritto antidiscriminatorio, 271 ss.

<sup>76</sup> A. FUMAGALLI - C. MORIN, *Life put to work: towards a life theory of value*, in *Ephemera: Theory & Politics in Organization*, vol. 10, n. 3, 2010; A. FUMAGALLI, *New form of exploitation in biocognitive capitalism. Towards Life Subsumption*, in A. FUMAGALLI - A. GIULIANI - S. LUCARELLI - C. VERCELLONE, *Cognitive Capitalism, Welfare and Labour. The Commonfare Hypothesis*, London, 2019, 77-93.

<sup>77</sup> M. HARDT - A. NEGRI, *Labor of Dionysus: A Critique of the State-Form*, Minneapolis, 1994, 9 ss.

società colloca la surrogazione di maternità nell'anello della catena di valore dove la distinzione tra produzione di beni e riproduzione della vita, tra tempo di lavoro e tempo di riposo, tra spazio domestico e spazio di lavoro collassa. La vita organica è vita produttiva, il tempo di riposo è tempo di produzione, il corpo tutto intero è il "luogo" di lavoro. È lavoro – mi ha fatto osservare Silvia Niccolai – che non ammette congedo.

Con un'immagine matematica, il "lavoro" della madre surrogata può essere rappresentato come una Singolarità, l'ente di una classe dalle proprietà inapplicabili agli enti della medesima classe. Più precisamente, si tratta di una doppia Singolarità, che taglia trasversalmente la dicotomia produzione/riproduzione. La surrogazione di maternità è una Singolarità rispetto alle istituzioni della famiglia e della parentela, perché la sostituzione del contratto alle regole giuridiche e sociali della maternità serve precisamente ad astrarre dalla relazione materna e inscrivere la prole nella genealogia dei committenti. Ma è vero anche il contrario. La condizione della gestante potrebbe essere assimilata a quella di un soggetto astratto (asessuato) che scambia il proprio lavoro verso un compenso, se la situazione di radicale, assoluta indiscernibilità tra vita organica e vita produttiva non costituisse a sua volta una Singolarità rispetto alla distinzione giuridica tra tempo di lavoro e tempo di vita nella transizione dal lavoro servile al lavoro libero nel diritto moderno.

## 6. Il limiti costituzionali del paradigma lavoristico.

Nella considerazione retrospettiva, colpisce l'omologia tra la costruzione del lavoro gestazionale e la finzione giuridica alla base della distinzione tra lavoratore subordinato

e servitore, nella transizione dall'economia agraria e mercantile all'economia industriale. Intendo la separazione concettuale del corpo del lavoratore, inalienabile e indisponibile, dalla forza-lavoro, disponibile e alienabile in ragione di un valore di scambio commisurato al tempo. Quella finzione agisce ancora oggi come una soglia, l'apertura di uno spazio di negozialità dove i concetti di persona e cosa, soggetto e oggetto, libertà e sottomissione, indeterminandosi temporaneamente, rendono possibile il passaggio tra «cosa» e «persona», lavoro servile e lavoro libero.

Questo sviluppo cruciale nella storia del diritto del lavoro è anticipato problematicamente in un passo famoso dei *Grundlinien* alla filosofia del diritto. Dopo aver premesso che l'oggetto dei diritti negoziati è necessariamente una cosa, non mai una persona, Hegel osserva<sup>78</sup>: «come questa [*scil.* la cosa], soltanto in quanto è limitata, è diversa da quella [*scil.* la persona], così anche l'uso delle mie forze è diverso da esse stesse e quindi da me, soltanto in quanto esso è quantitativamente limitato».

La pagina hegeliana illumina, per contrasto, la banalizzazione contemporanea del problema della mercificazione del corpo attraverso il lavoro. Il principio fondamentale del diritto moderno – nessuno ha diritto al corpo di un altro – è falso, se inteso in senso assoluto. Il corpo umano è sempre stato un oggetto accessibile ai poteri pubblici e privati. Anche oggi lo svolgimento di attività comunemente approvate (sport) o necessarie (difesa, sperimentazione clinica) presuppone l'esercizio di poteri sul corpo

<sup>78</sup> G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. MARINI, Roma-Bari, 1999 (1987), § 67, 68.

umano più pervasivi di quanto non avvenga nei comuni rapporti di lavoro. La questione cruciale non è dunque il «commercio» del corpo, perché il corpo è sempre stato in commercio, ma il commercio dei diritti che assumono a riferimento il corpo-persona.

Ciò posto, i limiti alla disponibilità dei diritti inviolabili, nelle forme contemporanee di assoggettamento consensuale anche estremo al dominio di un altro<sup>79</sup>, devono essere compresi in senso qualitativo, oltre che quantitativo, per accordarsi ai principi del costituzionalismo europeo del dopoguerra, a maggior ragione in un modello economico fondato sull'estrazione di valore da attività già ritenute estranee alla produzione<sup>80</sup>. È separabile dalla persona il semplice fatto di vivere? Solo a condizione di spingere a conseguenze estreme e paradossali il dualismo metafisico tra la persona e il “suo” corpo è possibile rappresentare il lavoro gestazionale come un'affermazione di libertà anziché come un atto puro e semplice di alienazione di diritti inviolabili, dunque inalienabili<sup>81</sup>.

Basta scorre un contratto di surrogazione di maternità, del resto, per rendersi conto che la rinuncia allo *habeas corpus*<sup>82</sup> è parte necessaria, anche se non sufficiente, dell'oggetto dell'accordo: nelle clausole che dettano alimentazione e stili di vita<sup>83</sup>, limitano la

libertà sessuale e la libertà di movimento<sup>84</sup>, sospendono il diritto all'intimità e alla riservatezza dei trattamenti sanitari e nel rapporto medico-paziente<sup>85</sup>, impongono modalità di trasferimento di embrioni, assunzioni di medicinali, esami continui invano, anche a scopo di sorveglianza, interventi chirurgici nell'interesse esclusivo della controparte<sup>86</sup>, regolano l'interruzione (eventualmente selettiva) della gravidanza<sup>87</sup>, in un parossismo di imposizioni, divieti, controlli, culminante nell'attribuzione ai committenti della *vitae necisque potestas* sulle gestanti, eventualmente cadute in stato vegetativo permanente<sup>88</sup>: tanto può comprare il denaro. Il corpo della *gestational carrier* vi appare come una protesi, quasi l'organo riproduttivo di un altro: uno «strumento pratico e separato» (ὄργανον πρακτικὸν καὶ χωριστόν) nella paradigmatica definizione aristotelica dello schiavo<sup>89</sup>.

Nell'analisi della parabola *from status to (labor) contract*, la critica etico-politica della *commodification* del corpo della gestante si traduce nella tutela dei diritti inviolabili. Nell'ordinamento italiano, l'art. 36 Cost. rappresenta il punto di incidenza del principio di dignità nei rapporti di privati, nella di-

<sup>79</sup> A. JANNARELLI, *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 335 ss.

<sup>80</sup> A. FUMAGALLI, *New form*, cit., 86.

<sup>81</sup> K. EKMAN, *Being and Being Bought*, cit., 92 ss.

<sup>82</sup> Si veda la lettura esemplare di un contratto di maternità surrogata nella sentenza del Tribunal Supremo spagnolo: 31 marzo 2022 (1153/2022). F. AMORÓS, *La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1.a (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual*, in *Anuario der. civ.*, 2022, 1281.

<sup>83</sup> Cláusula Décima Tercera B, C, D.

<sup>84</sup> Ivi, B, F, G, H.

<sup>85</sup> Ivi, Cláusula Décima E; Cláusula Décima Tercera A, B, E.

<sup>86</sup> Ivi, Cláusula Décima Sexta D.

<sup>87</sup> Ivi, Cláusula Décima A, B; Cláusula Décima Octava A, B.

<sup>88</sup> Ivi, Cláusula Décima Cuarta B: «En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento ...». Per un'attenta lettura dei contratti di surrogazione di maternità in relazione alla violazione dei diritti fondamentali, sotto il profilo in particolare della salute: A. RENDA, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Giur. it.*, 2023, 1-29, 10 ss.

<sup>89</sup> Aristotele, *Politica*, ed. it. con testo greco a fronte, a cura di C.A. Viano, Rizzoli, 2002, 1254a17.

mensione (oggettiva) di limite irrinunciabile e indisponibile all'autonomia privata. La durata della giornata lavorativa, il riposo settimanale, le ferie annuali – il «tempo destinato alla crescita, allo sviluppo e al mantenimento in salute del corpo»<sup>90</sup> – sono indisponibili perché attengono «al di là e prima della loro qualificazione come diritto, all'essere stesso del lavoratore»<sup>91</sup>. Se ora il lavoratore è la «figura che dà diretta concretezza» all'idea costituzionale di dignità in senso oggettivo<sup>92</sup>, l'affermazione del principio non riguarda in prima istanza problemi di regolamentazione del mercato – quali condizioni devono sussistere affinché possa produrre risultati giusti, oltre che efficienti – ma riguarda a monte la scelta tra quel che sta fuori o dentro il mercato: l'art. 41, comma 2°, Cost., autorizza questa conclusione.

Ad oggi, e fino a prova contraria, le ragioni dell'«offesa intollerabile» alla dignità della donna, nella giurisprudenza della Consulta, non hanno a che vedere con una visione essenzialista della maternità, che impedisce di riconoscere il lavoro gestazionale, ma nell'antropologia della Carta repubblicana «in quanto presuppone l'uomo che lavora e non semplicemente un proprietario di forza-lavoro che la offre sul mercato»<sup>93</sup>.

VALENTINA CALDERAI

<sup>90</sup> K. MARX, *Il Capitale*, cit., 374.

<sup>91</sup> P. SANDULLI, *Ferie*, in *Enc. giur.*, XIV, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, 3 ss. Nel dibattito all'Assemblea costituente l'irrinunciabilità dei diritti riconosciuti dall'art. 36 Cost. è espressamente collegata a un modello di società: Seduta del 10 maggio 1947, in A.C., II, 1561 ss. Nella dottrina costituzionale e giuslavoristica: V. CRISAFULLI - L. PALADIN, *Art. 36*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 245; M.V. BALLESTRERO, *Orario di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 618 s. In giurisprudenza: Cass. civ., sez. lav., 2 luglio 2020, n. 13613.

<sup>92</sup> RODOTÀ, *Antropologia*, cit., 554.

<sup>93</sup> L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, II, 1117 ss., 1121.



# 3. Il corpo delle donne e la misura della discriminazione

**SOMMARIO:** 1. Il corpo delle donne tra storia e politica: dalle radici antiche alle torsioni autoritarie contemporanee. – 2. L'autodeterminazione come principio costituzionale: diritti procreativi, limiti e regressioni. – 3. Violenza di genere e qualità della democrazia: femminicidio, stereotipi e vittimizzazione secondaria.

## 1. Il corpo delle donne tra storia e politica: dalle radici antiche alle torsioni autoritarie contemporanee.

Fin dall'antichità, le donne e il loro corpo sono stati oggetto di limitazioni che spesso univano l'impossibilità di essere presenti nella società, di esercitare i diritti al pari degli uomini, di godere della piena autonomia nel muoversi, nel parlare, nel vestirsi, e anche di prendere decisioni che le riguardavano direttamente, come quella di interrompere una gravidanza<sup>1</sup>.

Già nel mondo romano o in quello greco, contrassegnati da un totale dominio degli uomini, sia nel campo del sapere, che in quello della politica – come anche in generale nel mondo del lavoro – si potevano comunque notare delle differenze tra momenti più “democratici” e fasi in cui mutamenti di governo portavano ad accertamenti di potere o vere e proprie dittature.

Così, durante la Democrazia ateniese di Pericle, era consentito ad Aspasia – sua amante – di cantare e di parlare al pari degli uomini.

Alcune importanti libertà caratterizzavano la condizione femminile nel periodo della Repubblica romana, ma con l'avvento dei primi imperatori e delle tendenze accentratrici vengono introdotte norme che limitano l'aborto, vietano alle donne di uscire senza essere accompagnate e addirittura ne limitano o vietano il consumo di alcolici.

Ma se guardiamo al secolo scorso, possiamo facilmente identificare i caratteri di un regime, come quello nazista o fascista, dalla posizione della donna nella società e dalle limitazioni, spesso imposte per legge, ai suoi diritti.

E ancora, in una realtà che sta diventando sempre più drammatica, abbiamo assistito negli ultimi anni all'avvento di regimi, come quello afghano – nonché, di recente, quello iraniano – che piano piano hanno trasformato la posizione femminile in quella di donne recluse, impossibilitate a muoversi nello spazio pubblico e con fortissime limitazioni in quello privato.

Arriviamo quindi al momento temporale più vicino, e dal mio punto di vista più inquietante, rappresentato dalla torsione autoritaria di una che credevamo le migliori democrazie del mondo: quella statunitense. Appena insediato, Donald Trump ha

---

<sup>1</sup> Per un puntuale inquadramento, anche in prospettiva storica, dei diritti delle donne sia consentito il rinvio a M. D'AMICO - B. LIBERALI, *Manuale di diritto delle donne*, Milano, 2025, 23-75.

emanato un decreto dal titolo “Difendere le donne dagli estremismi della ideologia di genere e restaurare la verità biologica nella società”<sup>2</sup>. Torniamo quindi al binomio, che chiama in causa la natura e quindi la fisicità della donna, da un lato, e la “naturale” restrizione dei suoi diritti, dall’altro.

Insomma, la condizione naturale della donna, legata anche alla sua potenziale qualità di madre, ha potuto giustificare in passato e vorrebbe giustificare ancor oggi limitazioni dall’alto della propria sfera di autodeterminazione, a partire dai diritti sulle scelte del proprio corpo, come innanzitutto quella di portare avanti o meno una gravidanza.

## **2. L’autodeterminazione come principio costituzionale: diritti procreativi, limiti e regressioni.**

Parlare delle donne e dei loro corpi chiama in causa innanzitutto quella visione paritaria della Costituzione come democrazia di donne e di uomini, una visione espressa nel principio di uguaglianza formale e sostanziale e in tutti i diritti delle donne riconosciuti nei vari ambiti della vita delle persone: la famiglia, il lavoro, lo spazio pubblico con il diritto di votare e di essere votate.

Tuttavia, nonostante la Costituzione, il corpo delle donne è stato oggetto di tante costrizioni e violenze, sia sul piano individuale che su quello collettivo. L’attacco al corpo delle donne ha assunto e assume molte forme che diventano particolarmente

evidenti quando ci si rivolge a particolari categorie di donne come, per esempio, le donne con disabilità.

Per questo motivo, la riflessione delle donne sui diritti ha sempre posto la questione del corpo al centro delle relative rivendicazioni ed elaborazioni.

La battaglia più significativa degli anni Settanta, riconosciuta come momento decisivo nella conquista dell’autodeterminazione femminile, è stata quella relativa alla scelta se proseguire o interrompere una gravidanza, e dunque ai diritti procreativi. Tra la pronuncia *Roe v. Wade* negli Stati Uniti del 1973 e la sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale, che ha espresso i principi che stanno a base della legge n. 194 del 1978, si è affermato un principio essenziale: la possibilità per le donne di decidere autonomamente, ponendole come pieno soggetto di diritti e svincolando il loro corpo da ogni forma di imposizione esterna. Per questo, i costanti attacchi in Italia alla legge 194 del 1978 hanno dato vita, in passato come oggi, a un costante ostacolo a quella piena trasformazione culturale che riconosca alle donne una effettiva parità nella differenza profonda di ruoli. Ricordiamo che in particolare, con il ricorso massiccio all’obiezione di coscienza, attraverso un’applicazione estesa e sicuramente incostituzionale dell’art. 9 della legge 194 del 1978, si è tentato di svuotare dall’interno lo stesso diritto delle donne, con ricadute pratiche molto gravi, riconosciute e sanzionate sul piano europeo dal Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS, 10 ottobre 2013 e 11 aprile 2016: entrambe condannano l’Italia per il modo in cui viene utilizzato l’art. 9 della legge 194, evidenziando nella prima la lesione dei diritti fondamentali delle donne, nella seconda i diritti dei medici non obiettori).

<sup>2</sup> “Defending women from gender ideology extremism and restoring biological truth to the federal government”, 20 gennaio 2025.

Rispetto a questa visione, che ha portato nel corso di cinquant'anni a una legislazione europea e a una giurisprudenza molto uniforme – tranne pochissimi casi ora in via di trasformazione (pensiamo all'Irlanda) –, si è abbattuta come un fulmine la scelta conservatrice della Polonia che ha stabilito il cambiamento della legge sull'aborto trasformando di fatto un diritto in un quasi divieto assoluto. Ma la cosa ancora più sorprendente è stata che, dopo poco tempo, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto di modificare completamente il principio dell'autodeterminazione femminile costituita dalla sentenza *Roe v. Wade*, con la sentenza *Dobbs* del 2022 che utilizza un argomento tecnico, quale quello delle competenze dello Stato federale rispetto agli Stati membri. Di fatto, si derubrica il diritto fondamentale all'autodeterminazione e alla non interferenza dello Stato nei primi tre mesi di gravidanza in un diritto condizionato dalle decisioni politiche di ogni singolo stato americano. Ricordo ancora il giorno in cui è stata pubblicata la sentenza *Dobbs*: mi trovavo a Berkeley, nella facoltà di legge, proprio a fare un seminario sull'aborto, dall'Europa agli Stati Uniti. Un seminario che doveva avere poche persone si è trasformato invece in un discorso a una folla attonita di studenti e studentesse in un'aula pienissima con un senso di sgomento. Evidentemente ci rendevamo tutti conto che quel momento storico avrebbe segnato una svolta da cui poi in effetti sono partite solo una serie di serie di restrizioni proprio per i diritti delle donne sul proprio corpo, in particolar modo per l'accesso e la qualità di essi.

Anche il capitolo legato alla fecondazione medicalmente assistita, disciplinata da una legge illiberale e contraria ai diritti delle donne come la legge n. 40 del 2004, non a caso trasformata in molti punti dalla

Corte costituzionale, vede riemergere una visione patriarcale, che concepisce il corpo della donna come oggetto, subordinato ai diritti di un'esistenza in fieri, potenziale, quella dell'embrione, che nell'impostazione originaria della legge doveva prevalere rispetto ai diritti della donna e alle esigenze di procreazione delle coppie.

Come è noto la Corte costituzionale, con una giurisprudenza nota che non sto a richiamare in questa sede, riscrive profondamente la legge 40, modificandone la *ratio* e consentendo alla disciplina di bilanciare i "diritti" dell'embrione con quelli della donna e della coppia che aspira alla genitorialità, mettendo anche in luce il ruolo del medico e della tecnica scientifica.

Tuttavia, una recentissima decisione, la n. 69 del 2025 della Corte costituzionale nega alla donna singola la possibilità di accedere alla fecondazione eterologa e di avere un bambino. La Corte, in realtà, sembra dire che il diritto esiste, ma non è la Corte a doverlo riconoscere. La sostanza non cambia, perché qui non si tratta di riconoscere una formazione sociale diversa come la coppia omosessuale, si tratta semplicemente di consentire a una donna di crescere un figlio da sola, cosa che fanno tantissime donne anche in natura. Quello che si vieta, in altre parole, ancora una volta, è la capacità femminile di autodeterminazione.

Negando la Corte stessa la possibilità di modificare questo aspetto della legge n. 40 del 2004, e rinviando al legislatore, che come sappiamo non interverrà almeno per qualche anno fino a quando avremo un governo conservatore, la Corte giustifica una discriminazione economica, perché la società è andata avanti, perché sempre più donne da sole decidono di volere una gravidanza, perché in tantissime varcano la frontiera spendendo moltissimi soldi e investendo moltissimo del loro tempo, con

ovvie ricadute anche sul loro lavoro, per tornare in Italia con un bambino, che però solo all'estero avrà la possibilità di essere concepito.

Vi sono poi, oggi, due questioni che riguardano in modo diretto il corpo della donna. La prima concerne la maternità surrogata, o cosiddetta gestazione per altri, diffusa nei Paesi poveri ma presente anche in ordinamenti – come quello statunitense – in cui esiste una regolamentazione e dove si sostiene che le donne non siano oggetto di sfruttamento, ma scelgano liberamente di mettere a disposizione il proprio corpo in cambio di un ritorno economico, o, in rari casi, per un gesto di altruismo verso coppie omosessuali o coppie eterosessuali infertili.

In questo caso, la posizione del nostro Paese è molto rigida, tanto da aver introdotto, con la legge n. 169 del 2024, il reato “universale” di maternità surrogata, che intende sanzionare penalmente in Italia il comportamento della coppia che ricorre a questa pratica anche all'estero. La stessa Corte costituzionale aveva precedentemente, nella famosa decisione sulla prostituzione, sottolineato in generale la necessità di tutelare il corpo della donna e la sua dignità (sent. n. 141 del 2019) e il riferimento al divieto fermo già contenuto nella legge n. 40 del 2004, oggi rafforzato nella criminalizzazione universale della maternità surrogata, era stata comunque sottolineata dalla Corte in varie decisioni, a partire da quella sulla fecondazione eterologa (sent. 162 del 2014).

Ed è aperta come questione quella della prostituzione, e cioè della possibilità che le donne, senza violare la propria dignità, mettano a disposizione il loro corpo in cambio di un ritorno economico. Secondo questa impostazione ci si chiede se la prostituzione non debba e non possa essere considerata un lavoro, come tale liberamente poi

scelto dalle donne che vogliono adesso ricorrere. Come è noto, la Corte costituzionale si è espressa molto negativamente in una decisione che abbiamo già ricordato e la questione rimane aperta.

Possiamo sintetizzare affermando che, rispetto a queste situazioni – e, prima ancora, al tema dell'aborto – emergono due posizioni estreme. Da un lato, vi è chi pone al centro la libertà della donna sul proprio corpo, valorizzando il principio di autodeterminazione e sostenendo, ad esempio, la possibilità di considerare la prostituzione come una forma di lavoro, così come di ammettere il ricorso alla maternità surrogata qualora sussistano adeguate garanzie per la salute e una decisione realmente autonoma della donna. Dall'altra, chi sostiene l'indisponibilità assoluta del corpo delle donne, della maternità e della sessualità, non ammettendo la possibilità di ricorrervi senza alcuna eccezione.

Tra questi due estremi si colloca chi mette in discussione la possibilità di distinguere nettamente i casi in cui tali attività sono esercitate liberamente da quelli in cui sussiste un rischio di sfruttamento. Secondo questa prospettiva, esiste infatti il pericolo che le donne compiano tali scelte – sia in materia di maternità surrogata sia con riferimento alla prostituzione – in condizioni di assenza di libertà o di bisogno, come accade nella maggior parte dei casi, quando non dispongono, di fatto, di alternative reali.

E tuttavia fa riflettere questo atteggiamento che al fondo è di tipo patriarcale: le donne hanno bisogno di leggi che vietino la possibilità per loro di scegliere rispetto ad atti che tocchino il loro corpo e hanno bisogno di leggi perché qualcuno dall'alto deve decidere per loro. Quindi, non sono soggetti capaci di autodeterminarsi.

Tra questa impostazione e il decreto di Trump, che dichiara di voler difendere le don-

ne dagli estremismi dell'“ideologia di genere” e restaurare la cosiddetta verità biologica nella società, il passo – almeno da un punto di vista teorico – non è poi così distante.

### **3. Violenza di genere e qualità della democrazia: femminicidio, stereotipi e vittimizzazione secondaria.**

Concludo richiamando la realtà dei femminicidi, che continuano a verificarsi quotidianamente nonostante le leggi e nonostante il lavoro svolto, sia sul piano culturale sia da parte delle forze di polizia e della magistratura. Le donne continuano a essere uccise in Italia in una dinamica paradossale: proprio nei momenti di maggiore avanzamento sociale e di maggiore affermazione dell'autonomia individuale femminile, si registrano le reazioni più violente. Nella maggior parte dei casi, infatti, il femminicidio rappresenta l'esito di una spirale di violenza che si attiva di fronte al rifiuto della donna o alla sua decisione di interrompere una relazione e di non tornare sui propri passi.

Vediamo quindi che l'uomo che sta in questa relazione o, addirittura in alcuni casi, che sogna di avere una relazione che la donna non vuole, in una sorta di macabro copione, si sente in diritto di uccidere, di togliere di mezzo il corpo, ritenendo la donna un suo oggetto e una sua proprietà.

Dobbiamo riconoscere che, all'interno di questa spirale di violenza, si assiste anche a una doppia vittimizzazione della donna. Spesso, nelle narrazioni pubbliche o persino nelle aule di tribunale, la vittima viene ricondotta al modo in cui era vestita, al suo comportamento, a dettagli che spostano l'attenzione su aspetti irrilevanti e che ri-

propongono una visione ancora una volta limitante.

Una visione che, di fatto, continua a negare alla donna la piena possibilità di autodeterminazione, a partire dal bene più prezioso: il proprio corpo.

MARILISA D'AMICO



## II. Il corpo sofferente



# 1. Il principio dell'intangibilità del corpo: riflessioni penalistiche sull'*habeas corpus* contemporaneo\*

**SOMMARIO:** **1.** *Habeas corpus* “penalistico”: la “sovranità sul proprio corpo” alla luce dei principi costituzionali. – **2.** *Habeas corpus* della donna e interruzione volontaria di gravidanza. – **2.1.** La necessità di rimarcare con fermezza la distinzione tra interruzione volontaria di gravidanza e l’aberrante categoria del c.d. aborto post-nascita. – **2.2.** Gestazione per altri e aborto: un improprio parallelismo. – **3.** *Habeas corpus* e questioni di fine vita: il diritto all’intangibilità del proprio corpo e la legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»). – **4.** I dilemmi di una disciplina dell’aiuto medico a morire. – **5.** *Habeas corpus* della persona detenuta in sciopero della fame. – **6.** *Habeas corpus* della persona malata e illegittimità della contenzione meccanica. – **7.** Rilievi di sintesi.

## 1. *Habeas corpus* “penalistico”: la “sovranità sul proprio corpo” alla luce dei principi costituzionali.

«*Che tu abbia il corpo*». L’incipit di una riflessione che ha ad oggetto il “rapporto” tra corpo, diritti e diritto penale non può che originarsi dalla traduzione letterale del concetto di *habeas corpus*, con il quale, nel 1215, l’anno di entrata in vigore della *Magna Charta*, si è descritta l’antica promessa dei re ad ogni uomo libero, in virtù della quale, da quel momento, nessuna “mano” avrebbe potuto essere “messa” su di lui, se non a seguito di un giudizio conforme alle leggi del Paese<sup>1</sup>.

Un principio che sarebbe traslato – con l’avvento dello Stato liberale e della teoria del contratto sociale – nell’affermazione dell’invulnerabilità dell’individuo quale autolimitazione del potere statale, fondata sulla stessa costituzione degli ordinamenti<sup>2</sup>. Un limite invalicabile all’esercizio del potere politico nei confronti dei consociati, che vive ancora oggi, come chiaramente si evince da quella che è stata, nel nostro ordinamento, la sua traduzione costituzionale, rivolta più in generale ad ogni persona: «la libertà personale è inviolabile» (art. 13 Cost.) e solo la legge può determinare le modalità con cui eventuali provvedimenti privativi della stessa possono essere adottati dall’autorità giudiziaria.

\* Il testo del presente contributo riprende, con alcune modifiche, il saggio pubblicato sulla rivista *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2025, 1, pp. 1 ss.

<sup>1</sup> RODOTÀ (2010), p. 176.

<sup>2</sup> Cfr. l’inglese *Habeas Corpus Act* del 1679. A cui si devono aggiungere, nell’ambito della teorizzazione del contratto sociale, le considerazioni di Locke nel *Secondo trattato sul governo* (LOCKE (1690), sez. 87, consultato nell’edizione ristampata in lingua inglese ID. (1980) e di Rousseau nell’opera *Il contratto sociale* (ROUSSEAU (2003), *passim*).

Ma l'*habeas corpus* è anche altro: assunta la prospettiva del singolo, infatti, diviene la base imprescindibile della libertà di disporre della sua dimensione corporea. Se già Locke aveva parlato di «proprietà della propria persona»<sup>3</sup>, definendo ciascun individuo come *dominus sui*, il “moderno” *habeas corpus* assume le vesti di un diritto di libertà di cui la persona risulta essere l'unica titolare riconosciuta e riconoscibile, in quanto è lei ad “avere” il corpo ed è lei che, nel vivere, si determina, decidendo su di esso<sup>4</sup>. Con l'avvento del costituzionalismo del secondo dopoguerra, questa seconda e nuova dimensione si è integrata con il binomio «persona-dignità», su cui, superando quello «libertà-proprietà», è stato declinato il nucleo fondamentale delle Carte costituzionali: il centro nevralgico, a partire dal quale si irradiano tutti gli altri diritti<sup>5</sup>. È così che il corpo e la vita del singolo escono dallo schema della “proprietà” di matrice liberale per entrare in quello della “personalità”, dove risiedono tutte le scelte dell'individuo afferenti al governo della propria esistenza.

La centralità della persona diviene l'anima delle Costituzioni contemporanee, come si evince a chiare lettere, guardando alla

nostra realtà, dal dettame dell'art. 2 Cost. e, a seguire, dalla scelta dell'Assemblea costituente di ribadire al successivo art. 32, comma 2, Cost. il divieto di sottoporre chiunque a trattamenti sanitari obbligatori, se non nel ristretto numero di casi previsti dalla legge e fermo restando l'insuperabile limite del rispetto della persona umana. Senza, dunque, la necessità di richiamare il concetto di «autodeterminazione», la sovranità su se stessi irradia il nucleo dei principi costituzionali: il personalismo e l'invulnerabilità del corpo, figli del secolare *diktat* «che tu abbia il corpo»<sup>6</sup>, pervadono e nutrono le prerogative fondamentali riconosciute dall'ordinamento. Posta a monte la centralità dell'individuo, l'*habeas corpus* così si evolve divenendo non solo un'autolimitazione del potere statale, ma ancor di più un «trasferimento di potere, anzi di sovranità»<sup>7</sup> alla persona.

Nel costante dialogo con i “corpi” e i loro titolari, le sfide poste dall'«era della riscoperta del corpo»<sup>8</sup> hanno portato (e porteranno sempre di più) gli ordinamenti ad interpellare se stessi e a dover ribadire l'indiscussa centralità del più volte richiamato principio. In particolare, ciò ha avuto luogo nell'ambito di vicende afferenti all'universo del biodiritto, le quali gravitano, per definizione, attorno ai problemi di tutela della vita, dell'integrità del corpo e della salute.

<sup>3</sup> LOCKE (1690), sez. 27, dove il filosofo inglese afferma «*Though the earth, and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself.*». Sulle peculiarità dell'accezione della proprietà nel concetto di «proprietà di sé» e sulla sua assimilazione all'idea di disponibilità di se stessi – ossia del proprio corpo, della propria vita e libertà – che non arriverebbe però a ricomprendere la possibilità di “alienarsi”, si rinvia alle osservazioni di FACCHI (2018), pp. 427 ss. (spec., sul punto, p. 441 s.).

<sup>4</sup> Nel 1800 il concetto di “proprietà” cede spazio a quello di “sovranità” su di sé, come esplicitamente affermato da MILL (1991), p. 13 (ed. or. *On Liberty*, 1859), quando rileva che «su sé stesso, sul suo corpo, sulla sua mente l'individuo è sovrano».

<sup>5</sup> V. BARBERA (2013), pp. 1 ss.

<sup>6</sup> Come rilevato da RODOTÀ (2017), p. 370, all'art. 32 Cost. il legislatore costituente con una «intuizione rivelatrice» ha attribuito «rilievo al rapporto tra persona e corpo».

<sup>7</sup> RODOTÀ (2010), 179. Secondo ZATTI (2011), p. 123, «affermare un “principio” di sovranità riguardo al “proprio” corpo significa affermare un “potere originario”, [vorrei dire] “naturale” nel senso in cui si connota una realtà che non è costituita dal diritto positivo».

<sup>8</sup> RODOTÀ (2017), p. 366.

## 2. Habeas corpus della donna e interruzione volontaria di gravidanza.

Innanzitutto, si deve fare riferimento alla scelta di bilanciamento operata dal legislatore con la l. 22 maggio 1978, n. 194 – con la quale si è introdotta in Italia la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza – dove il richiamo al diritto alla salute della gestante si pone non solo come fondamento dell'accesso alla procedura, ma anche come giustificazione del sacrificio della tutela del concepito. Disancorandosi dalle scelte operate dall'allora modello statunitense<sup>9</sup>, il legislatore italiano della fine degli anni '70 ha infatti optato per articolare la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza slegandola dai concetti di *privacy* ed *autodeterminazione* e prediligendo la via di fondarla sulla tutela della salute della donna (art. 32 Cost.).

La vita del concepito, pertanto, può essere legittimamente sacrificata quando si tratta di evitare un pericolo per la vita della gestante ovvero un pericolo di grave pregiudizio alla sua salute fisica o psichica, sulla base di una attestazione medica che tenga conto delle condizioni di vita presenti o future della gestante stessa. Mediante un

simile collegamento è possibile ravvisare che, oltre alla libertà di scelta, è l'intangibilità della sfera corporea della donna che viene ad essere riconosciuta.

Assumendo una simile prospettiva, anche gli insidiosi e ricorrenti tentativi di criminalizzazione dell'aborto ispirati all'idea dell'*equiparazione totale del concepito al nato*, che, da tempo, si manifestano con pervicacia in molti Stati americani<sup>10</sup>, trovano quindi un solido argine nel riconoscimento di un diritto fondamentale: l'*habeas corpus* della donna, la quale non può essere costretta a un proseguimento della gravidanza e a una maternità coatta<sup>11</sup>.

Inoltre, se lo sguardo si sposta sulle pagine dei tempi più recenti, l'*“overruling”* della Corte suprema statunitense è indubbiamente indice di un mutamento “in atto”: una tendenza ad una limitazione stringente all'accesso all'interruzione volontaria di gravidanza che sembrava essere il retaggio di epoche passate o appartenere a tradizioni normative lontane dalle nostre. Il riferimento è – guardando ora all'area europea – ad esempio alla normativa polacca in tema di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza, oggetto di più di una condanna da parte della Corte di Strasburgo<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Nella celebre decisione *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 22 gennaio 1973 (così come in *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 22 gennaio 1973), infatti, la Corte suprema degli Stati Uniti aveva postulato la sussistenza di un diritto all'aborto, rinvenendone il fondamento nel diritto alla *privacy*, stabilito dal XIV emendamento, e ribadendo che da ciò derivava la prevalenza del diritto ad autodeterminarsi della madre rispetto alla vita umana del concepito. Come noto, con la pronuncia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 24 giugno 2022, i giudici supremi statunitensi hanno operato un “ribaltamento” delle conclusioni di *Roe v. Wade*, arrivando, di fatto, a sancire la «fine» del diritto all'aborto sino ad allora conosciuto, da intendersi quale diritto costituzionale tutelabile mediante la c.d. *due process clause*, e rimettendo la scelta della normativa sull'interruzione di gravidanza ai singoli legislatori statali. Sul punto sia consentito il rinvio a CANESTRARI (2023a), pp. 52 ss.

<sup>10</sup> Una concezione che è stata recepita, ad esempio, nella legge del South Dakota del 2006, abrogata con referendum del 7 novembre 2006, la quale consentiva l'aborto solo per salvare la vita della madre.

<sup>11</sup> Sul problema dell'aborto, si vedano le chiare osservazioni di FERRAJOLI (2010), p. 248: «È in questione insomma, ben prima di una *facultas agendi*, un'immunità, un *babeas corpus*, ossia la “libertà personale” sancita come “inviolabile” dall'art. 13 nella nostra Costituzione, che è una “libertà da” “restrizioni”, quali sono appunto la coercizione giuridica a diventare madre».

<sup>12</sup> Cfr. la storica pronuncia Corte EDU, 20 marzo 2007, *Tysiácc. Polonia* (ric. n. 5410/03), altresì Corte EDU, 26 maggio 2011, *R.R. c. Polonia* (ric. n. 27617/04). La Corte costituzionale polacca con la pronuncia del 20 ottobre 2020 è intervenuta limitando ulteriormente le possibilità di accesso all'interruzione volontaria di gravidanza (dichiarando incostituzionale la legislazione

La penalizzazione dell'aborto, fondata sull'idea dell'equiparazione totale del concepito al nato – con la conseguente coercizione giuridica della donna a una maternità non voluta e l'induzione all'aumento di pratiche abortive clandestine con l'effetto concreto di rischi per la vita della gestante<sup>13</sup> – contrasta infatti con un diritto fondamentale della donna sul proprio corpo: il suo diritto inviolabile a non essere costretta a diventare madre contro la propria volontà<sup>14</sup>.

## 2.1. La necessità di rimarcare con fermezza la distinzione tra interruzione volontaria di gravidanza e l'aberrante categoria del c.d. aborto post-nascita.

Il riferimento al principio *non contendi-bile dell'intangibilità del corpo* ci consente di analizzare problematiche ulteriori distinguendo con chiarezza la questione dell'aborto dall'aberrante categoria dell'«aborto post-nascita».

In un articolo pubblicato su una prestigiosa rivista britannica<sup>15</sup>, si è infatti sostenuto che, se l'aborto su richiesta dei genitori

è ritenuto ammissibile in determinate circostanze, allora anche l'infanticidio dovrebbe logicamente essere consentito quando le condizioni siano significativamente simili. L'originalità di questo scritto – rispetto ai noti contributi di Tooley<sup>16</sup> e Singer<sup>17</sup> – consiste nell'aver coniato un termine nuovo, quello, appunto, di «aborto post-nascita», per distinguere la condotta che si intende legittimare dall'infanticidio.

La tesi bioetica in base alla quale le ragioni ritenute valide per giustificare l'aborto possono essere estese anche al periodo successivo al parto è tuttavia inaccettabile. La sua ricaduta sul piano penalistico sarebbe «raccapricciante». Da questa, nella specie, conseguirebbe che l'uccisione del neonato non dovrebbe essere ricondotta nell'ambito dei delitti di omicidio o di infanticidio, ma in una sfera penalmente lecita definita, come si ricordava poc'anzi, «aborto post-nascita».

Muovendo proprio dalle osservazioni che si sono svolte sin dall'avvio del presente scritto, deve risultare evidente che l'assimilazione tra il contesto post-nascita e l'aborto appare del tutto priva di fondamento; questo trova conferma anche nel fatto che, per rafforzare l'analogia – controintuitiva e fallace – tra aborto e infanticidio, gli Autori citati sono costretti ad articolare la loro posizione con un'argomentazione paradossale. Vale a dire, nel caso in cui il bambino risultasse essere «indesiderato», l'aborto post-nascita rappresenterebbe la soluzione preferibile rispetto a quella di un'eventuale adozione del neonato.

A prescindere dai rilievi sulla coerenza logica della tesi qui criticata, può dirsi

---

laddove consentiva di accedere alla pratica nel caso in cui dagli esami prenatali emergesse l'elevata probabilità di una malattia incurabile o di una menomazione del feto). Più di recente, si veda Corte EDU, *M.L. c. Polonia*, 14 dicembre 2023 (ric. n. 40119/2021).

<sup>13</sup> In proposito cfr., ad es., FRANCESCUTO (2017), p. 619, laddove afferma con chiarezza che l'unica conseguenza certa della proibizione dell'aborto o della sua eccessiva limitazione è un aumento degli aborti clandestini con le gravi conseguenze di cui si è detto.

<sup>14</sup> Pertanto, si ritiene che la costituzionalizzazione di un «nuovo diritto» – *id est* il diritto all'aborto – non è necessaria: questo, infatti, trova già fondamento nel testo costituzionale (art. 13 Cost.).

<sup>15</sup> Cfr. GIUBILINI e MINERVA (2013), pp. 261-263.

<sup>16</sup> Cfr. TOOLEY (1972), pp. 37 ss.

<sup>17</sup> Cfr. SINGER (1989).

aberrante l'idea che l'aborto post-nascita sia ammissibile perché non si riconosce comunque al neonato lo *status* di persona e dunque il diritto alla vita. Di fronte ad una simile giustificazione morale del “neonaticidio” il giurista penalista deve reagire con forza: è necessario riaffermare in modo netto che la soglia della nascita è il momento per l'attribuzione della qualità di essere umano e di un diritto alla vita non bilanciabile.

Eventuali proposte di liceizzazione dell'infanticidio minerebbero le fondamenta su cui poggiano tutte le carte internazionali, a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* dell'ONU, che fu scritta nel 1948 dopo il nazismo per affermare il valore della dignità umana e riconoscere pari diritti a tutti gli esseri umani.

## 2.2. Gestazione per altri e aborto: un improprio parallelismo.

Se la connessione con la sovranità sulla sfera corporea e la sua intangibilità deve essere ribadita con forza in materia di interruzione volontaria di gravidanza – dove occorre rimarcare la centralità dell'*habeas corpus* della donna –, vi sono circostanze in cui si corre il rischio di operare scivolose “equiparazioni tematiche”.

Il riferimento, in particolare, è alla tendenza ad “assimilare” – peraltro con i pericoli che ne derivano – il discorso relativo alla gestazione per altri con quello concernente l'aborto. Se nel secondo caso siamo dinnanzi a vicende in cui l'unica protagonista, assieme al concepito, è la gestante (dunque la “titolare” del corpo), l'articolazione della gestazione per altri, all'opposto, concerne situazioni “contrattualizzate” in cui il corpo della madre gestante si trova a subire una sorta di “destinazione d'uso”.

Il che comporta una perdita, per la stessa donna, della piena possibilità di esercitare, nel corso della gravidanza, il suo diritto ad autodeterminarsi, liberamente, sul proprio corpo<sup>18</sup>.

L'*habeas corpus* infatti può essere richiamato solamente quando si tratta di riconoscere la piena sovranità del singolo “su se stesso”; appare quindi improprio invocarlo a fondamento di aperture normative, il cui oggetto concerne situazioni del tipo di quelle descritte.

<sup>18</sup> Concordo con l'orientamento che ritiene che un'apertura normativa alla gestazione per altri finirebbe per indurre le donne che si trovano in condizioni di vulnerabilità economica ad affittare parti del loro corpo (da ultimo, per l'interessante prospettiva da filosofa politica dell'Autrice, PAZÉ (2023); sul punto, cfr. anche la mozione del CNB, *Maternità surrogata a titolo oneroso* del 18 marzo 2016, consultabile in <https://bioetica.governo.it>). Un'analogia con la disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza, proposta talvolta per introdurre una regolamentazione della GPA, appare comunque fallace: il dilagare del fenomeno dell'aborto clandestino e illegale è noto nei Paesi che vietano l'interruzione volontaria della gravidanza, mentre l'esistenza di gruppi di donne che vogliono intraprendere una gravidanza per altri si riscontra soltanto nei Paesi che hanno introdotto un “mercato legale” di tale pratica (cfr. ancora PAZÉ (2023), spec. pp. 107-110). In ogni caso, a prescindere da una valutazione sul divieto penale della gestazione per altri, non si può certo concordare sulla scelta del nostro legislatore di rendere punibile, secondo la legge penale italiana, la c.d. surrogazione di maternità anche qualora realizzata integralmente all'estero: l'introduzione di un “reato universale” rivela un utilizzo in chiave simbolica ed eticizzante del diritto penale (confermano, tra gli altri, PULITANÒ (2023b), pp. 13 ss.; MANACORDA e COLACURCI (2024), pp. 19 ss.; per un approfondimento delle proposte di legge che miravano ad estendere l'ambito spaziale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, si rinvia, p.t., a GATTA (2023), pp. 153 ss.). Come noto, la pratica della gestazione per altri difetta di quella riprovazione in senso universale che dovrebbe giustificare l'estensione extraterritoriale della giurisdizione; inoltre, la nuova normativa rischia di comprimere ulteriormente la tutela del minore nato da tale pratica, in contrasto con le condivisibili indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, fatte proprie anche dalla nostra Corte costituzionale.

### 3. *Habeas corpus* e questioni di fine vita: il diritto all'intangibilità del proprio corpo e la legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»).

Nel ribadire che il diritto all'intangibilità del corpo e alla sovranità su di esso è un principio non contendibile è necessario sottolineare, oltre al suo carattere primario, la sua imprescindibile trasversalità: esso non può che rivolgersi ad *ogni persona e ad ogni corpo*.

In tali termini si è – condivisibilmente – espresso anche il legislatore nella l. 22 dicembre 2017, n. 219 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»), dove – nel sancire per legge quanto ampiamente condiviso e già ribadito a livello giurisprudenziale<sup>19</sup> e

dottrinale<sup>20</sup> – ha previsto che tanto il consenso informato alle cure quanto il diritto, in qualsiasi momento, a rinunciare ai trattamenti sanitari (o a rifiutarli) trovano il loro fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. nonché negli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>21</sup>. Si è quindi sancito, nella legge, un diritto universale, che si rivolge a chiunque, indipendentemente dalla sua condizione o stato.

La normativa, infatti, seppur sia diventata nota – soprattutto nel dibattito pubblico – come la «legge sul testamento biologico»,

---

fisica della persona, espressamente riconosciuto dall'art. 3 CDFUE, ma riconducibile, assieme, al novero dei «diritti inviolabili della persona» di cui all'art. 2 Cost. e all'area di tutela del diritto alla vita privata proclamato dall'art. 8 CEDU».

Per completezza, ancorché sia una pronuncia successiva alla presente relazione, si richiama anche la sentenza dei Giudici della Consulta n. 66 del 2025. Per una disamina di questa sentenza, che rappresenta «l'ultima tessera, in ordine di tempo, del mosaico che la Corte costituzionale ha assemblato, in tema di aiuto al suicidio» (art. 580 c.p.), cfr. le approfondite riflessioni di CARUSO (2025), pp. 1 ss., che pone in evidenza la natura «non particolarmente innovativa di tale pronuncia». Inoltre, sulla sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2025 relativa alla finitima disposizione di cui all'art. 579 c.p. (Omicidio del consenziente), si rinvia ancora al saggio di CARUSO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> Nella letteratura penalistica cfr., tra gli altri, SEMINARA (2011), pp.189 ss.– laddove parla di diritto inviolabile a non essere sottoposto a terapie mediche contro la propria volontà (che si richiama altresì per ulteriori riferimenti bibliografici) e VALLINI (1998), pp. 1426 ss. Nell'ambito della dottrina giuspubblicistica, si veda, per tutti, VERONESI (2011), pp. 137 ss. anche per altri richiami alla letteratura costituzionalistica.

<sup>21</sup> Sia consentito il rinvio a CANESTRARI (2023a), pp.68 ss. oltre che, per uno specifico commento alla normativa richiamata, a ID. (2018), pp. 1-19. Seppur non manchino, in dottrina, voci che sostengono che esiste un (ricavabile) diritto costituzionale all'autodeterminazione, ritengo preferibile rinvenire nell'*habeas corpus* il fondamento costituzionale della libertà di disporre della propria sfera personale e corporea e, di conseguenza, leggere il diritto a rinunciare/rifiutare alle cure nei termini di una sua forma di manifestazione. Aderisce con nettezza a questa impostazione anche la sopra citata sentenza della Corte costituzionale n. 135 del 2024 (v. nota 19). Per un'approfondita disamina in chiave comparata delle prese di posizione delle Corti supreme e costituzionali, cfr. VIGANÒ (2023b), pp. 7 ss.

---

<sup>19</sup> Basti ricordare quanto asserito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 438/2008, dove, ribadendo che il consenso informato è un diritto della persona, se ne è ravvisato il fondamento costituzionale nei già menzionati artt. 2, 13, 32 Cost.

La recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 135 del 2024 (sul concetto di trattamenti di sostegno vitale) – si veda la relativa scheda su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) del 18 luglio 2024 – ribadisce con parole chiare (punto 5.2. del *Considerato in diritto*) che, secondo l'art. 32, comma 2, Cost., «[...] nessuno può essere infatti "obbligato" – e tanto meno fisicamente "costretto" – a sottoporsi a un trattamento sanitario sul proprio corpo e nel proprio corpo. L'esecuzione di un tale trattamento violerebbe, oltre che l'art. 32, secondo comma, Cost., l'art. 13 Cost. (sentenza n. 22 del 2022, punto 5.3.1. del *Considerato in diritto*), il cui contenuto minimo di tutela protegge la persona contro ogni forma di coazione sul corpo (sentenze n. 127 del 2022, punto 4 del *Considerato in diritto*; n. 238 del 1996, punto 3.2. del *Considerato in diritto*), nonché lo stesso diritto fondamentale all'integrità

ha in realtà una portata che va ben oltre la previsione della disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), poiché coinvolge l'intera materia del consenso informato, andando a recepire i principi di matrice costituzionale che concernono l'alleanza terapeutica, da intendersi come il rapporto di fiducia "medico-paziente". È in virtù di tale assunto che la scelta di non prevedere all'interno della citata legge un diritto all'obiezione di coscienza si manifesta in piena coerenza con la *ratio* della normativa la quale, essendo mossa dall'intento di promuovere e valorizzare la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico basata sul consenso informato, non nasce dal contemperamento tra valori configgenti. A differenza, quindi, della legge sulla interruzione di gravidanza, nella legge n. 219 del 2017 non è necessario alcun bilanciamento tra beni meritevoli di tutela da parte dello Stato e in collisione tra loro.

Dunque, a mio avviso, la legge n.219 del 2017 non deve essere modificata, bensì applicata in tutte le sue previsioni normative<sup>22</sup>. E va difesa con convinzione ed energia dai ricorrenti attacchi provenienti da correnti di pensiero di frequente contrapposte.

Da un lato, il recente disegno di legge "Gasparri"<sup>23</sup> invoca una duplice modifica del testo: (a) eliminare la chiara e condivisibile presa di posizione sulla qualificazio-

ne normativa della nutrizione artificiale e della idratazione artificiale come trattamenti sanitari (art. 1, comma 5), assunta dal legislatore del 2017 in piena sintonia con il parere delle principali società scientifiche dei professionisti della salute; (b) introdurre l'obiezione di coscienza per i professionisti sanitari nei confronti dei contenuti della legge (DAT, sedazione palliativa profonda continua, pianificazione condivisa delle cure, ecc.). Come appare evidente, l'accoglimento di tali proposte di riforma finirebbe per vanificare l'affermazione dei diritti della persona malata contenuti in una limpida ed efficace disciplina organica della relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente.

Sul versante opposto, non si può condividere l'idea di una "rilettura" della legge n. 219 del 2017 per aprirne la portata all'aiuto medico a morire, da operarsi attraverso un'assimilazione del rifiuto/rinuncia ai trattamenti sanitari alle fattispecie eutanasiche. Mi limito a sottolineare che una simile equiparazione «non rispetta» e «non rispecchia» l'ampia varietà di motivazioni dei pazienti che rifiutano o rinunciano a trattamenti sanitari anche salvavita, le quali non sono sempre riconducibili ad una volontà di morire.

Non intendo fare riferimento soltanto al rifiuto di sottoporsi alle trasfusioni ematiche per convinzioni religiose; penso alle vicende di tante persone malate che rifiutano trattamenti sanitari *life saving* (ad esempio, l'amputazione dell'arto o altri interventi chirurgici demolitori) o rinunciano al loro proseguimento (come un ulteriore ciclo di chemioterapia) con l'intenzione di garantirsi un percorso di vita, talvolta anche breve, in armonia con la propria sensibilità e con la propria identità personale.

A prescindere dalle motivazioni, occorre essere pienamente consapevoli che, nelle ipotesi in cui il paziente rifiuta o rinuncia al

<sup>22</sup> Anche in questa sede desidero ribadire la mia radicata convinzione che l'indispensabile applicazione, valorizzazione e diffusione dei contenuti e degli istituti contemplati nella legge n. 219 del 2017 possa avere un potente effetto preventivo nei confronti di moltissime richieste di aiuto medico a morire, anche se non di tutte.

<sup>23</sup> D.d.l. presentato al Senato in data 26 marzo 2024, S. n. 1083, XIX legislatura, *Modifiche all'art. 580 del codice penale e modifiche alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, in materia di disposizioni anticipate di trattamento e prestazione delle cure palliative*, in corso di esame in commissione, consultabile in [www.senato.it](http://www.senato.it).

proseguimento di trattamenti sanitari anche necessari alla propria sopravvivenza, il diritto della persona malata assume la consistenza dei diritti dell'*habeas corpus* e trova la sua necessaria e sufficiente giustificazione nel diritto all'intangibilità della propria sfera corporea in tutte le fasi dell'esistenza<sup>24</sup>.

L'equiparazione del diritto all'intangibilità corporea al c.d. diritto di morire (comprensivo di suicidio assistito ed eutanasia) determinerebbe un inevitabile ed intollerabile "affievolimento" del primo<sup>25</sup>, basti pensare alla necessità di porre nuovamente in discussione la questione dell'obiezione di coscienza dei professionisti della salute<sup>26</sup>.

In effetti, le posizioni di chi opera una simile equiparazione nella prospettiva di affermare l'esistenza di un "diritto di morire"<sup>27</sup> rischiano, tra l'altro, di incorrere in un pericoloso contro-effetto: quello di limitare i diritti sanciti dalla legge n. 219 del 2017. In questa prospettiva, si segnala l'impostazione di Massimo Donini, il quale definisce «tre

forme di congedo», rispettivamente: «il diritto di rifiutare le cure e di raggiungere così anche un esito terminale (art. 32, comma 2, Cost. e 1, comma 5, l. n. 219/2017); il diritto di essere aiutato a morire mediante tecniche di sedazione profonda continua capaci anche di accelerare il processo terminale (art. 2, comma 2, l. n. 219/2017); il diritto di un aiuto attivo a raggiungere la morte direttamente e per mano propria (Corte cost. n. 242/2019)»<sup>28</sup>. L'Autore prosegue, affermando che «ciò che unisce il *riconoscimento giuridico* [corsivo nel testo] di questi tre diritti quando vengano esercitati con finalità terminale (il che è scontato solo per l'aiuto al suicidio, e salvo che sia richiesto come desiderio di aiuto esistenziale) è la compassione verso il malato che viva sofferenze intollerabili rese possibili dallo stesso stato della medicina, che prolunga artificialmente l'esistenza senza potere eliminare il dolore infinito di certe situazioni patologiche incurabili, anche se non terminali»<sup>29</sup>.

In primo luogo, ritengo essenziale rimarcare il fatto che la sedazione palliativa profonda continua è un trattamento sanitario che avvia la persona malata ad una morte naturale e ha come effetto l'annullamento totale della coscienza e un «sonno senza dolore» fino al momento del decesso<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Conferma, come detto, la recente sentenza della Corte cost. n. 135 del 2024, in tema di trattamenti di sostegno vitale, commentata da CONSULICH (2024), pp. 1071 ss.

<sup>25</sup> D'altro canto, è stata la stessa Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 242 del 2019, a non riproporre l'idea – prefigurata nella precedente ordinanza n. 207 del 2018 – di introdurre il diritto della persona malata a richiedere l'assistenza al suicidio tramite una modifica della legge n. 219 del 2017. Si sarebbe infatti trattato di un «innesto» di difficile attuazione in un tessuto normativo che si è posto l'obiettivo di valorizzare l'«incontro» tra l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del medico, con la finalità di superare una pervicace visione paternalistica senza mettere in discussione l'immagine tradizionale del medico costitutiva dello sfondo archetipico della sua professione. Di recente, segnala con incisività la necessità di non disciplinare l'aiuto medico a morire nell'ambito della l. n. 219/2017, in quanto una simile opzione finirebbe per «indebolire l'impianto generale della legge – che deve, invece, essere *in toto* salvaguardata», PASQUINO (2022), p. 113.

<sup>26</sup> Si rinvia, oltre che alle osservazioni svolte poc'anzi nel testo, ai contributi richiamati a nota 21.

<sup>27</sup> V., ad esempio, DONINI (2019), pp. 113-129 (spec. p. 121).

<sup>28</sup> DONINI (2020), p. 228.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> La sedazione palliativa profonda e continua non accelera né ritarda la morte, come si desume chiaramente dalla consolidata letteratura specialistica indicata nelle *Linee guida sulla sedazione palliativa dell'adulto*, Siaarti, Sicp, pubblicate nel Sistema Nazionale Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità, Roma, 11 giugno 2023, con particolare riferimento ai pazienti in fase molto avanzata o terminale di malattia oncologica e cronico-degenerativa. Dunque, «il diritto di dormire per non soffrire prima di morire» (secondo la formula della legge francese Leonetti-Claeys del 2 febbraio 2016) – sancito dall'art. 2, comma 2, della legge n. 219/2017 – non può essere definito un diritto di essere sedato «in forma cripto-eutanasica [...] che i vari malati

In secondo luogo, è necessario avere piena consapevolezza delle conseguenze che potrebbero derivare dal richiamare la *pietas* verso la persona sofferente quale collante nelle diverse situazioni impropriamente assimilate. Il rischio è quello di creare una base argomentativa per sostenere una giustificazione “altra” – una sorta di “onere motivazionale” – anche a monte di una richiesta di rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari *life-saving*.

Una simile prospettiva non può essere accolta in quanto si ritiene, all'opposto, che nei casi di richiesta di non attivazione, di sospensione o di interruzione di trattamenti sanitari anche salvavita sul corpo della persona malata – una volta accertato il rifiuto o la rinuncia informati nell'ambito di una approfondita relazione medico-paziente che contempla, giustamente, anche l'ausilio di servizi di assistenza psicologica (art. 1, comma 5, legge n. 219 del 2017) – non sono necessari ulteriori motivi e requisiti. Non è necessario, dunque, alcuno “scrutinio dei cuori” da parte di “agenti compassionevoli”, ma una verifica accurata che tutte le informazioni rilevanti siano state comunicate e comprese: la drammaticità delle ragioni che fondano un rifiuto o una rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza comporta che l'investimento emotivo e l'impegno comunicativo, tra i protagonisti della relazione di cura, raggiungano la massima intensità<sup>31</sup>.

---

hanno iniziato ad esercitare negli ultimi tempi per non affrontare le lunghe e defaticanti battaglie dei ricorsi amministrativi e giurisdizionali a sostegno delle limitatissime forme di suicidio assistito» (così, invece, DONINI (2022), p. 1197). Pare piuttosto opportuno segnalare che, in Italia, i dati disponibili mostrano da tempo ampie differenze nelle pratiche di erogazione della sedazione palliativa sia in relazione alle aree geografiche e culturali sia quanto ai diversi *setting* assistenziali – ospedale, *hospice*, assistenza domiciliare (cfr. sul punto le *Linee guida sulla sedazione palliativa dell'adulto*, richiamate *supra*).

<sup>31</sup> L'affermazione che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura» (art. 1, comma 8) si impone,

In definitiva, occorre estrema chiarezza su questo punto. In uno Stato laico, la persona malata ha sempre diritto ad essere curata e (se capace di agire) a rifiutare o rinunciare a trattamenti sanitari anche salvavita: soltanto uno stato etico arriverebbe a spingersi sino a valutare la bontà delle motivazioni del paziente consapevole delle sue decisioni.

Diverse, invece, sono le coordinate da seguire nel caso della richiesta di aiuto medico a morire (*id est*: morte volontaria medicalmente assistita), dove ritengo che siano assolutamente necessari condizioni e requisiti<sup>32</sup> (v. anche *infra*, § successivo).

Per concludere la riflessione proposta nel presente paragrafo, avendo analizzato alcuni dei “riflessi limitativi” che potrebbero coinvolgere la legge 219 del 2017, ben si comprende perché con energia e preoccupazione segnalò il pericolo di vedere affievolire le conquiste che abbiamo raggiunto con molta fatica e in tanti anni, se non addirittura quello di trovarsi ad assistere al naufragio di buone riforme.

---

anche in questo contesto, come uno dei passaggi fondamentali della legge n. 219/2017.

<sup>32</sup> Su quest'ultimo punto sia consentito rinviare ai miei scritti citati nel presente lavoro (da ultimo, volendo, v. altresì CANESTRARI (2023), pp. 33 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici). L'orientamento dominante della letteratura giuspenalistica condivide questo punto di vista, non riconoscendo un generale «diritto di ciascuno a determinarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza». Nella prospettiva ora illustrata, seppur con diverse declinazioni, cfr. altresì, tra gli scritti più recenti, le riflessioni di: PULITANO (2022), pp. 1 ss.; SEMINARA (2023), pp. 199 ss.; CONSULICH (2024), pp. 1071 ss. e BARTOLI (2021), pp. 5-22. In una diversa prospettiva, si veda, tra gli altri, Tullio Padovani laddove si era espresso a favore dell'ammissibilità della richiesta di referendum sull'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p. (PADOVANI (2022), pp. 20 ss.); a favore dell'ammissibilità del referendum, con argomentazioni coincidenti soltanto in parte con quelle di Padovani, cfr. altresì DONINI (2021), pp. 1 ss.

## 4. I dilemmi di una disciplina dell'aiuto medico a morire.

Una disciplina in materia di aiuto medico a morire esige quindi una decisione da parte del legislatore, che sia figlia di un'autentica opera di bilanciamento, di fronte alla richiesta di essere aiutato a morire indotta da situazioni drammatiche, tra il diritto all'autodeterminazione del paziente e il diritto ad una tutela effettiva delle persone malate in condizioni di sofferenza.

In questa prospettiva, la discussione pubblica dovrebbe assumere come punto di partenza la questione che ho sempre considerato centrale: l'individuazione dei criteri in base ai quali considerare la decisione di chi richiede assistenza al suicidio libera, consapevole e stabile. In numerosi scritti ho affrontato tale problematica e in questa sede mi limito a riproporre in estrema sintesi alcune conclusioni cui sono pervenuto.

(a) Nei casi "tradizionali" di suicidio caratterizzati dalle indecifrabili "ferite dell'anima" – di frequente innescate da esperienze traumatiche: scomparsa di persone care, fallimenti sentimentali, difficoltà economiche, perdita del lavoro, condizioni di vita fortemente disagiate, ecc. – un fecondo dialogo interdisciplinare mi ha condotto a sostenere che non sia possibile stabilire o tipizzare criteri sicuri, né identificare soggetti (periti e/o valutatori) in grado di accertare la «lucidità» e la «stabilità» di una richiesta di agevolazione al suicidio. Di fronte all'ambivalenza e alla mutevolezza di una richiesta di aiuto al suicidio avanzata per ragioni di sofferenza di matrice psicologica o esistenziale da una persona non afflitta da gravi e irreversibili patologie organiche ritengo, dunque, giustificato il divieto di aiuto al suicidio; occorre infatti operare in una prospettiva di prevenzione, in particolare in-

vestendo risorse per valorizzare l'attività e il ruolo degli operatori di salute mentale, anche in contesti da troppo tempo colpevolmente trascurati<sup>33</sup>.

“Suicidio” e “aiuto medico a morire” (*id est*: morte volontaria medicalmente assistita) non devono essere equiparati: mi preme sottolineare che la diversità tra di essi risiede proprio nella loro “ontologia”, da intendersi quale essenza dei due fenomeni in considerazione<sup>34</sup>.

A conferma di quanto appena rilevato, anche dalle indagini empiriche emerge che non può esserci una “sovrapponibilità sostanziale” tra i casi di suicidio tradizionale e le cosiddette EAS («*Euthanasia and Assisted Suicide*»). A ben vedere, infatti, la popolazione di riferimento dei “suicidi non assistiti” si caratterizza per variabili ben diverse rispetto a quella che si rivolge a pratiche di aiuto medico a morire; da ciò emerge che «suicidi e EAS sono due fenomeni tra loro poco sovrapponibili» e soprattutto che, dal punto di vista empirico, «chi chiede l'accesso alle EAS non sarebbe disponibile a commettere un suicidio non assistito»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Si pensi al tragico fenomeno dei suicidi nelle carceri italiane, che dovrebbe sempre sollecitare la nostra sensibilità, con il macabro conteggio quotidiano dei morti (sul tema, il Comitato Nazionale per la Bioetica si era espresso con un importante parere del 25 giugno 2010, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, pubblicato anche in CANESTRARI (2014), pp. 135 ss.).

Di diverso tenore, come appare evidente, la questione relativa alla possibilità di valutare l'esistenza di una specifica forma di “distress psico-esistenziale” che si manifesta in una persona gravemente malata già coinvolta in un percorso clinico di cure palliative. Sul punto, cfr. le considerazioni di ORSI (2020), pp. 51 ss.

<sup>34</sup> CANESTRARI (2021), *passim*; ID. (2023b), pp. 35 ss., nonché CANESTRARI e CAPRONI (2021). In una diversa prospettiva, la recente e approfondita opera monografica dell'illustre filosofo FORNERO (2023), pp. 65 ss.; 145 ss.; nonché, nell'ambito di un'ampia disamina della mia impostazione, parr. 4.2., 4.3., pp. 133-145.

<sup>35</sup> COLOMBO e DALLA ZUANNA (2023), pp. 491-534, con ampi riferimenti alle ricerche condotte sui dati olandesi, belgi, svizzeri e degli Stati

(b) Ciò detto, occorre essere pienamente consapevoli che la discussione sugli ambiti di liceità dell'aiuto medico a morire dovrebbe riguardare esclusivamente l'assistenza medica a morire alle persone malate con gravi e irreversibili patologie organiche. In questo contesto è possibile individuare una figura in grado di svolgere il procedimento di verifica, che non può che essere il medico (*l'équipe* medica), con l'ausilio di operatori di salute mentale.

A questo punto, occorre chiedersi in quali costellazioni di casi esistono efficaci criteri di accertamento per valutare la richiesta del paziente – la persona malata in condizioni patologiche gravi, irreversibili e qualificate – di accedere all'aiuto medico a morire.

Per motivi di spazio in questa sede intendo porre in evidenza soltanto alcune delle questioni che ritengo più drammatiche e complesse. Nel caso rispetto al quale è stata “modellata” la sentenza n. 242 del 2019 per il medico è stato sicuramente possibile accertare in modo rigoroso una decisione consapevole, libera e stabile di richiedere un aiuto a morire.

Più in generale, con riferimento alle varieghe condizioni di un paziente con una malattia grave e irreversibile ma in grado di far cessare da solo la propria esistenza, mi limito qui a sottolineare le difficoltà relative all'accertamento di una decisione libera, consapevole e stabile di richiedere un aiuto medico a morire.

A ben vedere, anche se la verifica di una consapevole e stabile richiesta di avvalersi

dell'assistenza medica a morire appare altamente problematica, non può certo dirsi preclusa: nello specifico, è necessario tenere sempre presente che la valutazione deve essere effettuata sul caso concreto, evitando “automatismi”, analizzando in modo approfondito la storia clinica, le sofferenze fisiche o psicologiche e la capacità decisionale del singolo paziente. In proposito, ritengo comunque decisiva una verifica approfondita sulla circostanza che la richiesta di aiuto medico a morire di “quel paziente” non sia originata dalla mancanza di supporto e assistenza, da un temibile e insidioso “abbandono sanitario”.

Si deve comunque prendere atto che i gravi e irreversibili stati patologici sono numerosi e pongono questioni di accertamento delicate, complesse e diversificate: basti pensare alle diverse tipologie di tumore dove le persone malate di frequente alternano sentimenti di disperazione o di rassegnazione ad atteggiamenti “partecipativi” e “combattenti”; oppure alla condizione clinica sempre più diffusa della “polipatologia”. A mio avviso, dovrebbe risultare sempre più evidente che l'analisi di queste tematiche richiede un confronto ampio e considerazioni approfondite.

Appare dunque indispensabile un dialogo tra discipline scientifiche, un dibattito pubblico, un confronto (interno alle e) tra le forze politiche, una discussione parlamentare in grado di valorizzare effettivamente le tante competenze specialistiche che devono essere coinvolte. I diversi orientamenti dovrebbero comunque convergere su un aspetto di fondamentale importanza: una richiesta libera e consapevole di aiuto medico a morire è presente solamente in un contesto concreto in cui la persona malata goda di una reale e adeguata assistenza sanitaria (medica, psicologica e psichiatrica) e abbia effettivamente la possibilità – ma

---

americani che hanno introdotto le EAS. Gli Autori evidenziano altresì con chiarezza che, nei casi di suicidio propriamente detto, l'azione può essere il frutto di una crisi momentanea o di un episodio di panico (*op. cit.*, p. 35). Sul concetto di suicidio e il suo inquadramento nel sistema penale spagnolo, si vedano le riflessioni di ROMEO CASABONA (2021), pp. 485 ss.

non l'obbligo – di accedere a tutte le cure palliative praticabili. Accesso alle cure e supporti adeguati devono essere garantiti a prescindere da quella che sarà la decisione legislativa in materia; una ponderata ed efficace opzione riformatrice presuppone allora una valutazione approfondita della realtà sanitaria del nostro Paese da parte del Parlamento.

## 5. *Habeas corpus* della persona detenuta in sciopero della fame.

Nel riprendere il filo rosso della riflessione, richiamo ancora una volta l'importanza di riconoscere la natura “non contendibile” dell'*habeas corpus*. L'assolutezza di un principio, quale quello dell'intangibilità della sfera corporea, a ben vedere, vive solo se questo “sopravvive” alla realtà dei fatti e se si ha la forza di “pretenderne” la vigenza.

È questo il cuore argomentativo della minoritaria Posizione (B)<sup>36</sup> del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) relativo ai quesiti ministeriali concernenti il cosiddetto “caso Cospito”, dove si è espressa una ferma opposizione al tentativo di

“aprire una crepa” nell'applicazione della legge n. 219 del 2017, con riferimento alla drammatica questione dello sciopero della fame nelle carceri.

Occorre infatti ribadire con nettezza che il carattere trasversale del diritto di vivere tutte le fasi della propria esistenza senza subire trattamenti sanitari contro la propria volontà, avendo una derivazione logica dal diritto all'intangibilità della sfera corporea di ogni essere umano, si traduce in un'area di libertà “insindacabile”, il cui esercizio non può essere limitato da terzi sulla base di una contestazione delle motivazioni che hanno portato il singolo ad operare la sua scelta, né tantomeno in virtù della condizione in cui si trova a vivere<sup>37</sup>.

Intraprendere la nutrizione artificiale forzata in carcere, dinnanzi al pericolo di morte di un detenuto che rifiuta liberamente e consapevolmente di nutrirsi, non può

<sup>36</sup> Si veda la Posizione (B) del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia* del 6 marzo 2023, liberamente accessibile e consultabile su <https://bioetica.governo.it>. Il documento del CNB – con la parte relativa alle *Riflessioni condivise* e alle diverse Posizioni (A) maggioritaria, 19 voti, (B), 9 voti, (C), 2 voti – è stato pubblicato anche su *Sistema penale*, 7 marzo 2023, con la scheda di LAZZERI. Sottolineo che, oltre ai nove membri del CNB (Canestrari, Caporale, Mori, Savarino, Zuffa, Battaglia, d'Avack, Da Re, Garattini) che hanno sottoscritto la Posizione (B), redatta da chi scrive, la stessa ha ricevuto l'adesione dei membri invitati permanenti della Federazione degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, dell'Istituto Superiore di Sanità e della Federazione Nazionale Ordini Veterinari Italiani. Cfr., in senso conforme alla Posizione (B), anche le considerazioni di CASONATO e PUGIOTTO (2023), p. 414.

<sup>37</sup> Vedi anche *retro* le osservazioni svolte al § III. Così, nella già menzionata Posizione (B), in CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit., p. 13, si è concluso rilevando che «non vi sono motivi giuridicamente e bioeticamente fondati che consentano la non applicazione della legge sul consenso informato e le DAT nei confronti di persona detenuta» e ciò vale anche se la stessa ha intrapreso uno sciopero della fame. Sul punto, cfr. le preziose riflessioni di RISCATO (2023), pp. 77 ss.; cfr. altresì PULITANÒ (2023a), pp. 1117 ss., che non ritiene comunque possibile ricorrere ad una nutrizione artificiale forzata nei confronti della persona detenuta in sciopero della fame. Concorda invece con la Posizione (A) del documento, redatta da Mauro Ronco, EUSEBI (2023). Secondo la maggioranza del CNB, nel caso di imminente pericolo di vita, quando non si è in grado di accertare la volontà attuale del detenuto, il medico non è esonerato dall'attuare tutti quegli interventi atti a salvargli la vita (sempre secondo la Posizione (A)), le DAT sono incongrue, e dunque inapplicabili, ove siano subordinate all'ottenimento di beni o alla realizzazione di comportamenti altrui, in quanto utilizzate al di fuori della *ratio* della l. n. 219/2017. I problemi sollevati dagli scioperi della fame di uno o più soggetti detenuti rilevano, dal punto di vista giuridico, su diversi piani, che coinvolgono anche i presupposti (o meno) per ottemperare alle richieste degli scioperanti e la posizione di garanzia ricoperta dalle autorità penitenziarie: in proposito, cfr., tra gli altri, nella letteratura giuspenalistica, FIANDACA (1982), pp. 370 ss.

dunque dirsi un'opzione accettabile, perché contrasta in primo luogo con il diritto del detenuto di non essere sottoposto a trattamenti sanitari coattivi (artt. 2, 13, 32 Cost.; art. 1, l. 219 del 2017). Inoltre, si pone in antitesi con il diritto alla vita privata tutelato, a livello sovranazionale, dall'art. 8 CEDU, che va letto considerando la consolidata interpretazione della Corte EDU in materia, oltre che, guardando al diritto dell'Unione, con l'art. 3 della Carta di Nizza<sup>38</sup>.

Negare che un soggetto sottoposto a restrizione sia libero di autodeterminarsi per la propria condizione è in manifesto contrasto con la finalità rieducativa della pena: il fondamentale principio costituzionale sancito dall'art. 27, comma 3, infatti, muove proprio dall'opposta base di partenza, secondo la quale il detenuto, capace di autodeterminarsi, può risocializzarsi e comprendere il disvalore della propria condotta.

L'idea che aleggia, inoltre, di equiparare il detenuto che rifiuta di alimentarsi all'incapace di intendere e di volere non può essere condivisa<sup>39</sup>: da un lato, anche ammettendo che uno stato di "incapacità" sopraggiunga, si tratterebbe di un indebolimento delle facoltà cognitive che intervie-

ne, generalmente, nella fase avanzata dello sciopero della fame<sup>40</sup>; dall'altro, quella di rifiutare il nutrimento è una scelta di protesta maturata e perseguita ben prima di vertere in tale condizione. Sarebbe particolarmente grave invocare la vulnerabilità della persona detenuta per negarne la soggettività<sup>41</sup>.

Sia consentito, da ultimo, un ulteriore riferimento alla questione del "suicidio" e alla sua impropria equiparazione alla condizione del detenuto in sciopero della fame mediante la quale si è operato il tentativo di creare una base argomentativa che giustificasse il ricorso alla nutrizione artificiale forzata. Si ritiene, in proposito, di voler ribadire con fermezza che «il gesto di chi rifiuta di nutrirsi, consistente nella messa a repentaglio della propria vita, è rivolto a finalità diverse rispetto alla morte, esito sì accettato, ma non perseguito», in quanto lo sciopero della fame è per sua stessa natura una «seppur "estrema", modalità di comunicazione»<sup>42</sup>, che può essere orientata da motivazioni e scopi diversi (afferenti alla propria condizione personale oppure a carattere generale, fino ad arrivare ad istanze che potremmo qualificare come

<sup>38</sup> Si veda VIGANÒ (2023a), p. 13. Per un'accurata disamina critica della giurisprudenza della Corte EDU in tema di *hunger strike* (sciopero dell'alimentazione, secondo la corretta terminologia della Corte), con particolare riferimento alla recente sentenza dell'8 marzo 2023, *Yakovlyev c. Ukraine* (ric. n. 42010/18), cfr. le riflessioni di CIUFFOLETTI (2023) pp. 66 ss., nell'ambito del *Forum* «Analisi della risposta del CNB ai quesiti sul caso Cospito», con interventi anche di: Lorenzo d'Avack (pp. 55 ss.); Enrico Daly (pp. 92 ss.); Grazia Zuffa (pp. 116 ss.) e Maurizio Mori (pp. 128 ss.).

<sup>39</sup> Sul punto cfr. il documento, frutto delle considerazioni maturate da alcuni componenti del Gruppo di Lavoro "Un diritto gentile" e coordinato da BUSATTA, PICCINI, RODRIGUEZ, MARSICO e ZATTI (2023), ove si evidenzia correttamente che, anzitutto, «il medico ha il dovere di pianificare con la persona detenuta come procedere; ciò è possibile ricorrendo alla pianificazione condivisa delle cure (PCC), prevista dall'art. 5 della legge n. 219 del 2017».

<sup>40</sup> In proposito, cfr. la posizione di ZATTI (2023), laddove afferma con chiarezza la possibilità per il detenuto, nel caso di sua incapacità, di esprimere la propria volontà – anche nella forma del rifiuto ai trattamenti sanitari salvavita – mediante le disposizioni anticipate di trattamento (DAT), le quali possono essere disattese soltanto nei casi espressamente previsti dall'art. 4, comma 5, della l. n. 219 del 2017.

<sup>41</sup> Sul punto cfr., in commento al citato parere del CNB, l'opinione di ZUFFA (2023), la quale evidenzia e «avanza riserve sull'inquadramento della questione, fra (diritto alla) autodeterminazione della persona detenuta rispetto alla sua salute e dovere dello Stato di proteggere la salute e la vita di quella stessa persona in quanto a lui affidata. Il fatto stesso che tale dovere di protezione si traduca, come in questo caso, nell'ipotesi di sospendere un diritto fondamentale è indizio di quanto tale cornice etico-concettuale sia debole, per non dire ingannevole».

<sup>42</sup> Si veda la Posizione (B) del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica CNB, *Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit., p. 9.

politiche). Pertanto, qualsiasi equiparazione in tal senso finisce col confondere vicende che *in re ipsa* appartengono a categorie diverse<sup>43</sup> e a uniformare i relativi approcci alla materia, nonché i principi che vengono ad essere richiamati.

Il contrasto con la dignità (artt. 2 e 32 Cost.) di un trattamento sanitario contrario alla volontà della persona interessata, traducendosi in una lesione della sua autodeterminazione, della sua libertà morale e della sua integrità fisica, rende il ricorso alla nutrizione artificiale forzata una evidente violazione dei principi fondamentali su cui è edificato l'ordinamento italiano. Pertanto, risulta impossibile configurare eventuali "doveri di intervenire" in capo ai medici chiamati a nutrire artificialmente.

In proposito, si deve porre in evidenza – come sottolinea anche la citata sentenza della Corte EDU (*Yakovilev c. Ucraina* dell'8 marzo 2023) – che, diversamente, esiste l'obbligo di accertare una piena comprensione, da parte del paziente detenuto, delle conseguenze mediche dello sciopero dell'alimentazione, il quale si accompagna al dovere di rispettare il principio di una comunicazione continua tra medico e paziente durante lo sciopero e quello di verificare la volontarietà della scelta (tenendo conto che tale accertamento può risultare particolarmente complesso in situazioni di scioperi della fame collettivi dove la pressione di altri detenuti può essere un fattore determinante). Ciò posto, ribadisco che la condizione di detenzione non può essere richiamata per giustificare interventi coattivi, in quanto non implica di per sé una riduzione della capacità di espri-

mere un rifiuto informato e consapevole di trattamenti sanitari anche salvavita<sup>44</sup>.

A chiusura della presente riflessione, dunque, non può che ribadirsi quanto l'*habeas corpus*, così come i diritti che da esso discendono, attenga al legame inscindibile tra un *corpo* e il suo *titolare*<sup>45</sup>. È imprescindibile, quindi, che la persona detenuta che decida di rifiutare di nutrirsi sia sempre assistita dal personale sanitario con ogni azione di sostegno e, qualora si dovesse giungere ad una fase terminale, non sia costretta ad una nutrizione forzata artificiale, ma venga accompagnata verso una morte dignitosa con un'appropriate terapia del dolore e l'erogazione di tutte le cure palliative praticabili<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> La dottrina più sensibile si oppone con nettezza al ricorso allo stato di necessità per sottoporre la persona detenuta ad una nutrizione artificiale forzata: nell'ambito degli scritti più recenti, VIGANÒ (2023a), p. 13; CAVALIERE (2023), p. 78; RISCATO (2023), pp. 77 ss. (laddove riprende anche le considerazioni di FIANDACA (1983), p. 240).

<sup>45</sup> Così, nella già menzionata Posizione (B), in CNB, *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), Risposta ai quesiti del Ministero della Giustizia*, cit., 13, si è concluso rilevando che: «Non vi sono motivi giuridicamente e bioeticamente fondati che consentano la non applicazione della legge n. 219 del 2017 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento") nei confronti della persona detenuta e, per le ragioni che si sono espone, ciò vale anche se questa ha intrapreso uno sciopero della fame». Con la medesima chiarezza cfr. il documento del Gruppo di lavoro "Un diritto gentile", cit., secondo cui «[...] non risultano né nell'ordinamento penitenziario né nelle leggi speciali che regolano lo status giuridico delle persone sottoposte a limitazioni della libertà personale, disposizioni che consentano di procedere alla nutrizione forzata della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi. Il mero fatto che un individuo si trovi sottoposto ad una limitazione della libertà personale, perché detenuto, non comprime la sua dignità umana, né trasferisce la disponibilità dei suoi diritti fondamentali in capo alle autorità».

<sup>46</sup> Ritengo fondamentale riportare l'articolo 53 del Codice di Deontologia medica (2014) inerente direttamente al tema: «Il medico informa la persona capace sulle conseguenze che un rifiuto protratto di alimentarsi comporta sulla sua salute, ne documenta la volontà e continua l'assistenza, non assumendo iniziative costrittive né collaborando a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale» (sul punto, cfr. anche le considerazioni di CASONATO (2023), pp. 50 ss.). Di estrema importanza anche i punti 5, 6 e 23 della *Dichiarazione di Malta* (1991, aggiornata al 2017) della *World Medical Association* sull'alimentazione forzata. Alla

<sup>43</sup> Come si è già ricordato a nota 33, la questione del suicidio in carcere è stata ampiamente affrontata dal Comitato Nazionale per la Bioetica in un documento ad hoc, CNB, *Il suicidio in carcere. Orientamenti bioetici*, cit., *passim*.

## 6. Habeas corpus della persona malata e illegittimità della contenzione meccanica.

Il principio dell'intangibilità del corpo umano va rimarcato anche di fronte alle “nuove frontiere” della tutela della libertà personale che non coincidono con l'originaria idea dell'*habeas corpus* e si riferiscono a contesti sanitari.

In questa sede mi limito a richiamare la questione della legittimità dell'applicazione di misure di contenzione meccanica (*mechanical restraint*): si tratta dell'utilizzo di dispositivi applicabili al corpo o allo spazio circostante la persona per limitarne la libertà dei movimenti volontari. La contenzione meccanica deve essere ricondotta, dunque, al *genus* delle misure coercitive, ossia quegli interventi che prescindono o non trovano il consenso del paziente: si fa riferimento alla “legatura”, ai mezzi applicati alla persona malata allettata o seduta volti a limitare la libertà di movimento dell'intero corpo o di parti di esso (dai bracciali per immobilizzare polsi e caviglie, dalle fasce addominali per bloccare al letto o alla carrozzina, alle fasce pelviche, ecc.).

---

*Dichiarazione di Malta* e alle linee guida concernenti la tortura e i trattamenti crudeli, umani e degradanti di persone detenute fa riferimento anche la citata sentenza della Corte EDU nel caso *Yakovhyev c. Ukraine*: nel 2018 il ricorrente iniziava uno sciopero dell'alimentazione, insieme ad altri detenuti, per protestare contro le condizioni di detenzione subite nel carcere di Zamkova. In seguito, su ordine del Tribunale di Izyaslav, il detenuto veniva sottoposto ad alimentazione forzata per cinque giorni consecutivi: la procedura, secondo il racconto del ricorrente, durava da trenta a novanta minuti, in condizione di contenzione tramite ammanettamento con le mani dietro la schiena e trattenimento a opera di diversi agenti penitenziari, uno dei quali inseriva con forza uno speciale tubo di gomma in profondità nella sua gola causandogli gravi dolori e soffocamento.

I soggetti più esposti alla contenzione meccanica sono i pazienti psichiatrici e gli anziani: l'uso di tali misure coercitive non può essere inquadrato nell'ambito concettuale degli atti medici o sanitari e non persegue finalità terapeutiche<sup>47</sup>; al contrario, la contenzione meccanica è una pratica pericolosa per la salute fisica e mentale. I rischi fisici includono conseguenze osteomuscolari, alterazioni della funzione cardiaca ed epatica e, nei casi più gravi, complicanze tromboemboliche con esito letale<sup>48</sup>. Per ciò che riguarda i rischi per la salute mentale sono ampiamente documentati i disturbi post-traumatici da stress nelle persone sottoposte a contenzione meccanica e vengono posti in evidenza anche quelli nelle persone che attuano o assistono a pratiche di contenzione<sup>49</sup>.

La consapevolezza che la contenzione non costituisce un atto terapeutico assume un significato pregnante e comporta conseguenze di fondamentale importanza: resta escluso,

---

<sup>47</sup> In questa prospettiva, si segnala, tra le altre pronunce, la nota sentenza Mastrogiovanni (Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2018, n. 50497) che afferma con particolare chiarezza che la contenzione costituisce «un presidio restrittivo della libertà personale che non ha né una finalità curativa né produce materialmente l'effetto di migliorare le condizioni di salute del paziente [...] svolgendo una mera funzione di tipo “cautelare”, essendo diretta a salvaguardare l'integrità fisica del paziente, o di coloro che vengono a contatto con quest'ultimo, allorché ricorra una situazione di concreto pericolo per l'incolumità dei medesimi».

In riferimento alla Corte di Strasburgo, la recentissima sentenza *Lavorgna c. Italia* (Corte EDU, 7 novembre 2024, (ric. n. 8436/21), riguardo alla quale si veda la scheda di sintesi su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) pubblicata l'8 novembre 2024, *Contenzione meccanica prolungata in una struttura psichiatrica: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU*), ha riscontrato unanime – nel caso di un ragazzo diciannovenne, contenuto fisicamente per otto giorni, e nel complesso per ventuno giorni, se si considera anche la contenzione chimica – la violazione dell'art. 3 CEDU sia nel suo profilo sostanziale sia in quello procedurale.

<sup>48</sup> In proposito, si veda lo studio di KERSTING *et al.* (2019), pp. 10 ss.

<sup>49</sup> Cfr. FIORITTI e MARCACCI (2016), pp. 289 ss.

infatti, che essa possa ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 32 Cost. Pertanto, la contenzione può essere ammissibile solamente ove ricorrano i presupposti richiesti dall'articolo 13 Cost., che impone, per qualsiasi restrizione della libertà personale, una riserva di legge, che ha natura assoluta, e una riserva di giurisdizione (che esige un atto motivato dall'autorità giudiziaria). L'art. 13 Cost. infatti «appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto della persona»<sup>50</sup>.

Preso atto dell'assenza di un ancoraggio normativo alla pratica della contenzione<sup>51</sup>, la “legatura” del paziente – che può integrare la disposizione incriminatrice del sequestro di persona (art. 605 c.p.)<sup>52</sup>– non può trovare giustificazione nella scriminante dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), ma eventualmente in quelle della le-

gittima difesa (art. 52 c.p.) e dello stato di necessità (art. 54 c.p.), nelle ipotesi di soccorso difensivo o di necessità<sup>53</sup>.

Sotto il profilo dell'inquadramento normativo, dunque, la contenzione meccanica si pone al di fuori della sfera di liceità. Il discorso non si esaurisce in un'ottica puramente normativa: in effetti, rappresenta ormai un patrimonio comune l'idea che una visione paternalistica del rapporto tra medico e paziente non sia più sostenibile. Questa relazione deve essere letta con uno sguardo radicalmente diverso rispetto al passato: anzitutto, assegnando un rilievo preminente – in sintonia con quanto avviene, in modo ormai sedimentato, nelle esperienze di cultura angloamericana – all'*habeas corpus*<sup>54</sup>.

In questa prospettiva, ha svolto un ruolo di fondamentale importanza il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, *La contenzione: problemi bioetici*, del 23 aprile 2015<sup>55</sup>. Per sintetizzare la presa di posizione del CNB ritengo utile riportare testualmente alcune parole del parere, che testimoniano l'importanza di una svolta anche sul piano culturale. In particolare, in un riassuntivo passaggio, vi si legge che «il ricorso alle tecniche di contenzione meccanica deve rappresentare l'*extrema ratio* e si deve ritenere che – anche nell'ambito del Trattamento Sanitario Obbligatorio – possa avvenire solamente in situazioni di reale necessità e ur-

<sup>50</sup> Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238; nella successiva giurisprudenza costituzionale cfr. altresì, tra le altre pronunce, Corte cost., 10 aprile 2001, n. 105; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 298 e Corte cost., 6 dicembre 2001, n. 388.

<sup>51</sup> Si deve ritenere che l'art. 60 R.D. 16 agosto 1909, n. 615 recante il «Regolamento sui manicomi e sugli alienati», che autorizzava la contenzione meccanica del paziente psichiatrico, sia stato abrogato dalla legge 13 maggio 1978, n. 180 (così Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2018, con nota di LAZZERI).

<sup>52</sup> Aggravato, ai sensi dell'art. 61, n. 11-*sexies*, dal fatto di «aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative». In giurisprudenza, si è fatto riferimento anche ai reati di violenza privata (art. 610 c.p.), di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), di abuso di mezzi di correzione o di disciplina (art. 571 c.p.); riferimenti in SALVI (2022), pp. 1 ss.

<sup>53</sup> Così, con chiarezza, DODARO (2020), p. 394 s. e, nella giurisprudenza, la già citata pronuncia, Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2018, n. 50497.

<sup>54</sup> Sulla valenza dell'*habeas corpus*, nell'accezione qui accolta in riferimento al contesto sanitario, si consenta di rinviare anche alle mie riflessioni in CANESTRARI (2015), pp. 12 ss.; 81 ss.

<sup>55</sup> A tale riguardo, non è secondario sottolineare che tale documento, redatto dalla Prof.ssa Grazia Zuffa, alla quale rivolgo un ricordo commosso, e dal sottoscritto, è stato votato all'unanimità, cfr. [https://bioetica.governo.it/media/1808/p120\\_2015\\_la-contenzione-problemi-bioetici\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/1808/p120_2015_la-contenzione-problemi-bioetici_it.pdf).

genza, in modo proporzionato alle esigenze concrete, utilizzando le modalità meno invasive e solamente per il tempo necessario al superamento delle condizioni che abbiano indotto a ricorrervi. In altre parole, non può essere sufficiente che il paziente versi in uno stato di mera agitazione, bensì sarà necessaria, perché la contenzione venga “giustificata”, la presenza di un pericolo grave e attuale che il malato compia atti auto-lesivi o commetta un reato contro la persona nei confronti di terzi. Nel momento in cui tale pericolo viene meno, il trattamento contenitivo deve cessare».

Nelle raccomandazioni formulate nella parte finale del documento e rivolte anche agli attori istituzionali, in particolare Governo e Regioni, il CNB, dopo aver preso atto e condannato l'applicazione estensiva della contenzione, esorta a: «Predisporre programmi finalizzati al superamento della contenzione nell'ambito della promozione di una cultura generale della cura rispettosa dei diritti, agendo sui modelli organizzativi dei servizi e sulla formazione del personale»<sup>56</sup>. In questa direzione, desidero sottolineare con grande soddisfazione che due Regioni italiane, l'Emilia-Romagna e il Friuli-Venezia Giulia, dopo avere attuato strategie per l'azzeramento della contenzione meccanica nei servizi di psichiatria, hanno esteso l'obiettivo “contenzione zero” a tutta la rete dei reparti ospedalieri e delle residenze per anziani e disabili<sup>57</sup>.

In definitiva, il ricorso alla contenzione meccanica non determina l'insorgenza di una responsabilità penale soltanto quando esso possa essere considerato abusivo: la contenzione meccanica, che non può rientrare nell'ambito concettuale degli atti medici, comporta di per sé una violazione dell'*habeas corpus*, dei diritti fondamentali della persona umana.

## 7. Rilievi di sintesi.

In chiusura del presente contributo, desidero tracciare una linea che riprenda quanto si è ribadito sin dall'inizio della riflessione. Il percorso che si è snodato nelle pagine dello scritto, invero, ha condotto a evidenziare i motivi per cui il giurista penalista continua ad avvertire la necessità di affermare con forza la vigenza di un principio che costituisce una delle fondamenta dello Stato di diritto. La diversità delle situazioni che si sono prese in considerazione – dall'inizio e fine vita, sino allo sciopero della fame dei detenuti e alla contenzione meccanica – consente infatti di rilevare come i contesti in cui la persona corre il pericolo di non vedersi garantito il diritto alla sovranità su se stessa sono molteplici. Pertanto, la difesa dell'*habeas corpus* assume, ancora e più che mai, una valenza concreta e decisiva.

STEFANO CANESTRARI

<sup>56</sup> Sul punto, cfr. CANESTRARI (2017), pp. 31 ss.

<sup>57</sup> Per ciò che riguarda l'Emilia-Romagna, si veda il documento «Buone pratiche per la prevenzione della contenzione in ospedale», approvato nel febbraio del 2021 (Bollettino n. 74 del 18 marzo 2021 (Parte Seconda)), «Approvazione del documento di indirizzo tecnico alle strutture sanitarie della Regione in materia di buone pratiche per la prevenzione della contenzione», liberamente consultabile su <https://bur.regione.emilia-romagna.it/>. Esiste quindi la possibilità di sostenere con forza la

praticabilità dell'approccio *No Restraint*, rispetto al quale si auspica che continui ad essere affermato anche in sede parlamentare, dove, nel mese di settembre del 2024, è iniziata, in sede redigente, la discussione dei disegni di legge presentati da diversi gruppi parlamentari in tema di tutela della salute mentale. Lo stato dei lavori e il testo dei disegni di legge sono consultabili all'indirizzo <https://www.senato.it/>.

## Bibliografia

- BARBERA A. (2013): *Un moderno “Habeas Corpus”?*, in *Quaderni costituzionali*, 27 giugno 2013, pp. 1-14
- BARTOLI R. (2021): *Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo*, in *Sistema penale*, 11, pp. 5-22
- BUSATTA L. - PICCINI M. - RODRIGUEZ D. - MARSICO G. e ZATTI P. (2023) (coordinato da), *Sciopero della fame. I diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi e doveri di protezione*, in *www.quotidianosanita.it*, 22 febbraio 2023;
- CANESTRARI S. (2014): *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, 2<sup>a</sup> ed., (Torino, Giappichelli)
- CANESTRARI S. (2015): *Principi di biodiritto penale*, 1<sup>a</sup> ed., (Bologna, Il Mulino);
- CANESTRARI S. (2017): *La contenzione: parere del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in Azienda USL di Bologna (a cura di), *Liberi dalla contenzione. Il percorso di superamento della contenzione dell’Azienda USL di Bologna* (Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli Editore), pp. 31-38
- CANESTRARI S. (2018): *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in *Legislazione penale*, 19 dicembre 2018, pp. 1-19
- CANESTRARI S. (2021): *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale* (Bologna, Bononia University Press)
- CANESTRARI S. (2023a): *Principi di biodiritto penale*, 2<sup>a</sup> ed. (Bologna, Il Mulino)
- CANESTRARI S. (2023b): *Gli interrogativi di un diritto penale liberale e solidale dinnanzi alle sfide poste dall’aiuto medico a morire*, in FARALLI C. - CANESTRARI S. - LANZILLOTTA M. e RISICATO L. (a cura di): *Il punto sull’eutanasia: dal diritto alla letteratura* (Pisa, Pacini Giuridica), pp. 35-54
- CANESTRARI S. e CAPRONI M.L. (2021): *Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo*, in *disCrimen*, 27 gennaio 2021, pp. 1-25
- CARUSO C. (2025): *Nomofilachia à droit constant: conferme e ripiegamenti della Corte costituzionale in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, in corso di pubblicazione
- CASONATO C. (2023): *Salute e carcere: la posizione del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in FORNASARI G. e MENGHINI A. (a cura di): *Salute e carcere*, (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 43-56
- CASONATO C. e PUGIOTTO A. (2023): *Il Caso Cospito come sineddoche e il controverso parere del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 411-413
- CAVALIERE A. (2023): *‘Diritti’ anziché ‘beni giuridici’ e ‘principi’ in diritto penale?*, in *Sistema penale*, 10, pp. 63-92
- CIUFFOLETTI S. (2023): *Fame, diritto e alimentazione forzata: un’analisi della giurisprudenza CEDU*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 1, pp. 66-91
- COLOMBO A.D. e DALLA ZUANNA G. (2023): *La demografia del fine vita*, in *Rassegna italiana di sociologia*, pp. 491-534
- CONSULICH F. (2024): *La morte medicalmente assistita e la tentazione dell’overruling: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1071-1101
- DODARO G. (2020): *Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 3, pp. 388-400
- DONINI M. (2019): *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L’opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in MARINI F.S. e CUPELLI C. (a cura di): *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018* (Napoli, E.S.I.), pp. 113-129
- DONINI M. (2020): *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in D’ALESSANDRO G. e DI GIOVINE O. (a cura di): *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (Torino, Giappichelli), pp. 205-236
- DONINI M. (2021): *Il senso “ammissibile” del quesito referendario sull’aiuto a morire*, in *Sistema penale*, 30 novembre 2021, pp. 1-6
- DONINI M. (2022): *L’inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti per persone vulnerabili, ma non per quelle vulnerate*, in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1189-1201

- EUSEBI L. (2023): *Sciopero della fame: è possibile intervenire per evitare la morte?*, in *disCrimen*, 21 aprile 2023, pp. 1-4
- FACCHI A. (2018): *Sulle radici della proprietà di sé*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, pp. 427-442;
- FERRAJOLI L. (2010): *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in RODOTÀ S. e ZATTI P. (diretto da): *Trattato di biodiritto*, vol. *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ S. e TALLACCHINI M. (Milano, Giuffrè), pp. 231-257
- FIANDACA G. (1983): *Sullo sciopero della fame nelle carceri*, in *Foro italiano*, II, pp. 235-242
- FIORITTI A. e MARCACCI T. (2016): *Coercion in Europe*, in MOLODYNKI A. - RUGKÅSA J. e BURNS T. (a cura di): *Coercion in Community Mental Health Care: International Perspectives* (Oxford, Oxford University Press), pp. 289-300
- FORNERO G. (2023): *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro* (Torino, UTET)
- FRANCESCUTTO S. (2017): *L'aborto ostacolato*, in *Mulino*, 4, pp. 612-619
- GATTA G.L. (2023): *Surrogazione di maternità come "reato universale"? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema penale*, 5, pp. 153-156
- GIUBILINI A. e MINERVA F. (2013): *After-birth Abortion: Why Should the Baby Live?*, in *Journal of Medical Ethics*, 39(5), pp. 261-263
- KERSTING X.A.K. - HIRSCH S. e STEINERT T. (2019): *Physical Arm and Death in the Context of Coercive Measures in Psychiatric Patients. A Systematic Review*, in *Frontiers in Psychiatry*, pp. 1-19
- LAZZERI F. (2023): *Sciopero della fame e interventi salvavita contro la volontà espressa in precedenza dalla persona detenuta: le posizioni emerse in seno al Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Sistema penale*, 7 marzo 2023
- LOCKE J. (1690): *Second treatise of government* (1690) (Indianapolis, Hackett Pub. Co. Inc., 1980)
- MANACORDA S. e COLACURCI M. (2024): *Il reato universale? Una riflessione critica sul ricorso alla extraterritorialità nel sistema penale italiano*, in *Archivio penale* (web), 3, pp. 1-35
- MILL J.S. (1991): *Saggio sulla libertà* (1859) (trad. it. Stefano Magistretti, Milano, Il Saggiatore)
- ORSI L. (2020): *Uno sguardo medico sull'aiuto a morire*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, pp. 51-71
- PADOVANI T. (2022): *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di): *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, Atti del Seminario, Ferrara, 26 novembre 2021, Forum di quaderni costituzionali. Rassegna, I, pp. 20-29. Pubblicato in *www.amicuscuriae.it*;
- PASQUINO T. (2022): *Sul ruolo delle cure palliative e della terapia del dolore nel fine vita*, in *Responsabilità medica*, pp. 113-116
- PAZÉ V. (2023): *Libertà in vendita* (Torino, Bollati Boringhieri)
- PULITANÒ D. (1982): *Sullo sciopero della fame di imputati in custodia preventiva*, in *Questione giustizia*, pp. 369-380
- PULITANÒ D. (2022): *Morte assistita. Forza dei fatti e problemi della politica*, in *Sistema penale*, 7 luglio 2022, pp. 1-13
- PULITANÒ D. (2023a): *Sciopero della fame e rifiuto di trattamenti salvavita, tra bioetica e diritto*, in *Diritto penale e processo*, 9, pp. 1117-1120
- PULITANÒ D. (2023b): *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in *Sistema penale*, 1 giugno 2023, pp. 1-17
- RISICATO L. (2023): *Il confine tra ciò che è giusto e ciò che è consentito. Considerazioni a margine del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sul caso Cospito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 77-89
- RODOTÀ S. (2010): *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (diretto da): *Trattato di biodiritto*, vol. *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI (Milano, Giuffrè), pp. 169-230
- RODOTÀ S. (2017): *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, pp. 365-377
- ROMEO CASABONA C.M. (2021): *Suicidio y eutanasia*, in Id. (a cura di), *Tratado de Derecho y Envejecimiento* (Madrid, Fund. Mut. Abog., Wolters Kluwer España), pp. 483-539
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2003): *Il contratto sociale* (1762) (trad. it. Jole Bertolazzi, Milano, Feltrinelli)

- SALVI C. (2022): *È il momento di slegare*, in *Diritto penale e uomo*, 2 febbraio 2022, 1-20
- SEMINARA S. (2011): *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (diretto da): *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ e P. ZATTI (Milano, Giuffrè), pp. 189-230
- SEMINARA S. (2023): *Considerazioni sul documento “Disposizioni in materia di aiuto medico a morire”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, pp. 199-202
- SINGER P. (1989): *Etica pratica* (1979) (trad. it. Giampaolo Ferranti, Napoli, Liguori)
- TOOLEY M. (1972): «Abortion and Infanticide», *Philosophy and Public Affairs*, 24(2), pp. 37-65;
- VALLINI A. (1998): *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1426-1436
- VERONESI P. (2011): *Uno statuto costituzionale del corpo*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (diretto da): *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ e P. ZATTI (Milano, Giuffrè), pp. 137-172
- VIGANÒ F. (2023a): *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023, pp. 1-26
- VIGANÒ F. (2023b): *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sistema penale*, 12 gennaio 2023, pp. 1-37
- ZATTI P. (2011): *Principi e forme del “governo del corpo”*, in S. RODOTÀ e P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, tomo I, *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ e P. ZATTI (Milano, Giuffrè), pp. 99-135
- ZATTI P. (2023): *Sciopero della fame e diritti della persona detenuta che rifiuta di alimentarsi*, in *P&D*, 21 marzo 2023
- ZUFFA G., (2023): *Caso Cospito. Sul parere del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in <https://centroriformastato.it>, 17 marzo 2023, pp. 1-6.

# III.

## Il corpo del minore



# 1. Il corpo del minore

L'oggetto di questa sessione riguarda il corpo del minore. Ne parliamo con la professoressa Mirzia Bianca, ordinaria di Diritto Civile e direttrice del dipartimento di Scienze Giuridiche alla Sapienza, di recente insignita della laurea *honoris causa* dall'Università UBA di Buenos Aires, e con la professoressa Elisabetta Lamarque, ordinaria di diritto costituzionale e pubblico all'Università Bicocca di Milano.

La tematica sul corpo del minore presenta aspetti del tutto peculiari, perché il minore è per definizione un soggetto debole, indifeso nella sua crescita e bisognoso di cure e di assistenza, e per questo da tutelare in modo particolare nella sua dignità e nella sua personalità in formazione.

Facendo riferimento al valore fondamentale della dignità, di cui anche il bambino in quanto persona deve considerarsi titolare – come tra l'altro riconosce l'art. 3, comma 2, della legge n. 219 del 2017, che ne impone il rispetto – è opinione diffusa che detto valore si realizzi essenzialmente attraverso l'esercizio di due fondamentali diritti, declinati l'uno in termini positivi e l'altro in senso negativo: il diritto all'istruzione e il diritto al non lavoro (*right not to work*). La coesistenza e il combinato disposto di tali diritti, consentendo al bambino di vivere un'infanzia serena, lontana da fatiche e privazioni ed aperta a tutte le possibilità che l'istruzione e la cultura sono in grado di offrire, costituiscono uno strumento fondamentale per tutelare la sua dignità.

La dignità del minore impone che egli sia trattato con rispetto, con attenzione, con toni corretti, senza mai prescindere dal suo essere una persona.

Ma non è soltanto la dignità che viene in gioco: il richiamo contenuto nel citato art. 3 della legge n. 219 del 2017 agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nonché agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti rende evidente che il minore, appunto in quanto persona, ha la titolarità di tutti i diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione e nelle fonti sovranazionali.

Va d'altro canto considerato che l'art. 30 Cost., nel sancire il dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, offre loro una protezione rafforzata, che tende a scardinare il valore assoluto dell'autodeterminazione, limitandone gli spazi di operatività. Ed invero l'autodeterminazione, quale manifestazione di assoluta libertà del soggetto e del suo personalissimo modo di intendere la vita e lo star bene, nel caso di minori deve necessariamente commisurarsi con la loro capacità di discernimento e con il loro grado di maturazione fisica e psichica. Ciò vale a dire che il bambino è certamente titolare di un ventaglio di diritti fondamentali che gli sono attribuiti in quanto persona, ma resta un soggetto incapace, e tale sua incapacità si profila come funzionale alla sua protezione, conciliando autonomia e debolezza.

Se, come dice Marco Dell'Utri nella sua bella introduzione al Convegno, nel pensiero contemporaneo corpo e mente non sono più districabili, questo intreccio riferito al minore assume una particolare significazione e si presta a sollevare delicate problematiche: il corpo come elemento plasmabile dell'identità deve confrontarsi con le sue trasformazioni e con una mente che si apre alla conoscenza e alla consapevolezza di sé.

Si pone in particolare la questione dell'applicabilità del principio del consenso informato nel caso in cui il bambino sia malato, e quindi in uno stato di doppia fragilità. Come è noto, l'affermarsi del principio del consenso informato, che della autodeterminazione costituisce puntuale esplicitazione in campo sanitario, ha assunto negli ultimi anni un ruolo fondamentale nel mondo della medicina, determinando il declino del paternalismo medico e il delinearsi di un rapporto nuovo tra chi cura e chi è curato: un rapporto ora impostato su un piano paritario, fondato sul rispetto, sull'informazione e sull'ascolto. Ciò comporta che nessuna attività di cura può essere consentita al medico se non sia preceduta da un valido consenso del malato.

Ma per quanto riguarda i minori il riconoscimento della loro personalità e dignità, cui come già rilevato si associa la titolarità dei diritti fondamentali, deve confrontarsi con il riconoscimento, quanto meno entro certi limiti, dell'autorità e della responsabilità dei genitori.

Ecco pertanto la necessità di un bilanciamento tra autodeterminazione, tra potere di decidere di sé, per sé, e protezione, tra autonomia del fanciullo sofferente e responsabilità dei genitori nel prestare o negare il consenso alle cure.

La coesistenza di tali elementi ed il loro coordinamento in un quadro armonico sono estremamente complicati, stante la rilevanza degli interessi in gioco; i problemi sollevati dal loro interferire sono resi ancor più ardui dalla tendenza nella società e nella cultura contemporanea a riconoscere ai minori, e soprattutto ai "grandi minori", spazi sempre più ampi di autonomia e di capacità decisionale, secondo un percorso teso ad affrancarli progressivamente dalla soggezione agli adulti.

Sorge così la necessità di comporre una serie di valori e principi diversi: la libertà e la dignità del minore, la sua salute, la sua autodeterminazione, la sua capacità di discernimento, il suo migliore interesse, l'indisponibilità del bene della vita, la responsabilità genitoriale, il dovere dei genitori di ispirare ogni decisione all'interesse del figlio.

Il dialogo con il bambino e la necessità del suo coinvolgimento e della sua partecipazione alle scelte sanitarie trovano una propria regolamentazione nell'art. 3 della legge n. 219 del 2017, che estende ai minori il diritto all'informazione e richiede di valorizzare la loro capacità di comprensione e di decisione.

Si impone allora una prima domanda, che rivolgo alle nostre relatrici e che riguarda appunto il bilanciamento operato dall'art. 3 della legge n. 219 del 2017 tra diritto del minore all'informazione e all'ascolto e decisione dei genitori. Il bilanciamento effettuato in via normativa può ritenersi corretto? È sufficiente il momento dell'ascolto del minore quale strumento di interlocuzione con i sanitari e di valorizzazione della sua personalità e delle sue opinioni o è necessario introdurre altri strumenti di tutela? In ogni caso, come deve articolarsi il momento dell'ascolto da parte del medico? Prima ancora, è condivisibile la scelta del legislatore di interdire le DAT ai minori e di rimettere ai genitori la decisione finale sulle cure?

A tali interrogativi se ne associano altri, che concernono la risoluzione dei conflitti nel caso di divergenza di opinioni tra i soggetti coinvolti. Come è noto, il legislatore ha previsto l'intervento del giudice tutelare soltanto per l'ipotesi di contrasto tra la volontà dei genitori che rifiutano il trattamento e il giudizio del medico sulla necessità delle cure. Non ha invece disciplinato

il caso di diversità tra le opinioni dei due genitori e quello di contrasto tra l'opinione del minore che sia in grado di determinarsi e la volontà dei suoi rappresentanti legali. Il pensiero va al caso drammatico in cui il bambino malato in stato terminale ed afflitto da gravi sofferenze chieda di staccare la spina nell'opposizione dei genitori.

È possibile in tali ipotesi una interpretazione analogica della previsione di cui all'art. 3, che consenta l'intervento del giudice tutelare, adito dai nonni o da altri congiunti o dal pubblico ministero o dallo stesso minore, eventualmente legittimato per il tramite di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. riformato (la cui presenza è obbligatoria nel caso di conflitto di interessi tra rappresentato e rappresentante, *ex art. 78, comma 2, c.p.c.*), o anche dal medico? E a quali criteri dovrà ispirarsi il giudice tutelare nella sua decisione?

Si pone anche la questione meno drammatica, ma pure rilevante, del rifiuto del minore di sottoporsi ai vaccini. A fronte del suo rifiuto i nodi da sciogliere riguardano non solo il rispetto della sua determinazione, ma anche le modalità da adottare per rendere effettivo e concreto il suo intento volitivo. Su tale punto la normativa è carente.

Ed ancora, quale ruolo è chiamato a svolgere il curatore speciale, cui il giudice può attribuire anche specifici poteri di rappresentanza sostanziale *ex art. 473-bis.8, comma 3, c.p.c.*, e che a sua volta è tenuto all'ascolto del minore, in applicazione dell'art. 315-*bis* c.c.?

Tali interrogativi – che giro anch'essi alle nostre interlocutrici – richiedono risposte non facili, coerenti con l'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra la tendenza, sollecitata anche dagli strumenti internazionali (in particolare l'art. 6 della Convenzione di Oviedo) a riconoscere al

minore un ruolo sempre più pregnante, e la salvaguardia della sua persona e della sua salute da scelte che potrebbero essere istintive o non sufficientemente ponderate, non avendo egli spesso alcuna consapevolezza della realtà del morire, o anche influenzate da condizionamenti ambientali e sociali.

GABRIELLA LUCCIOLI



## 2. Il corpo del minore. Il conflitto tra autodeterminazione e protezione\*

**SOMMARIO:** 1. Riflessioni introduttive. – 2. La prima domanda della Presidente Luccioli: in che modo la legge n. 219 del 2017 opera il bilanciamento tra il principio di autodeterminazione del minore e il limite della responsabilità genitoriale? – 3. La seconda domanda della Presidente Luccioli: in assenza di alcuna indicazione normativa, in che modo possono essere risolti i conflitti tra i genitori e tra genitori e figlio?

### 1. Riflessioni introduttive.

In un convegno come questo dedicato all'affascinante tema del corpo, la mia sessione, sotto la direzione mirabile di Gabriella Luccioli e in dialogo con la collega costituzionalista Elisabetta Lamarque, è dedicata al corpo del minore.

Prima di soffermarmi sulle varie problematiche attinenti al corpo del minore, anche alla luce delle risposte che tenterò di dare alle domande poste dalla Presidente Luccioli, vorrei preliminarmente fare qualche breve riflessione su cosa deve intendersi per “corpo”. Queste riflessioni sono state sollecitate dalla bella introduzione al presente Convegno di Marco Dell’Utri<sup>1</sup> che conduce il lettore in un suggestivo itinerario che muove dalle antiche connessioni tra corpo e anima, fino ad arrivare a regolamentazioni che hanno ridotto il corpo ad oggetto, come il codice civile e a moderne forme di schiavitù, come la materni-

tà surrogata, e in generale alla complessa problematica del fine vita, tematiche che ripropongono il tema della dicotomia soggetto-oggetto di diritto, evocando da un lato il tema degli atti di disposizione del proprio corpo e dall’altro il tema della soggettività, che emerge dalla nozione stessa di dignità umana<sup>2</sup> e quindi dell’essenza stessa della umanità .

Se si cerca nei vocabolari il significato della parola “corpo”, esso viene indicato quale “porzione limitata di materia”<sup>3</sup>. Il termine corpo indica quindi la parte materiale, fisica della persona o di un animale. Analogo significato si rinviene nella lingua inglese, in cui *body* indica the “*whole physical structure of a human or an animal*”<sup>4</sup>. Anche nella lingua francese, il termine “*corps*” indica “*la partie matérielle d’un être animé considérée en particulier du point de vue de son anatomie, de son aspect extérieur*”<sup>5</sup>.

Questa visione materialistica del corpo si rinviene anche nel codice civile del 1942,

\* Dedico questo mio scritto alla memoria indelebile di mio Padre che tante riflessioni ha dedicato al principio di autodeterminazione del minore e alla protezione della sua dignità.

<sup>1</sup> M. DELL’UTRI, *Attorno a questo corpo dalle mille paludi. V Convegno di Giustizia insieme*, in *Giustizia insieme* 5 Giugno 2025.

<sup>2</sup> Riflessioni importanti sul concetto di dignità umana sono contenute nei numerosi e bellissimi scritti di Gabriella Luccioli.

<sup>3</sup> V. Treccani, Enciclopedia on line.

<sup>4</sup> V. Oxford Dictionary on line.

<sup>5</sup> V. Larousse on line.

nell'unica disposizione dedicata al corpo umano: l'art. 5, norma che disciplina il divieto di atti di disposizione del proprio corpo. La norma, come emerge dalla lettura della relazione al codice civile (n. 37), venne introdotta per risolvere il problema della liceità degli atti di disposizione del proprio corpo. Si legge nella relazione che "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". Il perimetro in cui il soggetto può disporre del proprio corpo, che è appunto delimitato dai limiti suindicati, è arricchito da una prospettiva dirigista, che è propria dell'epoca, che sottrae il corpo umano al suo titolare, al fine di realizzare le finalità collettive e statuali.

Questa prospettiva limitata e oggettivistica del corpo è stata via via abbandonata e l'art. 5 del codice civile si è caricato nel tempo di altri significati che ne hanno ampliato la portata. Così la norma è stata applicata al caso di trapianti e anche al caso del complesso e non risolto dibattito del fine vita. In qualche modo, così, il corpo umano, da oggetto, si è piano piano avvicinato al soggetto e il tema della disposizione degli atti del proprio corpo, dall'area ristretta delle disposizioni corporali minimali, si è esteso a tutta la persona umana, ponendo il problema generale della disposizione della stessa vita umana.

Con riferimento al soggetto minore di età, queste complesse problematiche risultano in qualche modo enfatizzate dalla sua tradizionale mancanza di capacità di agire espressa dall'art. 2 cc., che prevede l'acquisto della capacità di agire al compimento del 18° anno di età. Questa indicazione normativa monolitica è stata tuttavia sgre-

tolata dall'emersione di diversi statuti di capacità con riferimento a diversi ambiti. La parabola evolutiva del diritto dei minori, che li relegava in un tempo non lontano, anche all'interno della comunità familiare, all'area dei soggetti incapaci<sup>67</sup>, ha via via fatto emergere una progressiva attenzione verso il riconoscimento della capacità di autodeterminazione del soggetto minore di età. Ciò ha trovato una declinazione specifica nel riconoscimento della capacità di discernimento del grande minore, intendendosi per tale il minore adolescente. Tale evoluzione ha trovato applicazione concreta in materia di capacità digitale del minore, che nel nostro ordinamento è stata riconosciuta al minore che abbia raggiunto l'età di 14 anni e in tema di ascolto, diritto riconosciuto al minore già a partire dall'età di 12 anni e anche in età minore qualora dotato di capacità di discernimento (art. 315-bis cc e artt. 473-bis 4 e 5 cpc)<sup>7</sup>. L'emersione dei nuovi concetti di autodeterminazione e di capacità di discernimento, ha reso tuttavia più nitido il conflitto con la responsabilità genitoriale e in generale con l'esigenza di protezione del minore. A comprendere le ragioni di questo conflitto e al tentativo di comporlo sono dedicate le pagine che seguono, che riguarderanno il ristretto ambito degli atti riguardanti il corpo del minore.

<sup>6</sup> V. M. BIANCA, *Minore (tutela sostanziale in generale)*, in *Enc dir. I tematici IV. Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, 886 ss.

<sup>7</sup> V. C.M. BIANCA, *Diritto civile 2.1. La famiglia*, 7° ed., a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2023, 384 ss.

## 2. La prima domanda della Presidente Luccioli: in che modo la legge n. 219 del 2017 opera il bilanciamento tra il principio di autodeterminazione del minore e il limite della responsabilità genitoriale?

Con riferimento allo specifico tema del corpo del minore, partirei cercando di rispondere alla prima domanda della Presidente Luccioli che chiede a me e ad Elisabetta Lamarque, in che modo nella legge sulle Dat n. 219 del 2017 viene bilanciato il principio di autodeterminazione con il limite della responsabilità genitoriale. Al riguardo credo che occorra dar conto delle principali disposizioni che in quella legge fanno riferimento al soggetto minore di età. La legge n. 219 del 2017 dedicata alle Dat e al consenso informato, dedica un articolo ai soggetti minori di età e agli incapaci. L'art. 3, comma 1, prevede che “la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'art. 1”. In particolare l'art. 1 menziona il diritto alla salute, alla vita, alla dignità e all'autodeterminazione. Già da questa prima disposizione, emerge l'accoglimento della parabola evolutiva che vede il soggetto minore di età, se pure incapace dal punto di vista civilistico, dotato di autodeterminazione e titolato a ricevere informazioni sul suo stato di salute, nel pieno rispetto dei suoi diritti fondamentali. Il legislatore ha qui accolto il pensiero della dottrina che aveva evidenziato l'esigenza di informare il minore e di tener conto della

sua opinione<sup>8</sup>. Il secondo comma dell'art. 3 prevede poi che “il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona del minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica del minore nel pieno rispetto della sua dignità”. Già in sede di commento alla legge<sup>9</sup> avevo messo in corsivo questa parte della disposizione perché esprime il vero punto di bilanciamento tra il principio di autodeterminazione del soggetto minore di età e la responsabilità genitoriale. Tale responsabilità non è infatti senza limiti, ma secondo la lettera della legge deve svolgersi tenendo conto della volontà del minore e del suo grado di maturità e, soprattutto, parte che ritengo più significativa, l'esercizio di tale responsabilità genitoriale deve avere quale scopo la tutela della salute psico-fisica del minore e della sua dignità. In queste poche parole è custodito il vero punto di equilibrio tra autodeterminazione e responsabilità genitoriale, che è la realizzazione del principio del migliore interesse del minore. Sia io che Elisabetta Lamarque abbiamo dedicato varie riflessioni a questo principio. Elisabetta con una importante opera monografica<sup>10</sup>. Io ho dedicato al tema un grande Convegno che si è tenuto all'Università La Sapienza nel 2018, i cui atti sono stati pubblicati in un'opera di tre vo-

<sup>8</sup> C.M. BIANCA, *Trattamenti sanitari tra principio di autodeterminazione e dovere di solidarietà (a ciascuno il suo)*, in M. BIANCA, (a cura di), *le decisioni di fine vita*, Milano, 2011, 229 ss. V. inoltre i numerosi e sempre interessanti scritti sul tema di Arnaldo Morace Pinelli.

<sup>9</sup> V. M. BIANCA, in *Famiglia* 2018, 109 e ss.

<sup>10</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini: il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

lumi da me curata<sup>11</sup>. Mi ricordo che organizzai quel Convegno proprio perché il principio del *best interest of the child*, contenuto nella Convenzione di New York, appariva ai miei occhi una “formula magica” come affermato da Carbonnier, un principio inafferrabile, sebbene richiamato da dottrina e giurisprudenza. Mi sono tuttavia resa conto che, proprio in materia di malattia e fine vita del soggetto minore di età, tale principio acquista in maniera plastica contenuto ed operatività.

Il migliore interesse del minore si erge a strumento di governo di tante soggettività spesso in conflitto tra loro: la volontà del minore, la volontà dei genitori, che spesso sono in conflitto tra loro, l’indicazione dei medici che lo hanno in cura. La composizione di queste tante soggettività può avvenire solo avendo come faro il migliore interesse del minore e quindi in particolare la sua dignità e la sua salute, come ben evidenziato nel citato art. 3 della legge n. 219 del 2017.

Alcuni importanti casi giurisprudenziali evidenziano che il *best interest* è il faro che deve guidare per il raggiungimento di un punto di equilibrio.

Nel caso raccontato nel romanzo di Mac Ewan, *La ballata di Adam Henry*, la storia è quella di un ragazzo malato di leucemia che rifiuta insieme ai genitori le cure in quanto testimone di Geova. Nel romanzo si racconta il disagio della giudice della Corte inglese che alla fine, però, proprio applicando il principio del *best interest of the child*, decide di farlo curare, nonostante la volontà del ragazzo e dei suoi genitori fosse contraria, a causa di tradizioni culturali che rifiutavano in radice tali trattamenti.

In caso di contrasto tra la volontà del minore e la volontà contraria di un genitore, in ordine alla somministrazione del vaccino contro il Covid 19, il giudice ha ascoltato la voce del minore in quanto conforme al suo interesse a non contrarre la malattia<sup>12</sup>.

Il raggiungimento del punto di equilibrio risulta più difficile nei casi tragici di malattie incurabili. Come scrissi allora e come ritengo oggi, l’interpretazione della legge non sembra dar spazio ad una scelta tragica di interruzione della vita umana. L’art. 4, relativo alle DAT, esclude che a redigerle sia il soggetto minore di età. Tale scelta del legislatore italiano, a differenza ad esempio del legislatore belga<sup>13</sup>, che ammette che il soggetto minore di età possa redigere un testamento biologico, a mio parere non deve essere tacciata di protezionismo, ma esprime l’idea di fondo che un minore, a causa della sua età, è statisticamente impreparato ad affrontare la malattia e ancor meno la morte. Deve peraltro dirsi che un

<sup>12</sup> V. T. Monza, 22 luglio 2021.

<sup>13</sup> Si tratta della *Loi relative à l'euthanasie*, che nel 2014 ha esteso la possibilità anche ai soggetti minori, v. in particolare l’art. 3: “Le médecin qui pratique une euthanasie ne commet pas d’infraction s’il s’est assuré que:

- le patient est majeur ou mineur émancipé, capable ou encore mineur doté de la capacité de discernement et est conscient au moment de sa demande;]
- la demande est formulée de manière volontaire, réfléchie et répétée, et qu’elle ne résulte pas d’une pression extérieure;
- le patient majeur ou mineur émancipé]se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d’une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d’une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;
- le patient mineur doté de la capacité de discernement se trouve dans une situation médicale sans issue de souffrance physique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui entraîne le décès à brève échéance, et qui résulte d’une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable;
- et qu’il respecte les conditions et procédures prescrites par la présente loi”.

<sup>11</sup> M. BIANCA, *The best interest of the child*, Roma, 2021.

approccio sereno alla morte è già difficile per una persona adulta. Né appare possibile affidare ai genitori tale scelta tragica<sup>14</sup>. Anche in questo caso il bilanciamento deve passare attraverso l'individuazione del migliore interesse del minore.

### 3. La seconda domanda della Presidente Luccioli: in assenza di alcuna indicazione normativa, in che modo possono essere risolti i conflitti tra i genitori e tra genitori e figlio?

Proprio cercando di rispondere alla seconda domanda della Presidente Luccioli, la legge n. 219 del 2017 regola solo il conflitto tra genitori e classe medica, ma non regola gli altri conflitti, ovvero quello tra minore e genitori e tra gli stessi genitori. Quanto alla prima tipologia di conflitto, la legge prevede all'art. 3, comma 5, che “nel caso in cui il rappresentante legale della persona minore di età rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare”. In un primo commento alla legge, avevo manifestato il mio dissenso ritenendo che il giudice tutelare, in assenza di competenze scientifiche non fosse la persona adatta a decidere<sup>15</sup>. Al riguardo ho cambiato parzialmente idea in quanto ritengo che debba essere il giudice

scientifico. Nella recente legge regionale Toscana sul fine vita<sup>16</sup>, l'art. 3 prevede l'istituzione di una Commissione multidisciplinare permanente composta da vari soggetti, tra cui uno psicologo, un esperto di medicina palliativa, un medico legale, un medico anestesista. L'oggetto della legge è diverso perché riguarda il suicidio assistito ma la metodologia mi sembra interessante perché prevede il parere di una serie di esperti.

Ecco ritengo che la decisione del giudice debba essere preceduta dal parere di una commissione di esperti che spieghino in maniera scientifica quando e come un trattamento sanitario realizzi o, al contrario, pregiudichi, il migliore interesse del minore.

Quanto agli altri conflitti, ovvero il conflitto tra i genitori e quello tra genitori e figlio, in mancanza di una indicazione normativa, il diritto effettivo mostra di individuare nel migliore interesse del minore il principio catalizzatore di tutti i conflitti.

Oltre ai casi già citati, voglio citarne altri due che confermano questa tesi.

Nel caso giurisprudenziale inglese deciso dalla High Court un neonato era affetto da grave malattia e si contrapponeva la volontà dei genitori di mantenere in vita il proprio figlio e la volontà dei medici che invece affermavano trattarsi di accanimento terapeutico. La High Court ha stabilito che i trattamenti intensivi di sostegno vitale su un bambino di undici mesi affetto da malattia incurabile possano essere interrotti anche senza il consenso dei genitori perché non realizzano il suo *best interest*<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> V. al riguardo significativamente C.M. BIANCA, *op ult cit.*, 231: “Mai e poi mai può ammettersi che spetti ai genitori decidere se mantenere in vita o no il figlio, pur se trattasi di vita cd artificiale”.

<sup>15</sup> M. BIANCA, in *Famiglia* 2018, 109 ss.

<sup>16</sup> V. Legge regionale Toscana, 14 marzo 2025, n. 16, *Modalità organizzative per l'attuazione delle sentenze della Corte costituzionale 242/2019 e 135/2024*.

<sup>17</sup> UK: High Court 29 gennaio 2018 (Kings College Hospital NHS Foundation Trust v. Thomas).

Un caso analogo è stato deciso dalla Corte di Strasburgo (caso Parfitt c. Regno Unito). In questo caso la Corte di Strasburgo si è trovata a gestire una fattispecie delicata e tragica. Una bambina affetta dalla nascita da una malattia viene ritenuta dai medici “incurabile” mentre la madre si accanisce a curarla. La Corte in questo tragico caso dà ragione alla classe medica e respinge il ricorso della madre che si opponeva alla sospensione di trattamenti, giudicati dai medici ormai inutili e fonti di sofferenze per la bambina. Le argomentazioni della Corte si basano, anche qui, sul principio del migliore interesse del minore e della sua dignità.

Le riflessioni fin qui svolte consentono di confermare che, anche in mancanza di precisa indicazione normativa, ma alla luce del diritto effettivo, il faro che deve illuminare ogni conflitto è il principio del migliore interesse del minore, che si declina in maniera diversa a seconda della situazione concreta.

MIRZIA BIANCA

# 3. Il corpo del minore nella prospettiva costituzionale

*Chi vuole controllare i corpi di qualcuno  
alla fine deciderà di controllare tutto*

M. Murgia, *Dare la vita*, a cura di A. Giammei, Rizzoli, 2025

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il corpo del minore nella prospettiva costituzionale. – 3. Il corpo del minore malato. – 4. Il corpo del minore malato e l'intervento del giudice.

## 1. Premessa.

Chi ha pensato a me per dialogare con la collega Mirza Bianca, sotto la guida della Presidente Luccioli, sul tema del corpo della persona di minore età<sup>1</sup> l'avrà forse fatto per affiancare alla prospettiva di una civilista, che è fondamentale in questo ambito<sup>2</sup>, anche lo sguardo di una costituzionalista che ha un po' studiato in passato le norme costituzionali in materia di filiazione e il principio, ormai anch'esso da considerare di rango costituzionale, dei *best interests of the child*<sup>3</sup>.

Ho scelto quindi di svolgere il mio compito tentando innanzitutto di ragionare in generale sul corpo dei bambini e degli adolescenti dalla mia prospettiva, per arrivare poi a rispondere alla domanda della Presidente Luccioli, relativa al corpo del minore malato e ai bilanciamenti compiuti dal legislatore con la legge n. 219 del 2017<sup>4</sup>.

Quando mi occuperò del corpo del bambino e dell'adolescente malato, tuttavia, entrerà in gioco prepotentemente anche una mia seconda competenza, se così la vogliamo chiamare, legata alla mia biografia, o meglio una mia seconda anima.

Mio marito, infatti, che è purtroppo mancato l'anno scorso<sup>5</sup>, aveva lavorato per quasi trenta anni come medico psicologo

<sup>1</sup> Il testo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di qualche nota, della relazione svolta dall'autrice in dialogo con la Presidente Gabriella Luccioli e la Professoressa Mirza Bianca nell'ambito del convegno annuale di *Giustizia insieme* dal titolo *Attorno a questo corpo dalle mille paludi* (Roma, Archivio di Stato, 6 giugno 2025), e ne mantiene il tono colloquiale.

<sup>2</sup> Rinvio, per tutti, ai tre preziosi volumi dal titolo *I best interests of the child*, a cura di M. BIANCA, Roma, 2021 e ai numerosi scritti della collega Bianca in tema di genitorialità e filiazione pubblicati in questa *Rivista*.

<sup>3</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016 e, tra gli altri scritti, EADEM, *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste*

*e prospettive a 30 anni dall'adozione*, a cura dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, Roma, 2019, all'indirizzo [https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia\\_30\\_anni\\_convenzione.pdf](https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia_30_anni_convenzione.pdf) e *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, in questa *Rivista*, 6 febbraio 2023.

<sup>4</sup> Legge 22 dicembre 2017, n. 219, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento.

<sup>5</sup> Carlo Alfredo Clerici (Genova 25 agosto 1969 – Milano 4 febbraio 2025). La sua figura di uomo e di studioso può essere ora conosciuta navigando nel sito a lui dedicato, all'indirizzo [www.carloclerici.it](http://www.carloclerici.it).

clinico nel reparto di pediatria dell'istituto dei tumori di Milano, affiancando i pazienti, bambini e adolescenti, e le loro famiglie nel percorso di malattia, e ponendosi spesso come facilitatore – non trovo altro termine – della relazione tra loro e gli oncologi pediatri, intermediario e parte attiva all'interno del difficile processo decisionale che porta alla manifestazione del consenso a trattamenti sanitari spesso molto invasivi in presenza di malattie dalla prognosi incerta.

I racconti di mio marito, e i numerosi scritti scientifici suoi e dei suoi colleghi, mi hanno insegnato non solo che *davvero* “il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura”, come per fortuna la legge del 2017 finalmente ha voluto affermare<sup>6</sup> – ecco qui un primo giudizio positivo sulla legge –, ma anche che di fronte alla malattia di un bambino o di un adolescente, soprattutto la malattia grave, la costruzione di una buona relazione tra l'*équipe* medica, intesa in senso allargato, e i pazienti e le loro famiglie è propedeutica e direi indispensabile alla buona cura del corpo malato.

Viceversa, ogni conflitto all'interno del complesso triangolo *équipe* medica allargata, paziente minore e suoi familiari, di qualunque natura sia e tra chiunque insorga, rischia di pregiudicare la stessa possibilità di curare al meglio il corpo del minore malato.

Desidero avvertire fin da ora che a mio parere in questo quadro, in cui la relazione è l'elemento fondamentale, il rimedio giurisdizionale apprestato dal legislatore del 2017, che interviene dove la relazione fallisce, non sembra comunque del tutto inutile, nel senso che in alcuni casi può essere capace di *scongiurare il peggio*: di evitare cioè che alla fine si realizzi proprio la so-

luzione meno favorevole, tra tutte quelle concretamente possibili, per la salute del minore stesso (ed ecco già qui anticipato un secondo giudizio positivo sulla legge n. 219, su cui mi soffermerò nel par. 3 anche con qualche esempio).

## 2. Il corpo del minore nella prospettiva costituzionale.

Fatta questa necessaria premessa, torno ora alla mia prima competenza, quella da costituzionalista.

Come anticipavo, svolgerò dapprima qualche riflessione sparsa sul corpo della persona di minore età in generale (in questo paragrafo), per arrivare poi al corpo malato del bambino e dell'adolescente (nel par. 3).

Il punto da cui partire è che dignità umana e corpo umano sono legati a doppio, inscindibile, filo.

L'art. 2 della nostra Costituzione, infatti, riconosce e garantisce i diritti inviolabili a ogni “uomo”, e cioè a ogni essere umano inteso come *persona fisica dotata appunto di un corpo*.

Sembra di sentire l'eco di una poesia di Wislawa Szymborska: “l'anima vaga, sparisce, ritorna, si avvicina, si allontana, a se stessa estranea, inafferrabile, ora certa, ora incerta della propria esistenza, mentre il corpo c'è, e c'è, e c'è”<sup>7</sup>.

A sua volta, la dignità umana è, come noto, un concetto ampio e sfuggente: fondamento di tutti i diritti<sup>8</sup>, bilancia essa stessa

<sup>6</sup> Art. 1, c. 8, l. n. 219 del 2017.

<sup>7</sup> W. SZYMBORSKA, *Torture*, in *La gioia di scrivere. Tutte le poesie (1945-2009)*, trad. di P. Marchesani, Milano, 2009.

<sup>8</sup> Tra i molti si veda S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2013, 199.

di ogni valore e non già oggetto o effetto di bilanciamento<sup>9</sup>, limite invalicabile alla discrezionalità dei legislatori<sup>10</sup>, bene per nessuna ragione riducibile o sacrificabile<sup>11</sup>.

Sul suo contenuto, tuttavia, almeno una cosa per certo si può affermare.

Essa impone come minimo che il corpo umano sia sempre trattato come parte integrante della persona che lo abita, e *mai come un oggetto*.

Questo significato minimale di dignità implica non solo, ad esempio, il divieto assoluto della schiavitù e del matrimonio forzato dei minorenni e il superamento di qualunque residuo di concezione proprietaria nei confronti dei figli, ma anche a mio parere – sono consapevole di fare un'affermazione divisiva – il divieto di ogni forma di surrogazione di maternità, compresa quella a fini altruistici.

Dal mio punto di vista, infatti, un neonato non solo non può essere venduto o comprato, ma neppure può essere ceduto gratuitamente, perché così facendo il suo corpo, e quindi la sua intera persona, vengono ridotti a oggetto: a oggetto, più precisamente, del contratto di compravendita o del contratto di donazione.

Ma andiamo avanti con qualche altra riflessione.

Spetta anche ai minori, naturalmente, la libertà fisica, del corpo, sancita proprio dal primo dei diritti inviolabili elencati in Costituzione, l'art. 13 Cost.

Questa previsione costituzionale dimostra ancora una volta che la dimensione corporea è coesistente alla persona.

*L'habeas corpus* dell'art. 13 Cost. è, appunto, è il diritto di ciascuno di non avere messe le mani addosso, sul proprio corpo, né dal potere pubblico né, tantomeno, da un soggetto privato.

È interessante osservare che, diversamente dalla maggioranza dei costituzionalisti, i civilisti, seguendo forse un percorso logico simile a quello che ha portato nel mondo anglosassone a costruire il concetto di *privacy*, di solito traggono dall'art. 13 Cost. una conseguenza più ampia, che chiamano principio di autodeterminazione della persona, anche minorenne, nelle scelte che riguardano la sua vita.

A me pare che questo sia uno dei casi in cui le due discipline sorelle del diritto civile e del diritto costituzionale non parlano lo stesso linguaggio e costruiscono quadri concettuali paralleli e non comunicanti tra loro. La stessa cosa accade anche, ad esempio, per quelli che gli uni chiamano diritti della personalità, e gli altri diritti della persona.

Seguendo le categorie del diritto costituzionale, infatti, si fa fatica a parlare di un vero e proprio diritto di autodeterminazione dello stesso adulto, anche se so bene che non solo la giurisprudenza<sup>12</sup>, ma anche lo stesso legislatore nella nostra legge sul

<sup>9</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista Aic*, 2008, 2-3; Id., *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'ATENA, Milano, 2011, 1181.

<sup>10</sup> M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 181 ss.; P. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di M. SIGLARI, Torino, 2003, 43; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, 59-60.

<sup>11</sup> A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 1/2011, 4.

<sup>12</sup> Da ultima, con inusuale insistenza, Corte cost., sent. n. 33 del 2025, su cui E. LAMARQUE, *Il volto costituzionale della famiglia*, oggi, in *Quad. cost.*, 2025, 702 ss.

consenso informato vi fanno espresso riferimento.

Il motivo è semplice. L'immagine della persona umana che il principio personalista mette a fondamento dell'intero edificio costituzionale non è quella dell'individuo indipendente e autonomo che si autodetermina, come accade invece in ambiente culturale anglo-americano.

La nostra Costituzione, piuttosto, muove da un'idea di persona come essere umano in relazione con altri e con l'intera società, essere umano sociale. Coerentemente, la struttura della parte I della Costituzione presenta le posizioni soggettive di diritto e di dovere ivi elencate in forma di "rapporti" (civili, etico-sociali, economici e politici, come recita il nome dei quattro titoli di quella parte) e, dunque di relazioni umane<sup>13</sup>, alle quali poi la Costituzione stessa chiede di improntarsi al principio di solidarietà. E, del resto, una vera e propria definizione giuridica di persona nel senso di essere umano in relazione con altri si legge nell'art. 2 Cost., là dove stabilisce che l'essere umano deve essere considerato "sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"<sup>14</sup>. Allo stesso modo l'art. 3, primo comma, Cost., ribadisce il medesimo concetto quando afferma la pari dignità "sociale" di ciascuno.

Tutto ciò è, all'evidenza, incompatibile con l'esistenza di un diritto costituzionale di autodeterminazione che prescindere da ogni aspetto relazionale dell'individuo.

Di conseguenza, mentre nella prospettiva civilistica abbiamo una pretesa di autode-

terminazione dei figli minori che si scontra con le prerogative della responsabilità genitoriale, diversamente, nella prospettiva costituzionale è ciascuno dei diritti costituzionali di cui anche i figli minori godono in quanto persone umane che deve trovare un bilanciamento con il dovere/diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli.

Torniamo allora al diritto dei minori di età sul proprio corpo di cui all'art. 13 Cost., e vediamo come può bilanciarsi con i doveri/diritti dei genitori di cui all'art. 30 Cost.

Lasciamo per ora da parte i casi nei quali c'è un pericolo per la salute del minore, che sono più complessi perché attivano il dovere di protezione da parte di coloro che ne hanno la responsabilità e vedono entrare nel bilanciamento, accanto all'art. 13 Cost., di cui ora ci occupiamo, anche l'art. 32 Cost.

Rientra o meno nel potere educativo dei genitori intervenire sul corpo dei figli ancora piccoli, privi della capacità di discernimento, per conformarlo alle proprie convinzioni religiose o culturali?

Per la circoncisione la risposta unanime sembra positiva, così come in alcune regioni italiane è pacificamente accettato l'uso di forare il lobo delle orecchie alle neonate. Ma allora, si chiedono alcuni in dottrina, perché non accettare anche le mutilazioni genitali femminili appartenenti alla categoria più lieve dei quattro tipi esistenti<sup>15</sup>, dato che non provocano nessuna ripercussione sulla salute fisica o psichica?

<sup>13</sup> M. CARTABIA, *L'influenza del "Codice di Camaldoli" sulla Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2023, 839-840.

<sup>14</sup> Sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *Il principio personalista*, in *Trattato di diritto costituzionale italiano. I principi fondamentali. Volume II*, a cura M. BENVENUTI e R. BIFULCO, Torino, 2024, 107 ss.

<sup>15</sup> Si veda la classificazione OMS introdotta nel 1997 e poi successivamente confermata e precisata (World Health Organization, *Female genital mutilation: A joint WHO/UNICEF/UNFPA statement*, Geneva, 1997; World Health Organization, *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement*, 2008 e, infine le *WHO guidelines on the management of health complications from female genital mutilation* del 2016).

La verità, a mio parere, è che tutte e tre le pratiche che ora ho richiamato sollevano seri dubbi di compatibilità con il diritto al proprio corpo di cui sono titolari anche i minori di età privi di capacità di discernimento.

Specularmente, nel caso dei cosiddetti “grandi minori” dotati della capacità di discernimento, si potrebbe penso sostenere che l’art. 13 Cost. garantisca loro una libera gestione del proprio corpo, purché esercitata in modalità sicure per la loro salute.

Mi riferisco ad azioni che vanno da un taglio di capelli estremo, eventualmente sgradito ai genitori, all’applicazione di *piercing* e anche – io ritengo – di tatuaggi, se eseguiti in luoghi conformi alle norme di sicurezza e igiene previste nelle circolari del Ministro della Salute e alle eventuali regole dettate in proposito dalle singole Regioni.

A questo proposito segnalò soltanto che, studiando in vista di questo convegno, ho trovato leggi regionali che fuoriescono certamente dalla loro competenza, invadendo la materia ordinamento civile di esclusiva competenza dello Stato, e sono dunque incostituzionali, là dove pretendono anche di dettare divieti – divieti variamente declinati da Regione e Regione in base all’età del minore – di praticare *piercing* e tatuaggi – e regole – anch’esse molto varie – sulla necessità o meno del consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale a seconda del tipo di pratica e, ancora una volta, dell’età del minore<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Legge reg. Toscana 31 maggio 2004, n. 28 e succ. mod.; legge reg. Friuli Venezia-Giulia 12 aprile 2012, n. 7; legge reg. Marche 18 novembre 2013, n. 38; legge reg. Abruzzo 22 dicembre 2020, n. 4; legge reg. Lazio 3 marzo 2021, n. 2; legge reg. Lombardia, 23 luglio 2021, n. 13; legge reg. Piemonte 30 gennaio 2023, n. 2. Ma si vedano anche altri atti regionali, quali il decr. Ass. Sanità Regione Siciliana 31 luglio 2003, n. 10099 e la del. giunta reg. Emilia-Romagna 11 aprile 2007, n. 465.

Tornando al diritto sul corpo di cui anche i minori godono in base all’art. 13 Cost., risulta quindi a mio parere del tutto fuori asse rispetto ai principi costituzionali l’unico risalente precedente, tra l’altro emesso in sede penale, che nel 2005 ha visto la condanna per lesioni personali del tatuatore che aveva praticato un tatuaggio sul corpo di un’adolescente in mancanza del consenso dei genitori<sup>17</sup>. A mio parere il caso avrebbe richiesto di interrogarsi sull’esistenza della scriminante dell’esercizio di un diritto.

### 3. Il corpo del minore malato.

In relazione ai trattamenti sanitari sul corpo di una persona di minore età vengono in considerazione, accanto all’art. 13 Cost., anche l’art. 32 Cost. e la funzione di protezione della salute del minore da parte degli adulti che ne sono responsabili.

Nell’ampia nozione di trattamento sanitario, naturalmente, rientrano, accanto alle vere e proprie cure (terapie di vario genere e interventi chirurgici) anche gli accertamenti diagnostici e i trattamenti sanitari preventivi sia primari (come i vaccini) sia secondari (volti a individuare precocemente la presenza di malattia in assenza di sintomi). E può essere utile ricordare, tra le cure, quelle volte a rimediare alla disforia di genere (le terapie di conversione sessuale), che per i minori di età sono naturalmente le più discusse e problematiche sotto il profilo sia medico che bioetico<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Cass., sez. V pen., 14 dicembre 2005, n. 45345.

<sup>18</sup> CNB, *Risposta al quesito del Ministero della Salute sull’utilizzo della triptorelina nel caso di diagnosi di “disforia di genere”*, 22

Per quanto qui interessa, come noto, l'art. 32 Cost.: *a)* vieta di imporre trattamenti sanitari (salvi i casi previsti dalla legge) e quindi richiede il consenso informato per ogni trattamento sanitario, escludendo così la possibilità di praticarlo se all'informazione fornita dai sanitari segue non il consenso bensì il rifiuto, e *b)* pone il rispetto della persona umana – ancora una volta la dignità umana – come limite invalicabile per ogni trattamento sanitario attuato in mancanza del consenso della persona interessata.

A mio parere la legge n. 219 del 2017 aderisce alle indicazioni costituzionali con rara finezza.

In particolare, è mia opinione da tempo che l'impianto della legge renda ossequio alla natura relazionale dell'essere umano e realizzi quindi in modo pieno il principio personalista là dove prevede che la garanzia dei diritti fondamentali del malato grave si fondi sulla promozione e sulla valorizzazione della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", e là dove aggiunge che "alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze", partecipano anche "gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'*équipe* sanitaria" e che "in tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo".

Inoltre, ed è quanto più interessa il nostro ragionamento sul corpo del minore malato, la legge realizza il principio personalista anche là dove precisa che il paziente minore è coinvolto pienamente in questa "relazione di

cura e di fiducia", disponendo che egli abbia "diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione" e debba "ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà";

Infine, sempre con riferimento al paziente minore, la disciplina legislativa appare pienamente conforme al principio di ragionevolezza là dove appresta un rimedio giurisdizionale in capo direttamente al medico che, dopo avere proposto cure da lui ritenute "appropriate e necessarie" per la salute del minore, si trovi davanti al rifiuto opposto dagli esercenti la responsabilità genitoriale.

La legge del 2017, infatti, molto opportunamente elimina quel doppio passaggio che poteva essere causa di ritardi anche fatali nelle cure. In precedenza, invece, lo ricordo, il medico aveva l'obbligo deontologico di investire la procura minorile, la quale a sua volta doveva valutare l'opportunità di investire il Tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 333 del codice civile.

Può essere interessante anche notare che la giurisprudenza – giustamente – tratta come "rifiuto delle cure" anche prese di posizione da parte dei genitori apparentemente più sfumate, come il consenso condizionato alla circostanza che il trattamento sanitario sia fatto secondo determinate modalità e la sospensione della cura mentre viene cercata altrove una terapia più efficace.

Posso portare due esempi concreti.

*a)* Nel primo senso abbiamo la recente pronuncia della Cassazione<sup>19</sup> che ha affermato che "esprimere il consenso ad un trattamento sanitario ponendo una condizione non attuabile equivale a non esprimerlo. Il

novembre 2024 e in precedenza CNB, *In merito alla richiesta di Aifa sulla eticità dell'uso del farmaco triptorelina per il trattamento di adolescenti con disforia di genere*, 13 luglio 2018.

<sup>19</sup> Cass., sez. I civ., 3 febbraio 2025, n. 2549.

paziente non può infatti esigere trattamenti sanitari contrari alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali”.

Nel caso di specie, i genitori avevano subordinato il loro consenso a un intervento chirurgico sul loro bambino di due anni alla condizione, dettata dalla loro fede religiosa, che l'ospedale si procurasse, per l'evenienza della necessità di trasfusione, alcune sacche di sangue di donatori non vaccinati, sul presupposto che per produrre alcuni vaccini si sarebbe fatto ricorso a linee cellulari provenienti da feti abortiti.

La Cassazione, tra l'altro, nel respingere il ricorso dei genitori, utilizza come argomento, sia pure solo *ad abundantiam*, la circostanza che scorrettamente i genitori avevano richiesto la tutela dell'identità religiosa del figlio, perché era piuttosto in gioco la tutela della loro identità religiosa: “anche un bambino in tenera età, infatti, ha sue “capacità e inclinazioni”, e “soprattutto” ha “potenzialità in divenire” che potrebbero portarlo, in futuro, a compiere scelte religiose diverse “che i genitori sono tenuti a rispettare”.

b) Il secondo caso ha visto coinvolto il reparto di oncologia pediatrica dove lavorava mio marito.

Di fronte a un grave tumore cerebrale della loro figlia di tre anni, e ai primi esiti di una cura ritenuti positivi dai medici curanti (nel senso che la cura era riuscita perlomeno a fermare la crescita della malattia), due genitori avevano avviato una febbrile ricerca di terapie capaci di guarire la figlia – un risultato che l'ospedale milanese riteneva irrealistico, vista la gravità della malattia – e nel frattempo avevano sospeso la cura in corso.

I numerosi medici italiani e stranieri contattati si erano quasi tutti confrontati con la primaria milanese, e avevano poi assicurato

ai due genitori che non avrebbero potuto trovare una cura migliore di quella già avviata né nel loro ospedale né altrove.

Un unico centro estero aveva promesso un intervento chirurgico risolutivo, dal costo ovviamente proibitivo. I coniugi avevano allora avviato una potente campagna di raccolta fondi, coinvolgendo anche personaggi dello spettacolo.

La primaria milanese a quel punto ha scritto al collega straniero per chiedergli conto delle irrealizzabili promesse fatte alla coppia di genitori, e le risposte date da quel medico hanno confermato il sospetto che si trattasse di una truffa.

La primaria milanese ha quindi attivato il percorso giudiziario, all'esito del quale il giudice ha ritenuto che la sospensione delle cure equivalesse a un rifiuto delle cure stesse contrario all'interesse della bambina e contemporaneamente ha disposto il ritiro del passaporto dei genitori per impedire il viaggio verso la clinica estera.

La bambina ha così ripreso gratuitamente in Italia, ma in diverso ospedale, la medesima terapia già praticata all'istituto dei tumori.

## 4. Il corpo del minore malato e l'intervento del giudice.

Come è noto, tutte le scelte sulla vita delle persone di minore età devono essere compiute da coloro che esercitano la responsabilità genitoriale nel rispetto del principio dei *best interests of the child*, e cioè con una valutazione individualizzata e modellata sul caso concreto, prediligendo la soluzione, tra tutte quelle possibili, che realizzi il maggior benessere di quel minore, compatibilmente con le condizioni di fatto date.

Analogamente, ove ci sia un intervento giudiziale, il medesimo principio dei *best interests* si impone anche al giudice.

Di solito il legislatore non precisa i criteri in base ai quali determinare in concreto i *best interests*, lasciando così ampia discrezionalità ai genitori, ai tutori e agli stessi giudici nella individuazione di ciò che è meglio per quel determinato bambino o adolescente. Da qui la nota metafora dell'interesse del minore come scatola vuota, che ogni adulto può riempire seguendo i propri valori e criteri.

Mi sembra però che nel nostro caso la metafora non valga. Il bene del minore quando si tratta della scelta di dare il consenso o rifiutare un trattamento sanitario è una scatola che il legislatore italiano del 2017 ha riempito di un contenuto ben preciso: lo "scopo", dice la legge, è "la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità"<sup>20</sup>.

La discrezionalità dei rappresentanti legali e poi dei giudici è quindi una discrezionalità limitata e finalizzata al raggiungimento di uno obiettivo ben preciso, legislativamente fissato. Di fronte a una scelta relativa alla salute di un minore, in effetti, è perfettamente ragionevole che la sua salute psicofisica sia l'unico parametro di riferimento per identificare in cosa consista il suo bene. Un parametro capace di spazzare via dall'orizzonte del decisore ogni altra considerazione.

Ma come si deve regolare il giudice quando è chiamato a dirimere un conflitto circa il consenso o il rifiuto di un trattamento sanitario non espressamente contemplato dal-

la legge n. 219 del 2017, come è quello che può insorgere tra i due genitori?

A mio parere anche questo conflitto dovrebbe essere deciso dal giudice seguendo comunque le indicazioni della legge 219, e cioè con una discrezionalità non piena, ma limitata dalla necessità di conformarsi alle indicazioni più accreditate provenienti dalla comunità scientifica internazionale, naturalmente in relazione al quadro clinico del minore interessato ricostruito con le informazioni fornite dai medici curanti.

Questo è quello che, del resto, sembra avere fatto la giurisprudenza in tutti i conflitti tra genitori relativi alle vaccinazioni contro il Covid<sup>21</sup>.

Propongo ora un'ultima riflessione, relativa a un'ipotesi delicatissima, anch'essa non contemplata dalla legge del 2017.

L'ipotesi è quella di un minore capace di discernimento che si opponga strenuamente al trattamento sanitario proposto dai medici, a cui invece i suoi rappresentanti legali hanno consentito.

A me pare che in presenza di un conflitto di questo tipo sia inopportuno e comunque inutile che il medico attivi il giudice tutelare.

Inopportuno, perché la relazione tra il giovane paziente e il medico, che potrebbe sempre dare ancora qualche frutto, ne risulterebbe pregiudicata.

Inutile, perché la legge non prevede che in casi come questi si possa procedere coattivamente al trattamento sanitario. L'unico strumento coercitivo sui figli minori a di-

<sup>20</sup> F. APERIO BELLA - I. ARDIZZONE - F. DANОВI - E. FRONTONI - P. GAETA - E. LAMARQUE - M. PALMA - M. RUOTOLO, *Codice Junior. Under 18: diritti e doveri*, a cura di M. RUOTOLO, Milano, 2025, 239.

<sup>21</sup> La letteratura riferisce di un'unica pronuncia di merito che respinge la richiesta di un genitore di essere autorizzato a far vaccinare i suoi figli minori (S. ZINOLLI, *Trattamenti sanitari sui minori in caso di dissenso o di contrasto genitoriale. Il best interest of the child nella recente giurisprudenza di merito*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1241 ss.)

sposizione dei genitori, infatti, sembra essere, se si segue la migliore dottrina, quello previsto dall'art. 318 del codice civile nel caso di abbandono della casa familiare<sup>22</sup>, che prevede anche l'intervento del giudice in conformità all'art. 13 Cost.<sup>23</sup>.

Un esempio particolarmente doloroso del fatto che al minore dotato della capacità di discernimento debba riconoscersi un sostanziale potere di veto sui trattamenti sanitari proposti dai medici, compresi quelli salva vita, si può trarre, ancora una volta, dall'esperienza della pediatria dell'istituto dei tumori di Milano. I dettagli del caso si leggono in un *case report* pubblicato su una rivista medica internazionale<sup>24</sup>.

Qui mi serve solo dire che Paul era un ragazzino di 13 anni con un grave linfoma, orfano di entrambi i genitori, che alcuni volontari italiani avevano portato in Italia dalla Tanzania per offrirgli cure migliori di quelle di cui disponevano il suo orfanotrofio e gli ospedali del suo paese. Nei mesi di permanenza in Italia i suoi tutori sono stati prima coloro che lo avevano portato a Milano, e in seguito, a causa del comportamento aggressivo e anche autolesivo tenuto da Paul che rendeva impossibile il soggiorno presso di loro, i responsabili di due successive case-famiglia.

Con il consenso dei tutori, i medici avevano ipotizzato per lui prima un ciclo di chemioterapia e poi una eventuale radioterapia di consolidamento.

Fin dall'inizio, parlando con gli oncologi e con mio marito medico psicologo clinico

tramite un interprete dallo Swahili, che per tutti i mesi della permanenza in Italia è rimasto lo stesso, Paul aveva riferito di essere molto ansioso, e aveva attribuito la sua malattia all'influenza di spiriti maligni. Questo pensiero non è stato ritenuto psicopatologico, bensì compatibile con il *background* culturale di Paul.

L'ospedale gli ha quindi fornito, oltre al sostegno psicologico e a una leggera terapia contro l'ansia, l'assistenza quotidiana degli educatori e dei volontari per rendere più piacevole la sua permanenza in ospedale. L'*equipe* medica, tuttavia, è riuscita a raggiungere i migliori risultati in termini di *compliance* soltanto quando, d'accordo con il cappellano cattolico e con la partecipazione di tutti i membri dell'*equipe*, ha organizzato una solenne cerimonia religiosa, con gesti rituali, benedizioni e immagini sacre, dalla quale per diverso tempo il ragazzo ha avuto reale beneficio e conforto.

Purtroppo però le cure, inizialmente accettate dal ragazzo, non hanno dato i risultati sperati, e i medici gli hanno proposto una diversa e più pesante chemioterapia, illustrandogli gli effetti collaterali. A questa proposta la reazione di rifiuto è stata netta e drammatica: la sua immediata fuga dal settimo piano dell'ospedale verso l'uscita dell'ospedale, dove è stato a fatica recuperato.

Avviata comunque la terapia, l'opposizione si è manifestata con gesti concludenti, come il continuo tentativo di strapparsi il catetere venoso centrale. A quel punto i medici si sono arresi al chiaro rifiuto delle terapie da parte del ragazzo, e hanno proposto una più breve e lieve radioterapia, con minori effetti collaterali, a cui Paul ha inizialmente dato il consenso. Dopo qualche giorno dall'inizio di questa nuova terapia, tuttavia, Paul ha ricominciato a essere molto ansioso e a manifestare il rifiuto anche di questa cura, ad esempio tentando di

<sup>22</sup> L. LENTI, *Diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2021, 298. Lenti 2011, 453.

<sup>23</sup> Corte Cost., sent. n. 76 del 2025.

<sup>24</sup> C.A. CLERICI *et al.*, *When a foreign adolescent orphan refuses to be treated: considerations on a clinical case*, in *Palliative & Supportive Care*, Volume 13, Issue 6, December 2015, 1791 ss.

saltare giù dall'auto che lo accompagnava in ospedale, muovendosi durante le sessioni di radioterapia, rifiutando di spogliarsi come era necessario e insistendo per tenere con sé degli oggetti che non si potevano tenere. Anche la radioterapia, dunque, ha dovuto essere interrotta, perché le condizioni in cui si svolgeva non erano sicure. Qualche settimana dopo Paul è stato riaccompagnato in Tanzania, e i servizi sociali locali hanno riferito che Paul è stato veramente felice di tornare nel suo ambiente.

Il caso di Paul non dimostra soltanto che i minori dotati di capacità di discernimento hanno un insormontabile potere di veto sui trattamenti sanitari proposti dai medici, ma anche che il processo per tentare di costruire una relazione di cura tra l'*equipe* medica e il paziente minorenne può essere molto lungo e complesso, può vedere la necessità della partecipazione di soggetti estranei all'*equipe*, come in questo caso il cappellano ospedaliero, gli educatori e i volontari e, ancora, richiede sempre e comunque un enorme investimento di risorse umane e finanziarie.

ELISABETTA LAMARQUE

# IV.

## Il corpo detenuto



# 1. Il corpo detenuto

Anzitutto devo un ringraziamento a “Giustizia insieme”, in particolare a Paola Filippi, per aver voluto tenere a battesimo il mio libro, “L’amore in gabbia – La ricerca della libertà di un reduce dal carcere”, in questo convegno sul corpo “dalle mille paludi”. Grazie per la bella recensione pubblicata sulla rivista e per l’ampia presentazione del libro in apertura del Convegno, al quale sono stata invitata a partecipare per coordinare la sessione sul “corpo detenuto”, con Susanna Marietti di Antigone e Mario Serio dell’Ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

L’amore in gabbia – paradigma di un potere che, dentro ma anche fuori dal carcere, si atteggia a potere assoluto, con l’ossessione del controllo sui corpi, sulle menti e sui cuori – ha, evidentemente, molto a che fare con le paludi di cui parla il Convegno, perché un corpo non può dirsi “umano”, e quindi intero, se viene amputato dell’affettività, cioè di un aspetto cruciale per lo sviluppo cognitivo ed emotivo di ogni persona, per la sua capacità di relazionarsi con gli altri, da cui dipendono la qualità della convivenza e l’esatto adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà nonché il pieno esercizio del diritto di partecipare all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese, come vuole l’articolo 3 della Costituzione.

Questo stesso articolo ci dice che compito della Repubblica, in tutte le sue articolazioni, è eliminare, non già parti del nostro corpo, ma gli ostacoli che ci impediscono di essere un “corpo, umano” – per dirla con l’omonimo titolo del bel libro dello psicoa-

nalista Vittorio Lingiardi (Einaudi, 2025) –, vale a dire impediscono al nostro corpo di dispiegarsi nelle sue molteplici proiezioni relazionali e affettive, e perciò, nella piena partecipazione alla vita democratica.

L’amore, quindi, non è solo una questione personale ma anche politica.

Ebbene, il carcere è una delle paludi più pericolose per i corpi umani. A fine pena, le patrie galere restituiscono alla società civile “corpi mutilati”. Non persone libere, ma reduci, devastati dagli abusi consumati dalla prigionia. Sono come i soldati ai quali la guerra ha strappato gambe, braccia, occhi: mutilati nel corpo e nella dignità, amputati delle emozioni, della sessualità, dei sentimenti, dell’amore. In definitiva: della libertà.

Non a caso, Gianluca, il protagonista della storia che racconto nel libro, parla del suo corpo detenuto come di un “contenitore senza contenuto”: così lo ha percepito negli undici anni dell’adolescenza “galeotta” – trascorsi in diverse prigioni, anche di massima sicurezza. In quegli anni, il vuoto affettivo in cui era piombato dall’età di sei anni, dopo la morte prematura del padre, e che aveva riempito con la droga e il crimine, diventa un vero e proprio abisso. E sebbene sia uscito dal carcere ormai da vent’anni, sebbene abbia rotto i ponti definitivamente con il passato criminale, sebbene sia diventato un piccolo imprenditore di successo – guarda caso proprio nel settore del benessere del corpo e della mente –, la sua non è ancora una storia di libertà.

D’altra parte, la scarcerazione non è mai un traguardo; è solo l’inizio di un altro lungo calvario per ricomporre la propria iden-

tità e diventare liberi. Ma per i reduci dal carcere, la libertà è spesso una retta che corre parallela a una vita ancora in gabbia.

Viviamo un tempo in cui la desertificazione affettiva è un'urgenza nazionale, vorrei dire mondiale. E in carcere diventa un'emergenza. Ecco perché in una sessione dedicata al corpo detenuto non si può non mettere al centro proprio il tema della mutilazione affettiva dei corpi reclusi. Un tema che non può certo esaurirsi nella presenza o meno delle "stanze dell'amore" – pur importantissime, intendiamoci – realizzate dall'Amministrazione penitenziaria (al momento in cui scrivo non sono più delle dita di una mano) con ben 15 mesi di ritardo rispetto alla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2024. Una sentenza "autoapplicativa", eppure rimasta sulla carta per 15 lunghi mesi a causa dell'ostentato ostruzionismo del governo, persino quando i magistrati di sorveglianza hanno accolto i ricorsi dei detenuti che – di fronte all'inerzia governativa – avevano rivendicato il diritto fondamentale riconosciuto loro dalla Corte ad avere colloqui intimi senza controllo visivo della polizia: le decisioni dei magistrati di sorveglianza sono state tutte impugnate dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

È stato solo grazie alla pressione giudiziaria e mediatica che il Dap, nel silenzio assordante del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, ha gettato la spugna e, dopo 15 lunghi mesi, ha emanato le sue linee guida, peraltro con un taglio ancora una volta ostruzionistico invece che adesivo alla sentenza della Corte.

Le "stanze dell'amore" sono importantissima e devono moltiplicarsi, ma non bastano assolutamente a risolvere il problema della desertificazione affettiva del carcere, almeno fintantoché il carcere rimarrà "un

luogo privo di amore" – per dirla con le parole di Gianluca – che tratta i detenuti come sudditi, bambini o addirittura minorati, soffiando ogni tipo di relazione salvo quella, di potere, dell'autorità verso i detenuti, considerate persone dimezzate, mentre dovrebbe diventare una comunità di relazioni tra persone intere.

Un'utopia? Sento il dovere di dire di no se è vero che, negli anni '50, un direttore di carcere, Eugenio Perucatti, riuscì a cambiare addirittura l'ergastolo di Santo Stefano – così veniva chiamato all'epoca il carcere sull'isolotto al largo di Ventotene – proprio a partire dalle relazioni tra detenuti e poliziotti. È anche vero che nel 1959 il governo Tambroni lo cacciò, e guarda caso, ad accendere la miccia micidiale fu la foresteria che Perucatti fece costruire fuori dal muro di cinta per consentire ai detenuti di incontrare liberamente i propri affetti.

Forse non è caso che quello fosse un governo monocolore Dc con il sostegno determinante del Movimento sociale italiano, un governo figlio del vento che soffiava in quegli anni e che sembrò riportare l'Italia al regime fascista.

Quell'esperienza dovrebbe aiutarci a capire anche quanto sta accadendo oggi: nel mondo, e anche in Italia, soffia sempre più forte il vento dei sovranismi, dei populismi e di nuovi autoritarismi, che rischia di travolgere definitivamente i valori, i diritti, i principi delle democrazie costituzionali e che può essere fermato soltanto costruendo e consolidando una solida "mentalità costituzionale".

La desertificazione affettiva è l'habitat naturale delle regressioni democratiche; è dunque un'emergenza da affrontare, dentro e fuori il carcere, in Italia e nel mondo. Umberto Galimberti, psichiatra e psicoanalista, ci ha insegnato che chi non è capace di sillabare l'alfabeto emotivo, perché non

è stato educato a farlo o perché gli è stato imposto di controllarsi, ha più probabilità di diventare pericoloso. Nel deserto della comunicazione affettiva, infatti, cresce “il gesto”, violento e imprevedibile; si fanno strada la paura, la paranoia, la prevaricazione, il senso di possesso, l’aggressività, la violenza contro se stessi e gli altri. La vita di relazione ne è profondamente incisa, spesso in modo micidiale. I femminicidi, i conflitti, le guerre non sono altro che rappresentazioni plastiche di una profonda crisi delle relazioni che attraversa il mondo e dove finisce per prevalere la legge del più forte. I valori della democrazia costituzionale, della civiltà giuridica, dello stato costituzionale di diritto nato dopo il secondo conflitto mondiale – giustizia, dignità, pluralismo, solidarietà, rispetto, pace – sono travolti dalle cattive passioni dei nuovi autoritarismi: odio, vendetta, cinismo, violenza, forza, sangue che chiama sangue.

Vittorio Lingiardi ci ricorda che il “corpo, umano” è quello che si esprime in tutta la sua dimensione relazionale; che il nostro sviluppo, cognitivo ed emotivo, dipende anche dall’esperienza che facciamo dell’altro attraverso il corpo, e, in generale, attraverso le relazioni affettive; e che il nostro cervello si nutre di relazioni, per cui, senza questa condivisione, non ha modo di crescere.

E allora, la domanda è: con quale diritto si può impedire di crescere a un essere umano, ancorché detenuto? E con quale diritto si può imporre la medesima mutilazione alle persone libere legate affettivamente a quelle detenute: mogli, mariti, conviventi, parti di unioni civili, etero e omosessuali? Ma, più in generale: chi dà, allo Stato, il potere di disporre, con tale ampiezza e arbitrarietà, del corpo, della mente e del cuore delle persone, imponendo come si deve amare, nascere, morire, parlare?

Siamo di fronte a un progressivo vuoto di diritti e di democrazia. Un vuoto che non può essere riempito con l’aria, altrimenti si spalanca e diventa un abisso, ci ricordano i versi di Emily Dickinson. Per riempire un vuoto, bisogna metterci dentro ciò che lo ha determinato, scrive la poetessa. Perciò, per riempire il vuoto di democrazia e di diritti in cui stiamo sprofondando, dobbiamo metterci tutto l’amore possibile per i valori che ci hanno consegnato le madri e i padri costituenti. E dobbiamo farlo noi, subito, perché siamo noi l’ossigeno che manca a questa nostra democrazia in ritirata e perché ormai non c’è più tempo.

DONATELLA STASIO



## 2. Il corpo detenuto oggi

Parlare oggi del corpo detenuto significa esaurire quasi per intero lo sguardo che si può gettare sul sistema penitenziario italiano. Il corpo è attualmente il vero protagonista delle nostre prigioni. Il carcere ha sempre meno il ruolo che la Costituzione gli assegna, quello di costruttore di percorsi di vita capaci di riportare la persona all'interno del tessuto sociale, e sempre più interpreta se stesso come mero e immobile contenitore di corpi. Sono quei corpi ammassati gli uni sugli altri che noi di Antigone osserviamo quando andiamo in visita agli istituti di pena durante le nostre attività di monitoraggio delle condizioni di detenzione. Nel corso del 2024 abbiamo effettuato oltre cento visite e, come ogni anno, abbiamo raccontato la nostra osservazione diretta nel nostro ultimo Rapporto sulle carceri dal titolo "Senza respiro", presentato a Roma alla fine dello scorso maggio. In carcere oggi manca il respiro. Quello fisico, che non si riesce a trovare in celle sovraffollate e chiuse, ma anche il respiro della speranza, quello di cui ogni essere umano ha bisogno per poter intravedere una prospettiva.

Al 30 aprile 2025 erano 62.445 le persone detenute nelle carceri italiane, a fronte di una capienza regolamentare di 51.280 posti, che scende di circa 4.500 unità se consideriamo le sezioni di fatto inagibili, parti della prigione che non vengono ristrutturare ma che tuttavia continuano a comparire nei conteggi ufficiali. Solo 36 istituti sui 189 per adulti presenti in Italia risultano non sovraffollati. Ben 58 hanno un tasso di affollamento superiore al 150%. In varie carceri i detenuti presenti sono oltre il doppio dei posti disponibili. Per la prima

volta nella storia anche il sistema penitenziario minorile è stato travolto dal sovraffollamento. I ragazzi vivono affastellati in celle sudicie senza che venga loro offerto alcun serio percorso scolastico o educativo. Manca l'aria, manca lo spazio fisico, manca ogni possibilità di organizzare attività significative. Rimangono i corpi, senza che nessuno riesca davvero a interrogarsi su che cosa si muova al loro interno, a intercettare i bisogni e le necessità. Cresce il numero dei suicidi, che nel 2024 ha raggiunto la cifra mai vista di 91. Complessivamente, 246 di quei corpi si sono spenti durante l'anno.

Il sovraffollamento penitenziario non è una calamità naturale. Non è frutto del caso o di circostanze fortuite e imprevedibili. Il sovraffollamento dipende da scelte politiche ben precise, delle quali si possono calcolare in anticipo le conseguenze. Scelte politiche effettuate troppo spesso nella ricerca di un facile consenso, inseguendo allarmi sociali inesistenti e proclamati artificialmente all'indomani di singoli fatti di cronaca capaci di fare presa sull'opinione pubblica. La prima volta in assoluto che l'attuale governo in carica si è riunito è stato per introdurre un nuovo reato, quello che criminalizza i *rave party* e che certo non appariva essere tra le priorità del paese. Da allora, abbiamo assistito a numerosi Consigli dei Ministri che, con dispositivi di necessità e urgenza, hanno introdotto nuove fattispecie di reato, nuove aggravanti, aumentato le pene per reati già esistenti. Un utilizzo dello strumento penale e penitenziario simbolico e deviato rispetto al ruolo che dovrebbe avere all'interno di un sano patto sociale, quello di intervenire solamen-

te in situazioni gravi che mettono a rischio beni costituzionalmente protetti.

A farne le spese sono naturalmente le categorie deboli, che sempre più costituiscono le vere destinatarie del sistema carcerario. E torniamo dunque ai corpi detenuti: tutti quei corpi che non sappiamo dove mettere, dei quali come società non vogliamo occuparci – i corpi di ogni forma di marginalità sociale, quelli della tossicodipendenza, del disagio mentale, dell'assenza di domicilio – scegliamo di nasconderli alla vista recludendoli nelle galere. Il carcere è oggi una forma di neutralizzazione. Le politiche penali si sostituiscono sempre più alle politiche sociali, il carcere supplisce al *welfare*. E allora quella collocazione non intende essere una collocazione provvisoria in vista del recupero sociale, bensì al contrario una collocazione il più possibile duratura, affinché quel corpo fisico, del quale all'esterno l'istituzione non voleva occuparsi, possa restarvi contenuto il più a lungo possibile. La finalità della reintegrazione sociale si va trasformando in una favola alla quale si presta sempre meno attenzione.

In questa chiave va letto il reato di rivolta penitenziaria, da poco introdotto nell'ordinamento italiano all'interno del cosiddetto decreto sicurezza, un decreto legge che è stato indicato da svariati organismi internazionali – l'Osce in un suo parere ufficiale, cui si aggiungono il Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa e ben sei Special Rapporteur delle Nazioni Unite – quale una minaccia allo stato di diritto. Come è noto, il reato si configura anche in caso di resistenza passiva e non violenta a un ordine impartito, il quale può in linea di principio avere qualsiasi oggetto e non viene nemmeno qualificato quale un ordine legittimo. La nuova fattispecie prevede pene molto alte. Secondo un conteggio effettuato da Antigone e proposto nel Rappor-

to, se consideriamo i circa 1.500 episodi di protesta collettiva non violenta che si sono verificati in carcere nel corso del 2024 e se supponiamo che mediamente quattro detenuti abbiano partecipato a ciascun episodio, possiamo calcolare che i detenuti coinvolti siano stati 6.000. Immaginando che in media ogni partecipante venga condannato a quattro anni di carcere, saremmo arrivati a produrre circa 24.000 anni aggiuntivi di detenzione. E contro chi si sarebbe diretto questo enorme cumulo di anni aggiuntivi? Quali sono le categorie di detenuti che rischiano maggiormente di incorrere nel reato di rivolta penitenziaria? Naturalmente, di nuovo, le categorie più deboli e socialmente marginali: i detenuti con problemi psichiatrici, i detenuti tossicodipendenti, i detenuti stranieri che spesso faticano anche a comprendere quanto sta loro accadendo, i minori stranieri non accompagnati che oggi costituiscono quasi la metà delle presenze nelle carceri minorili. Sono loro, infatti, che rischiano maggiormente di avere un momento di cedimento, di poter dare in escandescenze, di avere bisogni che nessuno ascolta e che si ritrovano a rappresentare con linguaggi forti.

Troppo spesso tali linguaggi sono costretti a coinvolgere il corpo detenuto. Nello scenario che abbiamo descritto, esso rimane di frequente il solo, reale possedimento della persona incarcerata. Come tale, viene spesso utilizzato quale unico possibile strumento di espressione. In molti casi ciò accade in maniera tragica: maggiormente si è privati di ascolto e maggiormente in carcere si ricorre al tormento del corpo per rendere percepibili le proprie istanze. Non certo per libera scelta, ma piuttosto per quella costrizione che deriva dal non venire percepiti. Spesso il detenuto che sente di subire un'ingiustizia non ha altro modo per farsi ascoltare se non quello di mettere in

atto gesti autolesionistici o di praticare uno sciopero della fame. Si rifiuta il carrello, come si dice in gergo per significare che si lasciano intatti i piatti che l'amministrazione penitenziaria distribuisce. Oppure ci si procurano tagli sulle braccia, sulle gambe, ci si cuce la bocca, si inghiottiscono pile elettriche o lamette, si tenta il suicidio.

Anche oltre e al di là dell'autolesionismo, il carcere si stampa sul corpo imprigionato e lo modifica, talvolta per sempre. Nel corpo si imprimono le tracce delle orribili condizioni igieniche, del cibo scadente, della scarsa tutela sanitaria, degli spazi angusti, degli sguardi incapaci di spaziare, della poca luce e della poca aria, dei troppi psicofarmaci distribuiti. Nel corpo si imprime la distanza dai propri cari, la mancanza di affetti, la sessualità negata. L'importante volume di Donatella Stasio dal titolo *L'amore in gabbia*, recentemente pubblicato per Castelvecchi, ci mostra in tutta la sua forza cosa significhi recludere un corpo e, insieme a esso, tanti, troppi diritti che nessun essere umano dovrebbe mai perdere a prescindere dal fatto che si trovi in libertà o in detenzione. Stasio si interroga sulla sentenza della Corte Costituzionale che nel gennaio 2024 ha affermato l'incostituzionalità del divieto di colloqui intimi in carcere (nonostante il sistema penitenziario ancora non si sia attrezzato per rispettare la pronuncia della Consulta), domandandosi e domandandoci quale reale spazio possa mai esserci per una vera intimità in un carcere che reclude corpi e disconosce sentimenti.

Il carcere, dicevamo, si imprime nel corpo dei detenuti. Nel famoso racconto di Franz Kafka *Nella colonia penale*, l'esploratore chiede all'ufficiale se il condannato sia o meno a conoscenza della propria condanna. Senza minimamente scomporsi, l'ufficiale risponde di no. "Inutile comunicargliela", sostiene, "la conoscerà sul suo

stesso corpo". La pena consiste infatti nel subire un processo di tatuazione per opera di una macchina inventata dal precedente e defunto comandante della colonia, la quale è dotata di un sistema di aghi che lavorano sul letto dove il condannato viene legato. Alla macchina viene fornito un disegno che sarà impresso nel corpo del reo e che rappresenta il comandamento violato dal prigioniero, il quale verrà ucciso dalla macchina stessa al termine della procedura. L'immagine impressa sul corpo del condannato dovrebbe dunque racchiudere la regola trasgredita e, di conseguenza, l'insegnamento impartito. Per dirla in altri termini, dovrebbe tendere alla rieducazione del condannato. Accade invece che l'immagine di partenza sia del tutto indecifrabile, in quanto ornata da una serie di arabeschi che di fatto rendono illeggibili le scritte e che sono pensati per allungare il tempo della punizione e aumentare la sofferenza. L'insegnamento diviene incomprensibile. Proprio come accade nelle carceri di oggi. Anche qui, la punizione si conclude con la morte del condannato che, se non è biologica come nel racconto di Kafka, è declinata in termini di soppressione della speranza e dei percorsi sociali di vita. Anche qui, la vita in carcere è piena di arabeschi che certo non insegnano il rispetto delle regole. Come potrebbe mai farlo un'istituzione che per prima nega la regola più fondamentale di tutte, quella del rispetto della dignità di ogni persona?

Le carceri di oggi generalmente non tendono alla reintegrazione sociale. Sono troppo spesso incapaci di attivare percorsi virtuosi che possano realmente portare all'emancipazione dalla vita criminale e al pieno ritorno in società. Si limitano a custodire corpi, sui quali imprimono i loro tatuaggi fisici e psicologici. La domanda che sempre più l'istituzione penitenziaria si va

ponendo rispetto alle persone che incrocia è “dove la metto?”. Non già “quali percorsi attivo per lei?”, bensì quale spazio fisico è disponibile a recludere il suo corpo. Che si tratti del detenuto tossicodipendente, di quello con patologie psichiatriche o di quello che tenta il suicidio, la risposta dell’istituzione tende sempre a essere oggettivante e a rivolgersi al corpo fisico. Il detenuto a rischio suicidario viene allocato in una cella priva di suppellettili e guardato a vista. Invece di cercare di eliminare la volontà autosoppressiva, si elimina la concreta e materiale possibilità di impiccarsi. Il detenuto è un corpo da presidiare e nulla più.

La pena detentiva, nella sua dimensione concreta e quotidiana, è dunque ben distante da quella che troviamo codificata nelle norme. Il terzo comma dell’articolo 27 della Costituzione sancisce, da un lato e in negativo, un limite insuperabile per il quale “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” e, dall’altro lato e in positivo, il ruolo attivo per cui le pene devono “tendere alla rieducazione del condannato”. Nessuna pena è legittima se viola la dignità della persona condannata e nessuna pena deve costituire un mero, inutile veicolo di sofferenza. Ma, come abbiamo visto, niente di tutto questo è vero oggi per le carceri italiane. L’essere in concreto della pena carceraria è attualmente lontano, lontanissimo dal suo dover essere teorico, quello codificato dalle norme costituzionali e ordinarie, prima tra tutte la legge sull’ordinamento penitenziario entrata in vigore nel 1975 e da allora più volte modificata. Indagare l’universo della pena e il carcere attraverso le sole norme costituisce un grave errore interpretativo. La questione carceraria è al confine tra il diritto penale, la cultura costituzionale, la politica criminale, la dimensione socio-sanitaria,

l’architettura e l’urbanistica, la pedagogia, la sociologia generale e del diritto, la filosofia morale e giuridica, ma anche la storia e la geo-politica. Esiste un dover essere della pena su cui investigano i teorici del diritto ed esiste una pena in concreto che ha una sua ben diversa essenza. Là dove si parla di rispetto della dignità della persona, di trattamento individualizzato, di garanzia dei diritti fondamentali troviamo piuttosto corpi ammassati, persone dimenticate in celle sovraffollate chiuse venti ore al giorno o in celle di isolamento prive di ogni arredo, condizioni igieniche degradate, cure mediche inadeguate, abbandono, ozio forzato, finanche violenza. La pena vissuta è ben altro che rieducazione, risocializzazione, recupero, reintegrazione. La prigione è esclusione sociale, stigma, dolore, fattore recidivante, fabbrica di devianza. La pena scontata nelle nostre carceri, nella sua realtà effettiva, è sofferenza e vessazione, risponde a richieste collettive di vendetta e mira a neutralizzare le persone custodite.

È per svelare questo divario atroce tra il carcere sulla carta e quello fatto di mattoni e sbarre che l’associazione Antigone, dal lontano 1998, si dedica all’osservazione diretta delle carceri italiane. “Bisogna aver visto”: questo il monito con cui Piero Calamandrei apriva nel 1949 il numero della rivista da lui diretta *Il Ponte* dedicato alla riforma delle carceri. In carcere bisogna andarci. Il carcere è un pezzo delle nostre città e non va dimenticato dietro quell’alto muro di separazione. Più volte lo attraversiamo e più la società sarà capace di farsene carico. Più volte lo attraversiamo e più potremo fare in modo che il carcere non si limiti a contenere corpi fisici dei quali disconoscere ogni contenuto.

SUSANNA MARIETTI

### 3. L'espressione di sé dei corpi detenuti

Preliminarmente è d'obbligo esprimere grande compiacimento per l'attività multiforme e sensibile di Giustizia Insieme, compiacimento che si accresce in misura direttamente proporzionale alla scelta di un tema drammatico e probabilmente anche molto scomodo per le ragioni che sono emerse e che affioreranno ancora di più nel corso dei lavori. Il tema, cioè, del rapporto tra il corpo e chi di quel corpo momentaneamente dispone, ossia lo stato-apparato chiamato al compito dell'esecuzione penale durante il periodo di detenzione in carcere. Quello che è stato detto finora effettivamente riflette, anzi è la diretta, immediata conseguenza, di una concezione proprietaria da parte dello Stato del corpo del detenuto. Si immagina, in altri termini, che la detenzione implichi questa sorta di sovr'afflizione, che dovrebbe essere invece circoscritta alla semplice privazione della libertà di movimento e di quella di tutte le attività che della prima sono figlie. Purtroppo è agevole la constatazione che effettivamente si è determinata una cultura dominicale del detenuto e del suo corpo, al quale non è soltanto amputata la possibilità di movimento, ma è perfino mortificata, umiliata, sotto molti profili soffocata, la possibilità di estrinsecazione di forme della personalità umana che non dovrebbero conculcarsi nel corso del regime detentivo. Non è dubbio che l'affettività, o meglio la sua mancanza, sia la punta più chiaramente emergente di questo fenomeno sommerso, ma il risultato netto di una osservazione diuturna della vita nei luoghi di restrizione

della libertà: estendo drammaticamente questa visione d'insieme ai centri di permanenza per il rimpatrio, che sono luoghi privi anche di molte delle forme di tutela assicurate dall'ordinamento penitenziario ai detenuti. Ed allora, nel momento in cui lo stato afferma una sorta di prelazione sul corpo del detenuto privandolo della capacità di manifestarsi in tutte quelle attività che dal corpo si dipartono per poi giungere finalmente anche all'elevamento della sua mente, si deve affrontare un fenomeno auspicabilmente arginabile e, comunque, adeguatamente controllabile. In questo senso il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale non può non condividere le osservazioni critiche che in questa sede sono state avanzate (peraltro questo è avvenuto nel parere reso al Parlamento) in termini di indeterminatezza della fattispecie e di incoerenza rispetto al fenomeno del sovraffollamento che discendono dalla proliferazione del numero di fattispecie delittuose. Si tratta di questione che assume contorni allarmanti laddove, per trovare ulteriore conferma della concezione proprietaria del corpo del detenuto, se ne confisca perfino la capacità di semplice esposizione passiva, non già di chiaro impedimento all'azione autoritativa, che presupporrebbe viceversa una condotta commissiva. Accade, così, che le condotte omissive – semplicemente declinate sul versante della inerzia – vengano elevate a fattispecie criminose, con l'ovvio risultato di moltiplicare le possibilità di nuovi accessi al carcere per la corrispondente violazione

del nuovo ed inedito precetto. L'ulteriore, inevitabile effetto è quello di recare altra umiliazione al corpo, a cui si impedisce perfino di esprimersi attraverso il non movimento, realizzato in posizione orizzontale ed in una ristretta superficie. Allora non si può non condividere l'allarme e si deve al tempo stesso formulare l'auspicio che la strada piuttosto che essere priva di via di ritorno ne sappia esibire una. Certamente occasioni come quelle di oggi fanno crescere un sentimento che poi è capace di trasformarsi in azione politica, e, per quel che riguarda l'universo dei soggetti agenti in funzione di tutela, in azione propositiva e modificativa di uno stato di fatto che sfortunatamente legittima questa analisi sconsigliata. Andando al tema che la nostra moderatrice Donatella Stasio pone, è evidente che il solco nel quale l'odierna discussione deve immettersi è lo stesso in cui si colloca il suo libro, che ho potuto solo frettolosamente e rapsodicamente leggere. Il filo, oltre che nella passione civile e nella capacità simbiotica dell'autrice di vivere assieme al protagonista del libro i suoi lunghi anni di detenzione, consiste anche nella descrizione di quell'universo dirompente che appunto irrompe con violenza nella persona umana e nel suo corpo a seguito della carcerazione. C'è anche un presupposto molto importante su cui l'autrice giustamente insiste nel descriverlo crudamente: quali fossero le condizioni psicologiche ed il contesto familiare in cui Gianluca, il protagonista, si è trovato a vivere le sue numerose esperienze carcerarie. È questa una prospettiva che ancora una volta dirige l'attenzione del lettore all'esame della grave e critica situazione nella quale il sistema penitenziario versa ed all'individuazione di un vissuto familiare dalla forte connotazione edipica, quello cioè della reazione di Gianluca alla morte del padre che lo porta – unico tra i

numerosi figli – a dormire con la madre. Ora, questa è un'esperienza che probabilmente in termini inespressi si proietta lungo i successivi anni di detenzione in carcere, perché – e ancora una volta Donatella Stasio ci offre la risposta – il protagonista, incalzato dalle domande su di sé e su che cosa egli volesse fare del proprio corpo in carcere con riguardo alle espressioni più piene dell'affettività e dell'erotismo che ogni essere umano ha il diritto di esprimere, lapidariamente risponde con un «non si fa». «Non si fa» è la negazione stessa, frutto dell'esperienza carceraria, di una ovvia, insopprimibile aspirazione dell'essere umano. Appare difficile disconoscere che questa locuzione è un prodotto derivante dalla detenzione. Essa riesce cioè a trasformare in sensi di colpa umanissime pulsioni, risultato questo sicuramente evitabile laddove alle pulsioni si desse la dignità di esprimersi come diretto riflesso della personalità umana. Ma tutto questo è ostacolato dalla concezione proprietaria sul corpo dello Stato. Ciò rende chiaro quanto articolato e nocivo sia il circuito all'interno del quale la vicenda carceraria viene ordinariamente inscritta. La domanda che prevedibilmente sgorga è: può lo stato carceriere punire forme di *overreaction* strettamente collegabili ad una irragionevole compressione della libertà di espressione della personalità del detenuto? Sembra naturale che la risposta debba essere negativa nel senso che – indipendentemente da quello che Susanna Marietti giustamente considerava, cioè la sostanziale contraddizione di questo regime rispetto alla funzione rieducativa della pena, il carcere come luogo a perdere, il carcere come luogo incapace di rigenerare l'individuo – emerga prepotentemente l'aspetto della rinnovata compressione della fisicità della persona del detenuto. Rimane però un problema. Il «non si fa», cioè quel

diniego di ammettere a se stesso o in questo caso all'autrice del libro, la legittimità, la presentabilità sociale delle pulsioni del detenuto, può essere vista come causa giustificativa di un'azione amministrativa che ha fino ad oggi conculcato l'espressione di queste forme di affettività? Quando cioè vi è una sorta di *self denial* della propria più intima personalità da parte del detenuto è chiaro che l'alibi costruito dallo Stato carceriere si rivela sostanzialmente inattaccabile. Dalla sentenza della Corte Costituzionale 10 del 2024 deve, pertanto, trarre origine un percorso riedificativo della concezione che del proprio corpo possiede il detenuto, dando vita ad una rivendicazione che lo porti a dire al carceriere «giù le mani dal mio corpo, perché del mio corpo tu non puoi disporre, non puoi disporre del mio corpo e delle libertà che vi sono connesse, ma anche di quei processi mentali che poi si trasformano in comandi al corpo». La strada è certamente lunga e tortuosa ed i segnali non sono incoraggianti; è anche vero, però, che narrazioni come quelle di cui oggi disponiamo aiutano, soprattutto quando traspare che il carcere, amplifica, fa risuonare e produce eco di ciò che il detenuto è, e di quanto lo rende più solo, più abbandonato, più invisibile, più mostro, più colpevole. Se, allora, questo è il prodotto della detenzione è evidente che il fallimento del programma costituzionale è conclamato, non da una voce esterna, ma dalla drammatica testimonianza di chi vive il carcere. Ed ancora, parlare come ha fatto un detenuto straniero poi purtroppo scomparso per dire «in prigione noi anime siamo indipendenti dai nostri corpi viviamo in una sorta di separazione consensuale», è il più crudele risultato che purtroppo possa ottenersi dalla concezione proprietaria del corpo da parte dello Stato. Risultato che sancisce una frattura netta tra l'aspetto corporale della per-

sona detenuta e quello mentale e, per diretta ricaduta, giuridico. Nel momento in cui si proclama in maniera netta la scissione del corpo dalla persona e lo si relega a una sorta di appendice inanimata, allora il progetto confiscatorio della detenzione è chiaramente compiuto: perché questo processo si arresti attraverso fasi di progressivo regresso fino alla eliminazione è necessario che debba cospirare una qualificata attività culturale, letteraria, morale, psicologica, professionale. È necessario riflettere su questo dato: se solo un funzionario giuridico pedagogico o uno psicologo avesse avuto la possibilità di intervistare, assistendolo nei lunghi anni di detenzione, Gianluca, egli sarebbe stato in grado di fare affiorare il proprio vissuto esperienziale – a partire appunto dalla triste perdita del padre e dal connubio morboso con la madre – magari prevenendo la pronuncia del fatidico «Non si fa» rispetto alla piena espressione del corpo. Potrebbe e dovrebbe bastare questa forma di approfondimento e di empatico incontro tra i tanti qualificati e generosi funzionari penitenziarie e un detenuto debole, inerme e addirittura capace di negare se stesso perché il processo di civilizzazione venga fruttuosamente svolto.

Nella prospettiva di proiettare anche la figura del Garante nazionale in questa opera di umanizzazione della pena, v'è da dire che comunque quella posta in essere da tale autorità indipendente è un'attività che alla fine si risolve in una costellazione di iniziative che convergono verso lo scopo di esercitare una forma di pressione morale, anche attraverso denunce, raccomandazioni, pareri, segnalazioni. Sono strumenti molto importanti per la loro attitudine ad erodere una pietra che sempre più si va stratificando in termini di ricompattamento verso soluzioni negatorie di una visione costituzionalmente compatibile del carcere.

Ma tutto questo appartiene ad un clima generale che attanaglia l'esecuzione penale e deve, pertanto, essere affrontato con l'impegno individuale, istituzionale, culturale, che faciliti la circolazione di idee, proposte, visioni come quelle affiorate durante l'odierno dibattito alle quali è sperabile non restino insensibili gli enti decisori e l'opinione pubblica. Occorre, pertanto, insistere su questa strada, battendo su temi come quelli di cui è discusso oggi, chiamando a raccolta le voci più autorevoli dell'accademia, dell'avvocatura e ovviamente del potere giudiziario, affinché cooperativamente svolgano una funzione sinergica di tale intensità che alla fine porti a sgretolare la pietra rocciosa di cui si è detto prima.

È del tutto naturale aggiungere che il ruolo delle generose e preziose associazioni operanti nel settore costituisce parte integrante ed ineliminabile di questa opera civile non soltanto in termini di acquisizione di rilevazioni statistiche, ma anche e soprattutto di condivisione di un sentimento comune dell'esperienza detentiva in termini umani ed effettivamente rieducativi. A questa solidale ed ideale alleanza ideale è anche affidato il successo dell'attività del Garante.

MARIO SERIO

# V. Il corpo prigioniero



# 1. Attorno al corpo: giustizia, potere e diseguaglianze

Attorno a questo corpo dalle mille parole – per riprendere, con Amelia Rosselli, un’immagine che accoglie insieme materia e storia, fango e parola – si addensano questioni che il diritto non può eludere: la vulnerabilità come condizione originaria della persona; il corpo come luogo in cui l’io si costituisce e si espone; il potere come forza che, prima ancora di comandare, organizza e distribuisce i corpi nello spazio sociale. Se, con Freud, l’Io è anzitutto un “Io corporeo”, derivato delle sensazioni che provengono soprattutto dalla superficie del corpo, allora la soggettività non è un principio astratto che si aggiunge alla carne, ma un evento che accade nella carne, nel limite, nel dolore e nel desiderio (Freud, 1923). Ciò che chiamiamo identità, persino quando si presenta come autonomia, porta inscritto il segno di una dipendenza originaria: dall’aria che respiriamo, dal cibo che assumiamo, dalle cure che riceviamo, dal linguaggio che ci viene offerto. Il corpo è, per usare una formula fenomenologica, il nostro modo d’essere al mondo: non lo possediamo, lo siamo.

In questo senso appare persuasiva l’affermazione di Papa Francesco, quando definisce il corpo umano «il luogo della nostra chiamata all’amore»: non un invito moralistico, ma una descrizione antropologica, perché la relazione con l’altro non può che passare per la corporeità, per la prossimità, per la fragilità condivisa. Il corpo è l’involucro dell’anima soltanto se si intende “involucro” nel senso di una custodia e non di un contenitore: custodia di un mistero che

riguarda l’inizio e la fine della vita, il nascere e il morire, il venire al mondo e il lasciarlo. Dietro l’anatomia descritta dalla scienza – e dalle ricognizioni divulgative sul corpo umano che hanno formato generazioni di lettori – permane un nucleo non riducibile alla misura: la vita che comincia e la vita che termina restano eventi che interrogano la nostra idea di libertà e, soprattutto, di responsabilità. Il diritto, per quanto aspiri all’universalità, non governa mai l’inizio e la fine in modo neutrale: stabilisce confini, definisce competenze, crea spazi di autorizzazione e di interdizione, oscillando fra autodeterminazione e ordine pubblico.

Il corpo, inoltre, continua a operare anche quando ha smesso di trasmettere sensazioni all’io. La morte non rende il corpo inerte sul piano simbolico: al contrario, il corpo defunto può diventare segno, prova, reliquia, feticcio, oggetto di lutto o di propaganda. Il tentativo di “dare forza” al corpo morto – custodirlo, proteggerlo, sottrarlo alla profanazione, oppure esibirlo e manipolarlo – appartiene tanto alle società tradizionali quanto alle modernità politiche. Pensiamo a Matteotti: dopo il ritrovamento della salma, l’Italia conobbe una vera “matteottizzazione”, fatta di riti pubblici e misure di sicurezza, fino alla chiusura della tomba con piombo e cemento per impedire la trafugazione. Il timore non riguardava solo un atto sacrilego: riguardava l’efficacia politica del corpo, la sua capacità di continuare a destabilizzare il potere. Pensiamo poi alla trafugazione del corpo di Mussolini e alla sua successiva riemersione come simbolo,

con la parabola di Domenico Leccisi – condannato e poi amnistiato, infine eletto nel Movimento Sociale Italiano – e con l'adozione, da parte di quel partito, di un emblema funebre (bara e fiaccola) che trasformava la morte in dispositivo identitario. Qui il corpo non è più persona: diventa bandiera.

Da questa persistenza simbolica discende un fatto decisivo: i corpi non sono mai uguali, nemmeno dopo la morte. Esistono corpi che “valgono” di più e corpi che “valgono” di meno, corpi destinati al riconoscimento e corpi destinati alla sparizione, corpi accompagnati da funerali e corpi sepolti senza nome. Le diseguaglianze sociali e geopolitiche si proiettano sulla carne e, in taluni casi, la carne ne diventa l'archivio più brutale. La contemporaneità offre immagini che feriscono la coscienza: il destino dei corpi degli ostaggi israeliani del 7 ottobre 2023, oggetto di attesa, negoziazione e restituzione pubblica, si contrappone al destino dei corpi palestinesi rimasti sotto le macerie di case distrutte a Khan Yunis, confusi con le rovine che diverranno il sottosuolo della ricostruzione. Non è solo una tragedia umanitaria: è una gerarchia del lutto e del riconoscimento, che produce corpi piangibili e corpi non piangibili, corpi consegnati alla memoria e corpi sottratti alla memoria.

È a questo punto che la riflessione filosofica sul potere diventa, inevitabilmente, riflessione sul diritto. Michel Foucault ha mostrato come il potere moderno non si limiti a proibire, ma produca: produce norme, produce categorie, produce soggettività, e soprattutto produce corpi docili mediante dispositivi di disciplina e sorveglianza (Foucault, 1975). In questa prospettiva, il corpo è il bersaglio privilegiato di un potere che vuole governare la vita: una biopolitica che amministrando la salute, la nascita, la sessualità, la mobilità, l'internamento, decide chi deve essere protetto e chi può essere

esposto. Lo spazio riservato alla libertà individuale, infatti, dipende dall'espandersi dell'ordine pubblico e viceversa; e l'ordine pubblico, quando diventa criterio sovrano, tende a trasformare la vulnerabilità in sospetto. Le restrizioni autoritative alla disponibilità soggettiva del corpo – motivate da opzioni morali, etiche, religiose o politiche – rivelano così la linea mobile che separa tutela e dominio.

Nel mondo contemporaneo, tale linea attraversa con particolare evidenza i luoghi della privazione: le carceri, i centri di trattenimento, le frontiere. Il detenuto è in carcere perché condannato e dunque chiamato a espiare una pena; il migrante, invece, può essere ristretto in luoghi di trattenimento senza un processo, per il solo fatto di aver attraversato un confine o di trovarsi in una condizione amministrativa irregolare. In questi casi, la diseguaglianza non deriva da un atto individuale, ma dal luogo di nascita, trasformato in criterio di esclusione. Si tratta di una diseguaglianza eminentemente corporea: il corpo del migrante è un corpo “in eccesso”, un corpo che lo Stato non vuole incorporare nel proprio ordine. La frase di Papa Francesco – «tutti noi siamo migranti in cammino su questa terra!» – risuona allora come una smentita etica del dispositivo di esclusione: se la terra fosse davvero di tutti, non vi sarebbero corpi confinati in spazi d'eccezione, sospesi tra l'assenza di colpa e la privazione della libertà.

In questa geografia di corpi governati, il corpo del prigioniero di guerra costituisce una figura-limite. Il prigioniero, rispetto al detenuto e al migrante, subisce una restrizione originaria: essere stato mandato in guerra. La prima limitazione consiste nell'essere trasformato in uomo che uccide altri uomini, prima ancora di essere catturato. Una volta prigioniero, egli subisce limitazioni analoghe a quelle del detenuto e dell'immigrante, ma

con una differenza decisiva: non è punito per un reato, né trattenuto per un illecito amministrativo; è neutralizzato in quanto corpo nemico. La storia dei prigionieri è costellata di narrazioni disumane. Durante la Prima guerra mondiale, circa seicentomila prigionieri italiani catturati dagli austriaci furono lasciati morire di fame e di stenti; e la responsabilità non fu solo del nemico, ma anche delle scelte politiche della madrepatria, in un'epoca in cui la Convenzione dell'Aia del 1907 aveva già previsto obblighi di tutela. Nella Seconda guerra mondiale, dopo l'8 settembre 1943, i soldati italiani catturati dai tedeschi furono deportati e classificati come Internati Militari proprio per sottrarli alle garanzie della Convenzione di Ginevra: un artificio giuridico che rivela come il diritto possa essere piegato al fine di rendere un corpo meno protetto.

Le convenzioni sui prigionieri di guerra sono strumenti fondamentali del diritto internazionale umanitario: regolano il trattamento dei prigionieri durante i conflitti armati e mirano a preservare un nucleo minimo di umanità nel pieno della disumanizzazione bellica. La Terza Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 costituisce il pilastro di questo campo: impone il trattamento umanitario, vieta torture e maltrattamenti, esige la non discriminazione, prevede la tutela della salute e condizioni di internamento compatibili con la dignità; attribuisce alla Potenza detentrici la responsabilità piena della custodia; e affida al Comitato internazionale della Croce Rossa un ruolo di controllo e assistenza. È un edificio normativo costruito dopo gli orrori del Novecento affinché non si ripetano. Ma qui sorge la domanda che attraversa, come un basso continuo, ogni riflessione sulla giustizia del corpo: le convenzioni sono effettivamente idonee a evitare l'abuso della dignità dei prigionieri?

La difficoltà esplode quando la reciprocità fra Stati belligeranti si dissolve e il conflitto assume forme asimmetriche: terrorismo, ostaggi, esecuzioni pubbliche senza processo, violenza spettacolarizzata, corpi costretti a dichiarazioni sotto minaccia di morte. Che cosa diventa il "corpo prigioniero" quando la figura del prigioniero di guerra, classica e relativamente tipizzata, si intreccia con la figura dell'ostaggio? E quali strumenti possiedono, oggi, i tribunali internazionali per reprimere i crimini di guerra? Il Ruanda del 1994 – con circa ottocentomila morti – resta un monito sulla fragilità delle promesse internazionali. Le notizie che giungono dal conflitto Russia-Ucraina mostrano la persistenza degli scambi di prigionieri, ma anche il rischio di abusi e di trattamenti contrari alla dignità. Nel conflitto esploso dopo il 7 ottobre 2023, il trattamento degli ostaggi e dei detenuti solleva interrogativi drammatici. Denunce come quelle raccolte dall'ONG israeliana B'Tselem – che parla di una "rete di campi di tortura" – descrivono corpi restituiti con segni di violenza, un "inferno" fatto di umiliazioni, menomazioni, annientamento. In queste testimonianze, il corpo è ridotto a messaggio.

Di fronte a tale scenario, la crisi del diritto internazionale non è un tema astratto: è la crisi di un dispositivo di protezione dei corpi. Viviamo un'epoca in cui le istituzioni preposte al controllo di legalità e alla tutela dei diritti umani vengono attaccate e delegittimate: giudici, corti internazionali, meccanismi di monitoraggio, perfino la grammatica stessa del diritto umanitario. La conseguenza è un clima nel quale la violenza tende a normalizzarsi e la dignità del corpo a diventare negoziabile. È qui che la lezione di Hannah Arendt torna decisiva. La responsabilità personale, emersa con forza a Norimberga e poi inscritta nell'idea di una giustizia penale internazionale, non

può essere dissolta nella catena degli ordini. «Nessuno ha il diritto di obbedire», scrive Arendt: formula che non esalta la disobbedienza come gesto romantico, ma richiama il dovere di giudicare e di rispondere, quando l'obbedienza si fa complicità (La citazione in questione fu pronunciata da Arendt in un'intervista radiofonica del 9 novembre 1964 con Joachim C. Fest).

Se il corpo è il luogo in cui l'io si forma, e se il potere tende a governarlo fino a renderlo docile o sacrificabile, allora la giustizia non può limitarsi a enunciare principi: deve misurarsi con la materialità concreta dei corpi, con la loro vulnerabilità e con le diseguaglianze che li attraversano. Pretendere il rispetto delle Convenzioni internazionali e la condanna dei responsabili non è una postura moralistica, ma una necessità politica e civile: significa interrompere la logica per cui alcuni corpi sono proteggibili e altri no, alcuni sono degni di lutto e altri no, alcuni meritano garanzie e altri possono essere esposti. Ricordare che il corpo non è una cosa significa riaffermare un confine che la storia tenta continuamente di oltrepassare. E significa anche riconoscere che la civiltà giuridica si misura – oggi come ieri – non dalle dichiarazioni solenni, ma da ciò che accade ai corpi: ai corpi dei prigionieri, dei detenuti, dei migranti, delle vittime, degli ostaggi; ai corpi che la guerra, la politica e l'indifferenza vorrebbero ridurre a scarto.

PAOLA FILIPPI

## 2. Il corpo prigioniero

**SOMMARIO:** **1.** Il corpo prigioniero e il diritto dei crimini internazionali. – **2.** Il corpo prigioniero oggi: lo scenario attuale costituisce una mutazione ulteriore? – **3.** La guerra è soggetta a una serie di regole. – **4.** Focus sull'Italia.

### 1. Il corpo prigioniero e il diritto dei crimini internazionali.

Una riflessione sul *corpo prigioniero* assume come punto di partenza il corpo come garanzia (*Habeas corpus*), ma anche il corpo come suscettibile di violazione.

La mia breve riflessione si concentrerà su alcuni profili riguardanti il corpo prigioniero nelle situazioni di conflitto.

Tenendo conto delle sessioni precedenti occorre capire come intendere il corpo prigioniero, in particolare rispetto al corpo migrante e al corpo detenuto. Mi pare di poter dire che *corpo prigioniero* è un lemma generico, che include quindi, in senso lato, il corpo in tutte queste dimensioni, di cui già si è parlato, ovvero il corpo detenuto e il corpo migrante.

La nozione di *corpo prigioniero*, in senso stretto, e in riferimento alle situazioni di conflitto armato allude, a mio avviso, a chi non può muoversi ma non come esito di una punizione. Il soggetto viene detenuto perché la detenzione è vantaggio militare che dà la possibilità di ridurre le forze del nemico. Nel caso del prigioniero di guerra, la detenzione non è una punizione e il corpo assume qui tutta un'altra funzione. La libertà della persona è limitata esclusivamente perché quest'ultima non deve tornare a combattere, ma non perché ha commesso un reato. La funzione della limitazione della

libertà è quindi molto differente da quella che svolge nel caso del corpo detenuto. Il corpo prigioniero è qui come corpo prigioniero di guerra, catturato e limitato nella sua libertà per una attività totalmente lecita e legittima (aver preso le armi), ovvero entrare nel conflitto armato. Anche in tale caso vi sono tutte determinate garanzie (diverse da quelle processuali, come l'equo processo), ma che in relazione alla protezione fisica della persona sono identiche. Si tratta di garanzie necessarie, quali il divieto di atti inumani e degradanti, e di un trattamento diverso dal detenuto (anche perché il soggetto non è socialmente pericoloso), ma che si applicano a una persona che legittimamente faceva quello che doveva fare o che comunque non ha violato alcuna disposizione del diritto internazionale umanitario.

Sintetizzando quanto detto sin ora sulla differenza tra corpo prigioniero e corpo detenuto si può dire che i detenuti sono generalmente persone private della libertà a seguito di una decisione giudiziaria o amministrativa, in tempo di pace, in risposta a una condotta ritenuta illecita.

I prigionieri di guerra, invece, sono soldati o membri delle forze armate regolari catturati durante un conflitto armato internazionale. In caso di conflitto armato interno, le persone private della libertà devono essere trattate in modo umano e nel rispetto delle garanzie giudiziarie minime, ma non acquisiscono lo *status* formale di

prigioniero di guerra. Non sono considerati criminali, bensì nemici temporaneamente neutralizzati. Sono soggetti, come si è detto, che hanno esercitato un'attività legittima secondo il diritto internazionale umanitario. Per questo non possono essere perseguiti per il solo fatto di aver preso parte alle ostilità.

Questa riflessione sul corpo prigioniero va collocata in quell'universo normativo e di istituzioni (perché, come noto, se non ci sono le istituzioni viene meno anche tutto quello che una convenzione o una disposizione in un codice penale nazionale rappresenta) che ha l'ambizione di cristallizzare una "codificazione comune del male", una codificazione universale del male assoluto. Sostanzando tale concetto: male si riferisce qui ai crimini smisurati, ai crimini imprescrittibili a ciò che è stato definito come l'inumano<sup>1</sup>. Si tratta dunque di dismisura, di non riconoscere l'umanità e la condizione di essere umano paritetica dell'altro. Il male è smisuratezza e inumanità dell'azione, è l'inumano che qualifica, appunto, il male.

Il diritto dell'inumano<sup>2</sup> ricomprende innanzitutto tutti quegli strumenti che, come il diritto dell'Aia e anche di Ginevra, dalla fine del '800 in poi, in linea anche con strumenti preesistenti, cercano di dare delle regole del gioco, anche in guerra. Gli Stati decidono di autoregolarsi e di darsi dei limiti invalicabili. Questi ultimi si sono tradotti in norme, in istituzioni, e in particolare, dopo la fine della seconda guerra mondiale, in

categorie di crimini che danno un nome alle atrocità (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimini di genocidio e crimine di aggressione) e stabiliscono la responsabilità penale individuale per chi le commette.

Si definiscono le condotte criminali e si predispongono una tutela per l'*irriducibile umano*, secondo l'espressione di Boutros Boutros-Ghali, che non può essere violato, nemmeno in guerra. Questi crimini si distinguono dai reati comuni per la natura massiva e l'estrema gravità che li connota. Per questo si introducono nuove categorie, nuove definizioni. Sancire che, in linea con l'etimologia (*sanctum facere*) è anche sanzionare i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e i crimini di genocidio (e ricordiamo che non c'è nessuna gerarchia tra queste tre categorie), indicando così anche un nucleo inderogabile e un imprescrittibile. Non è però una questione meramente nominalistica. Nominare un'atrocità come crimine internazionale ha conseguenze molto rilevanti: basti qui menzionare l'imprescrittibilità, l'invalidità di amnistie, e la possibile applicazione della giurisdizione universale.

## 2. Il corpo prigioniero oggi: lo scenario attuale costituisce una mutazione ulteriore?

La prospettiva di questo seminario (corpo prigioniero e diritto e giustizia dei crimini internazionali) mi ha permesso di mettere a fuoco un primo profilo costituito da una dinamica in progressione, non in senso virtuoso, purtroppo.

Una prima fase comincia dopo l'istituzione del tribunale di Norimberga, a cui convenzionalmente si fa risalire la nascita del

<sup>1</sup> Sia consentito al riguardo di rinviare a E. FRONZA, *Giudicare e punire i crimini contro l'umanità: quale misura per l'incommensurabile?*, in *Legislazione Penale*, 28 maggio 2024.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, *Violenza e massacri: verso un diritto penale dell'umano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 2, 753.

diritto dei crimini internazionali<sup>3</sup>. Pur con i limiti e le criticità di quell'esperienza, ben nota, si staglia in quel momento l'importante distinzione tra *militare* e *civile* che poi si traduce in particolare nelle quattro convenzioni di Ginevra del '49 e nei Protocolli del '77. Queste norme, in linea con quelle precedenti, stabiliscono regole di umanità, individuano una quota di disumanità anche in guerra. Di qui il nome dello *ius in bello*, come diritto umanitario.

Sempre seguendo la prospettiva del *corpo prigioniero* si può individuare una seconda fase che segna una forte discontinuità rispetto a quella precedente. Questa inizia con l'11 settembre 2001. Il corpo prigioniero era considerato, sino a quel momento, in senso classico. Fondamentale era la distinzione tra militare e civile. Proprio quest'ultima è uno dei tanti aspetti che questa seconda fase rovescia e distrugge.

Si apre la strada, infatti, a un nuovo paradigma: una *guerra contro il crimine*, cioè una guerra che può essere portata avanti proprio per il tipo di crimine, per la gravità del crimine, per l'attacco che questo rappresenta per la società e che perciò può travalicare i limiti imposti dalle Convenzioni di Ginevra e dai due protocolli e, più in generale, dal diritto dei diritti umani. La guerra diviene quindi anche una guerra contro i diritti umani stessi e contro i diritti più fondamentali. Il soggetto viene sottratto a qualunque quadro; il combattente viene sottoposto a torture per ottenere, magari nell'immediatezza, informazioni. Il corpo qui diviene anche scrigno delle informazioni. La riflessione è quindi molto più ampia,

perché si è fuori da un quadro di istituzioni, fuori da un quadro di garanzie e fuori da un quadro di diritto.

La prospettiva di questo seminario mostra come la rottura e il non rispetto di un insieme di limiti e istituzioni dovrebbero essere invalicabili. Limiti che esprimevano quell'irriducibile umano, che era stato trascritto in quel reticolo di norme e di istituzioni a cui facevo riferimento.

Si inventano dunque nuove categorie, si parla di combattente illegale, si inventano giurisdizioni, cambia il vocabolario, cambia anche la macchina in cui il corpo prigioniero viene introdotto. Gli studiosi del sistema penale dinanzi a quanto accadeva hanno cominciato a contrapporre due modelli, due paradigmi idealtipici contrapposti, quello del *diritto penale del cittadino* e quello del *diritto penale del nemico*<sup>4</sup> anche proprio a partire dal trattamento del corpo. Il corpo che dal 2001 viene in certe situazioni sottratto a *qualunque* garanzia, perché – è stato detto benissimo anche nelle sessioni precedenti – rispetto al corpo detenuto, che è la situazione ovviamente differente da quella su cui ci concentriamo adesso, rispetto a cui però ci sono delle garanzie. Così come ci sarebbero delle garanzie per il corpo prigioniero: in questo senso non vedo una grande differenza tra la situazione di detenzione e la situazione di

<sup>3</sup> Sul diritto penale internazionale cfr. E. AMATI – P. CAROLI – M. COSTI – E. FRONZA – E. MACULAN – A. PIZZUTI – A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2025.

<sup>4</sup> Lessicalmente il termine 'nemico' può portare confusione. Si fa qui riferimento a quella teorizzazione sviluppata, in senso schmittiano da Gunther Jakobs, all'indomani dell'11 settembre 2001 che voleva negare agli avversari, dichiarati appunto «nemici», quell'universalità dei diritti umani che è patrimonio irrinunciabile della giustizia internazionale. Il *diritto penale del nemico* giudica la persona e non i suoi atti. Si criminalizza il soggetto in quanto tale, lo si considera pericoloso in sé e, quindi, sottraendolo alle garanzie fondamentali della legge e del processo penale, negandogli l'eguaglianza e l'universalità dei diritti. Si in-umanizza l'individuo.

corpo prigioniero, se guardiamo le norme. Quindi il 2001 (e in particolare Guantanamo e Abu Ghraib) segna l'inizio di questo salto qualitativo, inteso in senso negativo.

Venendo al momento attuale e guardando alle guerre più vicine e in particolare all'Ucraina e alla guerra a Gaza si intravede una terza fase: il corpo viene fatto prigioniero. Ma si va oltre, cioè si va dove la detenzione, dove le armi non arrivano. Non si garantiscono quello che dalle Nazioni Unite viene nominato come diritto al cibo, come diritto all'acqua. A Gaza, infatti, si arriva a un punto di sopraffazione: si sfruttano la fame, la sete e le malattie. Rendere le persone prigioniere del proprio corpo, espropriare le persone del proprio corpo, così che non ne abbiano più minimamente il controllo. Mentre il detenuto e il prigioniero di guerra mantengono il controllo del proprio corpo, possono tutelare il proprio corpo.

Ho evidenziato queste tre fasi e questa progressione per evidenziare il passaggio del corpo prigioniero nel senso di corpo usato come luogo di afflizione, quindi prigionia della mente, prigionia dell'agire, arma contro chi vive dentro quel corpo. Torna lo spettro dell'*ancien régime*, tornano i supplizi raccontati da Foucault in cui la sofferenza è il non avere nessuna capacità di tutelare sé stessi fino ovviamente all'intimità. La persona afflitta alla fame più terribile, alla sete, al fuoco, tutte le cose che vengono descritte nelle afflizioni dell'*ancien régime*. È esattamente questo trasformare il corpo in strumento contro la persona detenuta e in ammaestramento per tutti gli altri. Credete di avere un corpo? Credete di avere un diritto? Non avete nessun corpo, nessun diritto perché tutto ciò che voi siete fino al profondo dell'anima è proprietà del sovrano che nel caso lo ritenga necessario può farne quello che vuole a vostre spese, ma

può farne quello che vuole, perché ha la forza di farlo e non serve null'altro.

Il diritto diventa diritto a disposizione del sovrano. Si ritorna qui alle radici del male. Il corpo è nelle mani dell'altro, che lo usa contro quel nucleo irriducibile costituito dall'inderogabile e dall'imprescrittibile, che era stato sancito dopo Norimberga.

Siamo dunque in una fase diversa da quella precedente per cui la declinazione da guerra totale al terrorismo, si sta spostando dal terrorista sulla popolazione civile. È questa un'altra fase, che è però figlia di quella dinamica cominciata nel 2001. Come noto, la 'lotta' al terrorismo globale si orientava ai terroristi, aprendo quel varco terrificante in cui gli individui 'terroristi' non erano né processati, né in guerra e venivano uccisi. Ora siamo entrati in una fase diversa, una progressione, come ho detto.

Il salto di qualità è duplice: il corpo è quello dei civili e viene utilizzato come prigionia di sé stesso. Il corpo, dunque, come *arma indiretta*. È un corpo prigioniero *lato sensu*.

Il corpo, quindi, non soltanto sottoposto a dominazione di altri, ma anche strumento di altri contro lo stesso individuo, contro proprio la base dei diritti umani, la libertà di ogni persona di disporre di sé stessa, la libertà che rimane sempre nel foro interno, come ha sempre detto l'Illuminismo e tutta la filosofia precedente. È questo un passaggio fondamentale, ed è anche la costruzione materiale dell'*homo sacer* non concettuale.

Certe distinzioni, in particolare tra tempo di guerra e tempo non di guerra, tra civili e non civili e, come detto, tra corpo leso direttamente e corpo leso indirettamente divengono sempre più sfumate. Oggi si nega il significato del male, anzi talvolta si arriva a rivendicare il male assoluto, la sospensione della norma, l'inefficacia della norma quando parla il sovrano, cioè la ragion di

Stato. Si va dunque verso il ritorno dell'*inter arma silent leges*.

La fase attuale è pertanto una fase ulteriore, in cui si mettono in discussione quelle norme, quelle istituzioni, quel *patto di civiltà* post Seconda guerra mondiale, secondo cui non possono esserci differenze di valore tra gli esseri umani.

Questa situazione porta a guardare diversamente anche i due poli attorno a cui svolgiamo il nostro ragionamento: corpo prigioniero e diritto dei crimini internazionali.

### 3. La guerra è soggetta ad una serie di regole.

La guerra non è l'alternativa al diritto, esiste il diritto internazionale umanitario, che è *lex specialis* e poi esiste in tutto un insieme di disposizione a tutela dei diritti umani e il diritto dei crimini internazionali. È questa una prospettiva di civiltà.

In riferimento al Trattato che nel 1998 istituisce la Corte penale internazionale con funzioni permanenti la prima cosa che vorrei sottolineare è che a Roma viene ribadito un principio che era già stato affermato a Norimberga: anche un capo di Stato deve rispondere dei crimini commessi. Tale principio trova applicazione perché c'è una giurisdizione indipendente. Il grande passaggio è dunque che esiste una giurisdizione dell'umanità, in quanto riguarda i diritti dell'intera umanità. C'è dunque un soggetto che è l'umanità, basata sull'assoluta eguaglianza di ogni essere umano in termini di valore e questo pone una giurisdizione globale attraverso le *istituzioni dell'umanità*, quali la Corte penale internazionale e le Nazioni Unite.

È un principio che nella prospettiva della storia del diritto internazionale è quasi ne-

onato. A Roma oltre allo Statuto della Corte vengono approvati altri testi che lo accompagnano, altrettanto rilevanti, come le regole di procedura e prova e i cd. elementi dei crimini. Quel Trattato, inoltre, attribuisce un potere autonomo al procuratore: quest'ultimo può *proprio motu* svegliare la Corte, la cui azione è complementare rispetto a quella degli Stati parte. L'autonomia del Procuratore rispetto agli Stati, anche se poi richiede il vaglio della Camera Preliminare, è un elemento rivoluzionario. Questo sistema di giustizia cammina sulle gambe degli Stati, ma è oltre gli Stati. Di qui l'importanza di differenziare tra obblighi di cooperazione con la Corte e oneri di adeguamento degli ordinamenti interni.

Il limite della giustizia penale internazionale è poi anche la sua forza. In questo momento la giustizia internazionale è fortemente messa alla prova. E lo è nel momento in cui ha dato prova di voler e poter essere una, universale, per tutti.

È manifestamente messa in discussione (pensiamo alle intimidazioni e alle sanzioni per procuratori e giudici della Corte penale internazionale o alla mancanza di cooperazione con la Corte stessa) proprio nel momento in cui la Corte dimostra, col mandato di arresto bilaterale del 21 novembre 2024 verso Netanyahu e Gallant e tre membri di Hamas (poi uccisi) che non ci sono corpi di serie A e corpi di serie B. Il diritto, la Corte, le Corti cercano di revocare e hanno il dovere verso l'umanità di revocare il resuscitarsi dell'*homo sacer* attraverso l'incontrollato e smisurato uso della forza.

Eguale dignità vuol dire che la giustizia è *una*. Nel momento in cui la Corte lancia chiaramente questo messaggio viene attaccata e c'è chi la vorrebbe incenerire. Proprio mentre dà una prova della sua vocazione universale, per cui non ci sono corpi

che valgono di più e corpi che valgono di meno, rischia di scomparire.

Va ricordato che la Corte penale internazionale si poggia su un'architettura molto complessa e di cui il principio di complementarità ne è un pilastro. Quest'ultimo, in linea con una dinamica di armonizzazione, ammette un pluralismo a livello nazionale e consente uno scarto, un 'gioco' rispetto a quanto prevede lo Statuto. Nei lavori della Commissione per l'elaborazione di un codice dei crimini internazionali (sotto la guida dei Proff. Palazzo e Pocar<sup>5</sup>) – che non ha purtroppo avuto alcun esito e di cui ho avuto l'onore di fare parte – questo è emerso chiaramente: sono state avanzate delle proposte che andavano nella direzione dello Statuto e che al contempo rispettavano una coerenza anche linguistica, non solo più strettamente sistematica, del nostro ordinamento. In quell'occasione abbiamo anche potuto verificare come tutte le fattispecie che si occupano della dimensione corpora non siano rigide: sono cioè paradigmi fondatori *elastici*, capaci di includere anche nuove fenomenologie criminose. A tale proposito posso menzionare i crimini di guerra commessi con le nuove tecnologie, l'attacco ai beni culturali, o al clima e all'ambiente nel momento in cui assume una rilevanza come crimine di guerra o contro l'umanità.

Tutti questi profili sono significativi e non ultimo anche il dato, già sottolineato, che lo Statuto della Corte è stato pensato in un modo improntato a un umanesimo giuridico non di carattere egemonico, che non è imposto ad altri, ma che accoglie tutti gli altri. È la misura, è l'uomo vitruviano di

Leonardo, è la misura dell'eguale umanità di tutti, è l'accoglienza di ogni cultura che all'interno ha il riconoscimento del pari valore degli esseri umani. È la rivendicazione dell'universalismo come possibile terreno comune di tutta l'umanità. E per questo si pone in dialogo con le realtà nazionali e accetta anche, per esempio, forme di giustizia diverse da quella strettamente punitiva. I fatti si possono anche riconoscere e raccontare con meccanismi non strettamente retributivi.

Come si è detto, la guerra è sottoposta a un insieme di regole che appartengono a differenti universi giuridici e vanno rispettate. Tra questi ci sono il diritto internazionale umanitario e il diritto dei diritti umani più fondamentali. I crimini di guerra e anche i crimini contro l'umanità si applicano in tempo di pace, ma anche in tempo di guerra: e ciò va evidenziato anche perché sottolinea come il corpo prigioniero sia oggetto di differenti tutele. Vi è dunque un nucleo *inderogabile* che sono i diritti umani e il diritto ha messo a punto una serie di norme e istituzioni per la tutela di quest'ultimo. A questo fa da *pendant* il carattere *imprescrittibile* dei crimini internazionali: sono infatti tutte fattispecie incriminatrici sottratte al trascorrere del tempo. Questo profilo apre la via a una riflessione sul fatto che la giustizia non è cieca alla pace, cioè al rapporto pace e giustizia. Dinanzi all'abnormità, al male assoluto occorre sancire, individuare i responsabili per stabilire quelle che Hannah Arendt chiamava le verità di fatto, precondizioni per una pacificazione.

## 4. Focus su Italia.

Per concludere, volgendo lo sguardo al nostro paese si osserva una situazione ambigua.

<sup>5</sup> Il testo è reperibile al seguente link: [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_PALAZZO\\_POCAR\\_articolato\\_31mag22.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_articolato_31mag22.pdf).

Da un lato, l'Italia è stato il luogo dove è stata creata la Corte penale internazionale. E ancora: proprio l'Italia ha avuto figure come quella di Antonio Cassese, tra i padri fondatori della giustizia penale internazionale e che da giudice, è stato tra i primi a dare contenuto ermeneutico alle norme che definiscono i crimini internazionali, mostrandone il carattere elastico e dinamico. Pensiamo ad esempio alla giurisprudenza sui crimini contro l'umanità e a come ha contribuito a mostrare la capacità di queste fattispecie di seguire l'evoluzione delle fenomenologie criminose.

Dall'altro lato, proprio l'Italia è uno dei paesi in Europa che non si è dotata di una legislazione adeguata e coerente sui crimini internazionali (ancora non abbiamo i crimini contro l'umanità!). A questo si aggiunge la mancata cooperazione con la Corte nel recente caso *Almasry*<sup>6</sup>, che rimane una macchia e un grave precedente, ma che soprattutto si inserisce in un momento in cui la Corte penale internazionale è sotto attacco, anche per via delle indagini sulla Palestina e sull'Ucraina.

Parallelamente, tuttavia, se ampliamo lo sguardo vediamo anche gli sforzi in seno alle Nazioni Unite di redigere una convenzione internazionale sui crimini contro l'umanità. Questo si pone in controtendenza rispetto alle dinamiche che espressamente rivendicano l'uso della forza, un diritto a disposizione del sovrano (che può essere sospeso a suo piacimento) e un attacco alle istituzioni terze e a quella "comune codificazione del male".

Diritto e concetto di eguaglianza degli esseri umani sono profondamente legati. La

questione del diritto a disposizione del sovrano, *à la carte* è la facoltà del sovrano di sospendere l'eguaglianza, di sospendere il pari diritto e quindi in prospettiva giuridica di sospendere la piena umanità delle persone sottoposte alla sua forza e farne *homo sacer*<sup>7</sup>.

Speriamo dunque che la necessità di tutela di questo *irriducibile umano*<sup>8</sup> possa ancora servire da motore, come mostra il cantiere sulla convenzione sui crimini l'umanità. Anche perché non è vero che "questa giustizia non serve" o "non è efficace".

La percepita ineffettività della giustizia penale internazionale va misurata in maniera molto diversa da quanto siamo abituati a fare nel diritto interno con riferimento ai reati comuni.

Le due Corti, la Corte penale internazionale che ha spiccato due mandati d'arresto per crimini di guerra e crimini contro l'umanità, e la Corte internazionale di giustizia che su un altro fronte sta valutando la plausibilità di atti di genocidio e incitamento al genocidio da parte dello Stato di Israele, hanno effetti profondi e duraturi.

Va poi segnalata la possibilità di vedere l'ingiustizia proprio e anzi grazie al diritto e alle sue definizioni.

Grazie alle disposizioni e alle Corti si qualificano i fatti, li si nomina in maniera precisa, così contrastando il rumore di fondo, anche quello del senso comune. Il lavoro, il discorso che le Corti introducono ser-

<sup>6</sup> R. PICCIRILLO, *Il caso Almasry. Come e perché l'Italia ha mancato la prima occasione utile per cooperare con la Corte Penale internazionale nella consegna di un ricercato per crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Cass. pen.*, 2025, 1456.

<sup>7</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005.

<sup>8</sup> Tale espressione fu utilizzata dal Segretario Generale delle Nazioni Unite che affermava che i diritti umani sono un "*irreducible human element*", valori fondamentali che affermano che "siamo un'unica comunità". Invitava così la Conferenza mondiale sui diritti umani a lasciarsi guidare dai principi di universalità, garanzie e democratizzazione. Cfr. dichiarazione, 14 giugno 1993, a Vienna, in occasione dell'apertura della Conferenza mondiale sui diritti umani.

ve anche a distinguere e dunque a riportare delle condizioni per una razionalità e per un'umanità.

La razionalità del diritto è un punto di partenza necessario perché si è razionali rispetto a una regola di razionalità, si è razionali rispetto ad una logica e la logica ha sempre dei principi. In questo caso la logica elabora e sviluppa coerentemente il principio di eguaglianza tra gli esseri umani di uguaglianza e di eguale valore delle vite umane.

Infine, la giustizia penale internazionale riconduce tutto anche in un quadro dove vigono garanzie: anche questo è il compito del diritto dei crimini di internazionali, cioè di non *assecondare* la smisuratezza e la disumanità dei crimini con cui si trova a confrontarsi e di riportarlo all'umano, al razionale e di ribadirlo. È molto importante non accogliere l'idea che alla smisuratezza del crimine debba corrispondere la smisuratezza della pena e che il criminale, che ha negato il quadro di diritto con la sua azione o omissione, non possa essere fatto entrare nel diritto. Se il diritto fa proprio il diritto penale del nemico e ancora di più un diritto che porta il corpo prigioniero alla fase successiva di questa deriva di inumanizzazione verso un moderno *ancien régime* delle affezioni, questo significa che il diritto agisce attraverso l'inumanità della pena e nega la persona come soggetto di diritto. Ovvero: anche il diritto nega l'umanità dell'altro. Il terrorista è un soggetto che nega l'umanità dell'altro, l'organizzazione terroristica nega l'umanità dell'altro, l'organizzazione giuridica nega l'umanità dell'altro. Sono perfettamente pari, omogenei, agenti di inumanità, agenti del male.

Se si rinuncia al piano di umanità della pena, non si fa altro che contribuire all'inumanità e si diventa agenti di inumanità esat-

tamente al pari di chi vogliamo combattere e alleati di chi vogliamo combattere.

Il diritto non può rispondere alla smisuratezza e all'inumanità attraverso la smisuratezza e l'inumanità: altrimenti diventano forze indistinguibili.

EMANUELA FRONZA

### 3. Il corpo prigioniero

Quando ho ricevuto l'invito a intervenire in questo convegno, mi sono interrogato sul significato del titolo assegnatomi.

Originariamente ero stato invitato a parlare del Corpo detenuto e ho fatto fatica a comprendere la differenza.

Poi, approfondendo il tema generale del Convegno, ho compreso.

Credo che il focus del convegno siano i corpi e il loro rapporto con il potere, i corpi assoggettati a diversi tipi di potere, i corpi considerati nei diversi stadi dell'esercizio e dell'abuso del potere.

E allora possiamo partire dalla premessa che tutti i crimini che compongono il complesso dispositivo che chiamiamo diritto penale internazionale (crimini di guerra, genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, aggressione) si caratterizzano per essere reati, per così dire, *corporei* diretti cioè a presidiare non interessi astratti, ma soltanto corpi.

Questo dato distingue il diritto penale internazionale dai sistemi domestici nei quali, invece, trovano spazio interessi cosiddetti vaghi o vaganti, non riferiti cioè ad uno specifico *corpo*, ma finalizzati alla tutela di una funzione (la pubblica amministrazione, la fede pubblica, l'amministrazione della giustizia).

Come si occupa del corpo il diritto penale internazionale?

L'elenco delle fattispecie annovera comportamenti che, in realtà, tutti i codici nazionali incriminano: l'omicidio, lo stupro e altri attacchi alla libertà sessuale, le lesioni gravi o gravissime, i trasferimenti forzati, le deportazioni, gli arresti illegali, le torture, le privazioni di libertà di vario genere.

Perché detti comportamenti assurgano al rango di crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità sono però necessari i cosiddetti "*elementi di contesto*", che definiscono la dimensione dell'attacco, dell'aggressione e/o peculiari qualità delle vittime.

Perché uno o più omicidi, lesioni, stupri assurgano alla definizione di genocidio, occorre che si collochino all'interno di una strategia concreta di distruzione parziale o totale di un gruppo nazionale, etnico, razziale, religioso e si caratterizzino per una dimensione tendenzialmente massiva.

Perché si possa parlare di crimini contro l'umanità, occorre che quelle condotte integrino un attacco esteso e sistematico contro le popolazioni civili o concretizzino, a sostegno di una politica statale od organizzativa finalizzata a tale attacco.

Nei crimini di guerra, l'elemento contestuale è il conflitto armato, anche interno e informale. In questo ambito, poi, si distinguono: a) crimini contro persone protette, secondo le Convenzioni internazionali: essenzialmente si tratta dei non combattenti: militari *hors de combat* (malati, feriti, naufraghi); civili, personale medico e religioso, personale di soccorso e protezione civile; b) attacco deliberato contro beni protetti (edifici religiosi, ospedali, scuole, monumenti, mezzi di trasporto recanti gli emblemi di organizzazioni internazionali di soccorso, zone non difese); c) metodi di combattimento proibiti: riduzione alla fame dei civili (*starvation*), atti di perfidia, nozione che ho appreso soltanto in occasione dei lavori della Commissione Palazzo – Pocar e che consiste negli atti «che fanno appello, con l'intento di ingannarla, alla buona fede di

un avversario al fine di fargli credere che ha diritto di ricevere o che deve accordare la protezione prevista dal diritto internazionale, per poi attaccarla); l'impiego di civili come "scudi umani"; d) mezzi di combattimento proibiti, come i proiettili ad espansione e le armi chimiche.

La categoria dei crimini di guerra è particolarmente rilevante perché rappresenta l'origine del diritto penale umanitario e rimanda al concetto (consolidato anche negli antichi) che anche la guerra ha le sue regole, poste a presidio del corpo di coloro che sono in potere della parte avversa.

Sottolineo questo concetto per rispondere ad alcune obiezioni, come quelle di chi, sostenendo un approccio realistico, segnala che la guerra non può non comportare distruzione e morte.

Mi riferisco, in particolare, ad un recente articolo di Ernesto Galli della Loggia nel quale l'autore, muove dalla premessa di non avere particolari competenze di diritto internazionale e di diritto umanitario: premessa che dovrebbe indurre alla prudenza e che comunque difficilmente si concilia con le competenze storiche del commentatore. Basta considerare l'incidenza dalla condizione dei feriti trovati al termine della battaglia di Solferino nelle scelte politiche che condussero all'istituzione della Croce Rossa Internazionale e alle prime Convenzioni di Ginevra. Fu in quel contesto che si affermò, per iniziativa di Henry Dunant e Francis Lieber, l'esigenza di limitare gli effetti della guerra, secondo un criterio di «necessità militare» che, a ben vedere, governa ancora oggi tutta la struttura dei crimini di guerra.

Se questo è l'oggetto del diritto penale internazionale, possiamo ben dire che stiamo parlando del male assoluto. Stiamo parlando di fenomeni che – per scala dimensionale e qualità delle vittime – non hanno

paragone con nessuno dei reati dei nostri codici domestici, neanche con i reati di criminalità organizzata perché non c'è fenomeno di criminalità organizzata che abbia una capacità offensiva dei diritti fondamentali di pari dimensione.

Di fronte a questo male assoluto – poi possiamo ragionare se male assoluto significhi male radicale, e cioè radicato nella cattiveria umana o, come dice Hanna Arendt, male che nasce dalla non riflessione, dalla combinazione di strategie di intossicazione ideologica e di distrazione e disinformazione delle masse – ci aspetteremmo che il diritto penale esprimesse il massimo delle sue prestazioni: repressione ma anche deterrenza.

E, invece, l'esperienza storica recente (i processi di Norimberga, di Tokyo, di Gerusalemme) rappresentano risposte intervenute "a cose fatte", quando il conflitto si è consumato, tanto da essere stati definiti, con accenti denigratori (a mio parere, non meritati) «processi dei vincitori sui vinti».

Questi processi hanno prodotto diciamo un qualche effetto repressivo e una vaga capacità deterrente.

In realtà, se analizziamo il dettaglio di questa reazione, ci rendiamo conto che è una repressione minimale rispetto all'entità del fenomeno e al numero dei soggetti che vi erano coinvolti.

Vale per l'Italia, dove è diffusa l'affermazione secondo la quale non si sarebbero fatti i conti con gli orrori della dittatura fascista, un po' per l'intervento delle amnistie togliattiane, un po' per inerzie non del tutto spiegate, simboleggiate dal rinvenimento, del cosiddetto armadio della vergogna: un armadio con le ante rivolte verso il muro nel quale erano stipati 695 dossier e un registro recante 2.274 notizie di reato relative alle stragi nazifasciste del biennio 1943-

1945, sui quali ci si era ben guardati dal procedere.

Si può dire lo stesso dell'Austria e della Germania, della quale si è soliti dire che hanno fatto i conti con la sua storia recente: affermazione probabilmente corretta se riferita alla maturazione di un sentimento di vergogna collettiva, ma non del tutto vera se si considera che il camerata Kesserling della famosa *lapide ad ignominia* di Piero Calamandrei vide sensibilmente ridotta la sua pena e divenne, ad un certo punto, consulente del Cancelliere tedesco Konrad Adenauer; o che Kurt Waldheim, soldato nella Wehrmacht, non fu mai giudicato per i crimini di guerra attribuitigli e fu segretario generale della Nazioni Unite dal 1972 al 1981.

La risposta rappresentata dai processi del secondo dopoguerra, oltre ad avere la connotazione giustizia dei vincitori sui vinti, aveva un'altra caratteristica: applicava retroattivamente alcune fattispecie (i crimini contro l'umanità conosciuti dallo stesso Statuto di Norimberga), entrando in tensione con uno dei corollari del principio di legalità.

La giustificazione dell'efficacia retroattiva dei crimini contro l'umanità fu rinvenuta dai giudici di Norimberga, con il sostanziale consenso di autorevole dottrina (Giuliano Vassalli, tra l'altro in *Formula di Radbruch e diritto penale*, 2001) nella circostanza che il nucleo *naturale* del crimine contro l'umanità era già incriminato dall'ordinamento tedesco (omicidio, rapina, saccheggio ecc.), di talché la regola di condotta era già esistente, sia pure depurata dell'elemento di contesto.

La seconda caratteristica riguardava la non preconstituzione del giudice: i Tribunali di Norimberga, Tokyo e Gerusalemme (così come altri istituiti nel secondo dopoguerra) furono costituiti *ad hoc*

Quest'ultima caratteristica si è perpetuata anche in epoca recente, con l'esperienza dei Tribunali e dalle Nazioni Unite per la repressione dei crimini commessi nella ex Jugoslavia e in Ruanda.

La Corte penale internazionale, istituita con lo Statuto di Roma del 1998 ed entrata in funzione nel 2002 rappresenta il primo esperimento di applicazione della giustizia penale internazionale da parte di una Corte permanente, fondata sul consenso degli Stati parte, che applica fattispecie incriminatrici e regole di procedura preventivamente stabilite (i Tribunali *ad hoc* applicavano, invece, proprie regole di procedura e prova).

La cooperazione degli Stati parte con la Corte penale internazionale, nella ricerca della prova e nella consegna dei ricercati, è essenziale perché la Corte non dispone di un proprio *enforcement*, tanto da essere stata definita «un gigante senza braccia e senza gambe».

La cooperazione nella consegna è poi cruciale perché, secondo il modello di molti Paesi di *common law*, la Corte penale internazionale non procede in assenza o in contumacia.

In questa cornice, la posizione dei Capi di stato e di governo è peculiare, perché ad essi sono comunemente riconosciute, anche sul piano consuetudinario, delle immunità. Il problema non è tanto l'immunità personale, che riguarda i reati commessi al di fuori dell'esercizio dell'incarico, e che recede con la perdita dell'incarico.

Più delicato è il discorso relativo all'immunità funzionale, quella connessa a crimini commessi nell'esercizio dell'incarico, quali sono per lo più i crimini contro l'umanità e il genocidio, tenuto conto degli elementi di contesto che ne delineano la dimensione per così dire politico-strategica.

Secondo lo Statuto di Roma, l'esistenza di un'immunità non dovrebbe impedire

la cooperazione con la Corte, innanzi alla quale essa non rileva (Art. 27 rubricato «Irrelevance of official capacity»).

Il fondamento teorico di questa irrilevanza è stato acutamente ricostruito da uno studioso italiano (A. Di Martino), valorizzando anche il contributo di una nota sentenza della Corte costituzionale relativa agli indennizzi dovuti dallo Stato tedesco alle vittime del Reich. Secondo Di Martino l'alternativa tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, decisiva nella prospettiva gerarchica, non lo è più nel quadro disegnato dalla Corte.

Non c'è bisogno di ricondurre i crimini internazionali nell'area degli atti *iure gestionis* per escludere l'immunità funzionale.

L'approccio corretto consiste in una storizzazione e attualizzazione della *ratio* delle immunità, memore del fatto che esse costituiscono eccezione (e non regola). Si osserva che le immunità nascono – alle origini dello Stato nazione – per garantire il pari trattamento delle diverse sovranità (*par in parem non habet iudicium*), in un contesto nel quale si trattava di escludere la giurisdizione per crimini ordinari e territorialmente ben confinati (*parochial*) e non si era ancora sviluppata la nozione di crimine internazionale.

Non si può pensare che quella eccezione possa essere estesa tal quale alla repressione di fatti di straordinaria gravità. Non si è mai formata, rispetto a questi crimini, una eccezione consuetudinaria alla giurisdizione.

A rilevare, in questo campo non è l'alternativa tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, quanto piuttosto la necessaria distinzione tra atti ufficiali in senso stretto, tipicamente connessi all'esercizio di sovranità e comportamenti di un potere sovrano messi in atto contro individui in situazioni che gli elementi di contesto consentono di

ricondurre ai crimini di genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di aggressione. La nozione di immunità funzionale, secondo questo autore, andrebbe rifondata nei limiti dell'esercizio legittimo dei tipici poteri governativi.

La soluzione sopra indicata rileva soprattutto nel caso in cui a procedere per i crimini internazionali non sia la Corte penale, ma uno Stato parte che abbia implementato le disposizioni incriminatrici dello Statuto di Roma.

Occorre infatti ricordare che la corte penale internazionale ha una funzione complementare, interviene se lo stato parte è incapace di o è indisponibile a reprimere quel crimine e che dunque i destinatari principali delle previsioni di diritto sostanziale dello Statuto sono i singoli Stati.

Allora si pone il tema se questa immunità, che certamente non opera nei confronti di un processo della Corte penale internazionale, operi quando è lo stato parte che deve applicare il diritto penale internazionale. Seguendo le linee della famosa sentenza Tesauro del 2014, che si occupava del ristoro del risarcimento delle vittime del Reich, la nostra dottrina tende a dire che l'immunità funzionale non opera quando vengono in gioco le più gravi lesioni del diritto umanitario. Spostandosi sul versante pratico, è, tuttavia, indiscutibile, che un'applicazione rigorosa dei principi appena enunciati può rivelarsi problematica. Si pensi al caso del capo di Stato incriminato che debba partecipare ad un vertice finalizzato a porre fine ad un conflitto in corso, nel quale la ricerca della giustizia ad ogni costo può impedire il processo di pace smentendo il noto motto «non c'è pace senza giustizia».

Confrontato con quanto detto in tema di immunità, il cd. caso Almasri si caratterizza per la sua relativa semplicità.

La mancata cooperazione con la corte qui sembra davvero ingiustificata, tanto da farla ritenere espressiva di una sorta di *spirito del tempo* che diffida dello stato di diritto, dell'intervento contenitivo della giustizia internazionale e dei suoi organi rispetto alle politiche dei governi eletti.

La gestione di quella vicenda si segnala per una certa singolarità.

Come sapete, il ricercato era stato tratto in arresto in esecuzione di un mandato della Corte penale internazionale per crimini di guerra e contro l'umanità, mandato che, a mio parere, poteva essere convalidato senza l'intervento del ministro, che la legge di attuazione dello Statuto di Roma (legge n. 237 del 2012) e lo stesso Statuto chiamano in causa soltanto per la decisione finale di consegna.

Per espressa previsione della citata legge di cooperazione, l'arresto poteva essere eseguito e convalidato sulla base delle norme di materia di estradizione, espressamente richiamate dall'art. 3.

È invece accaduto che la Corte di Appello di Roma, senza che il soggetto fosse neanche tradotto, lo ha liberato sulla base di uno scambio epistolare intercorso tra il procuratore generale e la corte d'appello, sollecitato da un'istanza di scarcerazione della Difesa, nel quale il Procuratore generale riteneva necessario attendere una sorta di nulla osta ministeriale che la legge non prevede, almeno in quel momento della procedura.

A questa fase ha fatto seguito la giustificazione politica della mancata iniziativa ministeriale, nella quale il ministro si appropria di compiti di valutazione che lo statuto non riconosce neanche al giudice nazionale, come quello che attiene alla sussistenza dei gravi indizi. Poi il Ministro avanza un dubbio sulla giurisdizione della Corte che, sempre secondo lo Statuto, avrebbe dovuto

essere segnalato dall'interessato e canalizzato davanti alla corte d'appello, la quale poi avrebbe dovuto veicolarlo al ministro perché questi ne investisse la Corte penale internazionale, sola deputata a valutare la propria giurisdizione.

Concludendo e riportandomi alla mia esperienza di Capo di Gabinetto della Ministra della giustizia Cartabia, mi preme segnalare un certo disinteresse delle forze politiche di maggioranza e di opposizione per le questioni della giustizia penale internazionale, a partire dalla necessità di colmare l'annoso ritardo nell'implementazione della parte sostanziale dello Statuto di Roma che pure deve molto al contributo di giuristi italiani come Giuliano Vassalli, Flavia Lattanzi e Antonio Cassese. Con un'unica eccezione costituita dal partito radicale che, pur caratterizzato da indiscutibile afflato garantista, da tempo ci richiama alla necessità di attuare compiutamente lo Statuto e che ha partecipato, con un suo rappresentante ai lavori della Commissione Palazzo-Pocar istituita dalla Ministra Cartabia a questo scopo.

RAFFAELE PICCIRILLO



# VI.

## Il corpo migrante



# 1. Il corpo migrante

Le migrazioni sono un fenomeno pervasivo di corporeità, dalla loro genesi fino, in modo evidentissimo, ai loro effetti.

Il gesto migratorio ha origine in una scelta individuale del soggetto volta alla salvezza del corpo e della persona, consiste in un atto di sottrazione<sup>1</sup> rispetto ad una minaccia esterna che mette in pericolo la sua incolumità fisica del soggetto o comunque altri diritti fondamentali della persona. Al tempo stesso, il carattere macroscopico di questa minaccia (eventi bellici, fattori climatici o ambientali, condizioni politiche, economiche o sociali invivibili) rendono il fenomeno massivo dal punto di vista soggettivo: le migrazioni sono tanti corpi in movimento, masse di persone, flussi, con ogni implicazione che questo ha dal punto di vista dei paesi di partenza, di transito e di destinazione<sup>2</sup>.

La difficoltà e al contempo la necessità di tenere insieme queste due componenti, soggettiva individuale e soggettiva collettiva, ci spinge a interrogarci su una sintassi del fenomeno migratorio, a chiederci se disponiamo di strumenti intellettuali, prima ancora che culturali e poi giuridici, per leggerne la complessità.

La filosofia contemporanea ci offre in effetti strumenti per inquadrare il fenomeno migratorio come fenomeno di affermazione di soggettività: è un fenomeno che esprime appieno la concezione contemporanea del

soggetto nella sua collocazione intersezionale, un soggetto cioè che non può mai essere definito in senso statico né univoco, ed esprime la propria essenza solo nel mutamento, nel passaggio, nel punto di confine, nella relazione con altre soggettività e con altre sfere nell'esistenza.

Il fenomeno migratorio è invece tradizionalmente approcciato, nel discorso pubblico internazionale, in prospettiva strutturalista, guardato cioè nella sua dimensione di macrofenomeno, studiato e preso in considerazione nella sua interazione con altri macrofenomeni<sup>3</sup>, di volta in volta considerato come funzionale o disfunzionale rispetto ad una prospettiva di sviluppo e crescita globale<sup>4</sup>. A livello internazionale, come emerge

<sup>1</sup> Ampiamente sul tema cfr. *Le migrazioni tra ordine imperiale e soggettività*, curato da G. SIVINI, Soveria Mannelli, 2005.

<sup>2</sup> Per tutti si veda A. SAYAD, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano, 2002.

<sup>3</sup> A. SIMONCINI, *Sul governo dei migranti. Alcuni recenti studi in materia di migrazioni, confini e soggettivazione*, in *Storicamente*, 3 (2007), sottolinea il doppio limite dell'analisi funzionalista, che da un lato "presuppone l'integrale responsabilizzazione del migrante rispetto al progetto migratorio e alla propria capacità di adattamento verso le norme delle società di approdo, senza la quale vi sarebbe un'immediata ricaduta nella 'devianza'", e dall'altro "riduce i migranti ad esercito di riserva eterodiretto dal capitale metropolitano in un contesto di sviluppo ineguale e di dominio del centro sulle periferie".

<sup>4</sup> È quanto traspare dalla lettura dei documenti ufficiali di IOM (Organizzazione internazionale per le migrazioni, di cui si veda il World Migration Report 2024), Banca Mondiale (di cui si veda il World Development Report 2023, intitolato "Migrants, Refugees and Societies") e ILO (Organizzazione internazionale del lavoro, di cui si veda, tra le molte pubblicazioni dedicate al tema, quella del 2023 intitolata "Social innovation approaches to tackle labour exploitation and promote decent work"). Questi organismi internazionali approcciano la mobilità migratoria a livello mondiale come un fenomeno da favorire, o comunque un processo fisiologico a fronte delle disuguaglianze del contesto globalizzato, con un approccio razionale che, nel quadro macroeconomico, non soltanto giustifica la propria origine ma trova anche la propria funzione. In questa prospettiva, anche il rispetto dei diritti umani assume un ruolo funzionale

dallo stesso lessico delle organizzazioni che si occupano di migrazioni, questo approccio strutturalista è volto principalmente a valorizzare la popolazione migrante come elemento di riequilibrio di alcuni squilibri conseguenti alla globalizzazione, in senso demografico ma anche in senso lavoristico, come forza lavoro e quindi *risorsa*, in quella che è stata definita la “*cattura capitalistica del gesto migratorio*”<sup>5</sup>.

A livello nazionale, a questo approccio – che già porta le sue implicazioni in termini di segmentazione sociale a ribasso – si affianca quello che individua nei migranti (sempre al plurale) un fattore (ancora) disfunzionale in quanto potenzialmente espressivo di devianza, di competizione a ribasso sui diritti sociali e sulle risorse sempre più scarse destinate al welfare, di insicurezza, e quindi di destabilizzazione dell’ordine sociale, con ogni implicazione in termini di strumentalizzazione a fini elettorali e di derive securitarie.

Questa prospettiva innesca secondo i più accorti osservatori una trappola sapere/potere<sup>6</sup>: fare del fenomeno migratorio in sé oggetto di sapere sarebbe funzionale a fare dei migranti oggetto di potere. Ossia: teorizzare un concetto di popolazione migrante come entità rilevante nel quadro macroeconomico consente di preparare il terreno per una presa di potere su di essa<sup>7</sup>.

In tal modo, da impulso soggettivo di sottrazione, di autodeterminazione, la migrazione viene invece oggettivata come fenomeno macroeconomico, geopolitico, e parallelamente viene oggettivata la popolazione migrante come elemento tra altri, sottoposto a varie forme di gestione, regolazione, di controllo, di potere, in un quadro di governo globale dei fenomeni umani che evoca la categoria foucaultiana del biopotere<sup>8</sup>, ossia la pervasività del potere sugli elementi più vitali della soggettività umana.

Ed ancora, la forzata dicotomia tra un fenomeno migratorio (quello legale) buono perché utile, purché ordinato e governabile, ed uno (quello illegale) necessariamente nocivo, in quanto difforme, refrattario alla regolazione, semplifica eccessivamente il discorso, e questo atteggiamento non può che riflettersi sul regime giuridico che i nostri ordinamenti – parlo al plurale anche specificamente in senso verticale – vanno plasmando in materia.

In questo quadro, il corpo del migrante è un elemento concettuale capace di spostare il discorso dal piano eccessivamente teorico ed astratto fin qui descritto, rivelando l’essenza più materiale, umana, del fenomeno: corpo come oggetto della minaccia da cui origina la volontà di sottrazione, corpo come sede della soggettività che esprime

---

all’ordinata gestione dei flussi, come sottolinea A. VITALE, *Verso un ordine imperiale delle migrazioni*, in G. SIVINI, *Le migrazioni tra ordine imperiale e soggettività*, cit., 12, che opera anche una ricostruzione approfondita delle fonti, sebbene non aggiornata.

<sup>5</sup> A. SIMONCINI, *Sul governo dei migranti*, cit.

<sup>6</sup> G. COMISSO, *Migrazioni: la soggettività oltre il pensiero di Stato. Considerazioni critiche su La doppia assenza di Abdelmalek Sayad*, in G. SIVINI, *Le migrazioni tra ordine imperiale e soggettività* cit., 77.

<sup>7</sup> A. VITALE, *Verso un ordine imperiale delle migrazioni*, cit., pone il tema come relativo alla tensione tra uno “spazio di flussi territoriale”, che sono quelli delle merci, dei capitali, e dei

---

migranti se considerati come grandezze macroeconomiche, e uno spazio di luoghi, che sono gli stati nazionali e le loro economie e dinamiche interne.

<sup>8</sup> M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Milano, 1985, 128, su cui cfr. G. COMISSO, *Migrazioni*, cit., che in relazione alla portata pervasiva del potere regolatorio sottolinea come le componenti vitali e soggettive sfuggano continuamente alla costrizione e continuano a trovare rivoli di espressione, sebbene ciò non debba essere dato per scontato e richieda invece che pratiche di libertà e processi di soggettivazione si intreccino, aprendo al manifestarsi della “singolarità”, nella concezione deleuziana di dimensione immaginativa, memoria, desiderio all’interno del campo relazionale delle forze.

quella volontà di sottrazione, corpo che si mette in viaggio e quindi strumento di quella sottrazione, che si sottopone al tragitto migratorio, ai pericoli che lo caratterizzano, e che in questo tragitto – quando riesce a portarlo a termine, ossia quando arriva vivo – lascia indietro spesso dei pezzi del proprio corredo di persona (la propria cultura, i propri legami famigliari e sociali, i diritti e le tutele legate alla propria cittadinanza, talvolta i propri connotati anagrafici). Ed è poi ancora il corpo che si sottopone all'autorità del paese di approdo, chiedendo asilo, accoglienza, cure per le offese subite durante il viaggio, compensazione di esse; corpo che si sottopone così alle dinamiche economiche, sociali, strutturali di tale paese, intraprendendo un nuovo percorso a sua volta non privo di pericoli e trappole. Mettere a fuoco le forche attraverso cui deve passare questo corpo che si muove, che fugge, che approda, è il primo passo per una riflessione su come il diritto intercetta o dovrebbe intercettare questi passaggi.

Al contrario, a livello politico si assiste oggi ad un approccio apparentemente volto a rimuovere in prima battuta proprio il *problema* della presenza fisica del migrante, il lato che sembra essere quello più disturbante, per agevolare le successive misure di *controllo* e di *contrasto* del fenomeno. La *soluzione* albanese è emblematica: spostare i corpi, lasciando intatti e quindi irrisolti tutti i problemi giuridici sottesi all'accoglienza. O ancora, non far scendere i corpi dalla nave: l'importante è tenerli fuori, tagliare in radice – negandolo – il segmento più pruriginoso e complesso della questione. Ma qui il diritto si scontra con la realtà, non potendosi fare uno stralcio giuridico del corpo del migrante. E infatti gli strumenti che la politica ha adottato a questo fine entrano in contrasto con altri principi del nostro stesso ordinamento, per cui questi

strumenti si espongono a concreti dubbi di legittimità, come l'esperienza giudiziale ci dimostra, tanto in campo civilistico che in campo penalistico. Sarà quindi interessante esaminare con i nostri relatori come si presenta, in pratica, questo scenario.

Scenario influenzato in ampia misura dalla sintassi usata nel discorso collettivo – i toni, ma anche il lessico – che esprime un'avversione netta, dichiarata, per il fenomeno migratorio, basata su un dualismo manicheo io/altro, sulla ricerca di un colpevole esterno che evoca quasi categorie psicanalitiche. Questi toni si collocano deliberatamente in uno spazio culturale reazionario, conservatore, in uno spazio intellettuale anacronistico, che disconosce quelle evoluzioni concettuali cui ho accennato in apertura, nega la complessità del contemporaneo. È uno spazio fortemente semplificato quanto a logiche di funzionamento e di governo, come storicamente è accaduto ogni qualvolta si è cercato di imbrigliare la realtà in forme rigide ed imposte. Questa deriva culturale, come accennato, passa per una oggettivizzazione del migrante nel concetto di *massa*, di *flusso*: i corpi, tanti, diventano quasi indistinguibili, e ne consegue una spersonalizzazione, una disumanizzazione del migrante. Riportare l'attenzione sul concetto di soggetto individuale, di persona, consentirebbe di recuperare il corredo giuridico, anche costituzionale, che sulla persona è costruito.

C'è infatti un diritto costituito dall'impianto ordinamentale, normativo, che segue anche inevitabilmente logiche macroeconomiche, geopolitiche, purtroppo anche elettorali, un diritto che sempre di più ha un andamento programmatico, che si propone cioè di conformare, normandola, la realtà; c'è però anche un diritto concreto, nella sua attuazione quotidiana da parte di noi singoli operatori di giustizia, persone portatrici di

un bagaglio giuridico che è al tempo stesso un bagaglio culturale, che siamo chiamati ad utilizzare nei casi concreti sottoposti alla nostra attenzione. Si impone quindi in primo luogo agli operatori del diritto, attraverso la pratica quotidiana, di farsi carico di un cambio di prospettiva.

Noi conosciamo, del resto, un concetto giuridico, ma anche sociologico e filosofico, capace di tenere insieme una dimensione soggettiva individuale – soggetto che porta istanze, che è titolare di diritti – e una dimensione soggettiva collettiva – spazio comune in cui questi diritti interagiscono tra loro, si confrontano con il dato di fatto della coesistenza, della coabitazione in uno spazio-paese o in uno spazio-mondo. Questo concetto è quello di popolo. Il fenomeno migratorio intercetta il tema della democrazia, perché è un elemento che impatta sull'ordine socio-economico, è un “*fenomeno sociale totale*”<sup>9</sup>, che impone mutamenti, evoluzioni, riposizionamenti. Le migrazioni, proprio nella loro corporeità, forzano questo concetto: sono corpi che entrano nello spazio della convivenza, lo si voglia vedere (ed accettare) o meno. Passano la membrana epidermica di quel corpo collettivo, portano pezzi di DNA diverso.

Ragionare in termini di popolo come soggetto della democrazia, soggetto complesso che impone la complessità del meccanismo democratico, sposta il discorso su un piano incompatibile con quella sintassi semplificata di cui ho accennato (e che purtroppo pare oggi dominante). Questo po-

trebbe essere un punto di partenza per quel cambio di prospettiva che auspichiamo, e a cui speriamo oggi di avere almeno in parte contribuito.

SIBILLA OTTONI

---

<sup>9</sup> G. COMMISSO, *Migrazioni* cit., 92. Secondo l'autrice, ciò avviene attraverso le resistenze, sempre esistenti in quanto sempre possibili, ai meccanismi conformativi del potere, all'impossibilità quindi di trasformare il “*fenomeno sociale totale*” costituito dalle migrazioni in fenomeno integralmente gestibile, addomesticabile attraverso meccanismi di potere.

## 2. Considerate se questo è un uomo

Volevo aprire questo mio intervento con i noti versi di Primo Levi tratti dal libro “La tregua”, che mi permetto solo di evocare:

“Voi che vivete sicuri  
Nelle vostre tiepide case,  
Voi che trovate tornando a sera  
Il cibo caldo e visi amici:  
Considerate se questo è un uomo  
Che lavora nel fango  
Che non conosce pace  
Che muore per un sì o per un no.  
Considerate se questa è una donna,  
Senza capelli e senza nome  
Senza più forza di ricordare  
Vuoti gli occhi e freddo il grembo  
Come una rana d’inverno...”

I versi di Primo Levi mi sono venuti subito in mente quando ho ricevuto l’invito per questo prestigioso e coraggioso convegno e, allo stesso tempo, mi sono posto degli interrogativi che tuttavia già albergavano da tempo nel fondo della mia coscienza di magistrato già impegnato in una Procura di frontiera come quella di Agrigento.

Prima di svolgere una relazione tecnica, come si deve ad un convegno di questa importanza e spessore, mi sia consentita qualche riflessione non prettamente giuridica.

Innanzitutto, di chi è il corpo e il dolore del migrante? Della sua famiglia, da cui si è staccato? Della sua tribù e della rete di sostegno che lo ha accompagnato fin dall’infanzia fatta di amicizie, affetti, solidarietà, complicità? Del suo Stato di appartenenza spesso lacerato da conflitti interni e ancor più spesso contrassegnato da sopraffazioni di classe, razziali o sessuali?

A chi importa poi di questo dolore? Non certo ai trafficanti di esseri umani che riducono il suo corpo a merce di scambio e di infame guadagno. Non certo ai decidenti dello stato di frontiera che cavillosamente respingerà indietro questo corpo, oggetto disumanizzato e dolorante, trincerandosi dietro protocolli e direttive più o meno legittime.

In realtà il migrante è solo con il suo dolore mitigato da un barlume di speranza, speranza di una occasione e di una vita diversa.

In questa ingestibile solitudine va considerato che tra il dolore vivo, fisico e più spesso psichico, del migrante e la percezione di questo dolore in Occidente vi è un distacco culturale ma soprattutto empatico. I due dolori sono diversi, “altri” ed estranei. Riprendendo i versi di Primo Levi prima evocati, ho sempre paragonato, con una certa dose di imbarazzo, il freddo che i miei figli sentono con tanto fastidio al mare, in estate, sul mio bel gommone ritornando in spiaggia al tramonto, con il freddo della notte e delle onde del Canale di Sicilia patito dai migranti sul fondo di un barcone instabile, maleodorante di promiscuità e di gasolio.

E questo mi rimanda a corpi ustionati dalla nafta mischiata all’acqua marina, alle violenze sessuali e alle gravidanze indesiderate frutto di quelle violenze, di bambini che restano orfani durante la traversata e di madri che vedono annegare i propri bambini nella stessa tratta.

Potrei ancora continuare facendo riferimento alla infinita durata del “viaggio”, alle tante dolorose ed infinite soste subite nel caldo assetato del deserto e alle tante estor-

sioni subite ad ogni arresto ad opera di predoni senza scrupoli.

In questo contesto deve, allora, essere compreso fino in fondo cosa tragicamente significhi essere respinti al limitare delle acque territoriali italiane ed essere riaffidati alla c.d. guardia costiera libica.

Il dolore, io l'ho visto in faccia e potrei ancora stare qui a raccontarvi storie: da quella della donna violentata e del suo compagno che l'aveva difesa venendo "gambizzato" dai carcerieri libici. Potrei raccontarvi di quelli che si buttano in mare, senza sapere nuotare, pur di non essere rimandati indietro. O ancora, di quelli che sono morti quando avevano già avvistato la costa di Lampedusa e i soccorsi pur così vicini non sono mai arrivati.

Potrei parlarvi dei campi libici, della c.d. guardia costiera libica, della colpevole mancanza di serie indagini internazionali sulla tratta di esseri umani, di depistaggi e di criminalizzazione dell'attività delle ONG e di tanto altro.

Ma ora è il tempo di rispondere alle domande di questo tavolo e di fare qualche considerazione più marcatamente di carattere giuridico.

Un prima premessa: accanto, e con lo stesso grado di attenzione, ai profili securitari e di contenimento della immigrazione illegale, si deve tenere in debito conto che i migranti che attraversano una frontiera sono comunque titolari di diritti, ed in particolare, del diritto di chiedere asilo, di essere protetti da respingimenti di massa o che li espongano a gravi rischi per la loro persona e per i loro diritti fondamentali, da trattamenti inumani e degradanti e da detenzione arbitrarie.

Va, inoltre, tenuto in debito conto che i migranti che arrivano via mare sono titolari di diritti loro riconosciuti dalle antiche leggi del mare e più modernamente dalle

convenzioni di diritto marittimo quali la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, la convenzione UNCLOS, detta di Montego Bay, la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) e, non ultima, dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo.

Il problema di fondo è quindi garantire la sicurezza del Paese di ingresso, e della stessa Unione, e al contempo garantire i diritti fondamentali dei migranti.

Nonostante il controllo di legittimità della magistratura a volte sembri non assecondare le politiche governative sulla immigrazione illegale, o addirittura venga visto come un intervento antagonista alle politiche e agli obiettivi governativi, occorre considerare che la magistratura non deve invero assecondare alcuna scelta politica se non quando questa scelta politica sia codificata in provvedimenti legislativi rispettosi della cornice costituzionale e dei principi scaturenti dalle Carte sovranazionali.

Sul tema della *giustiziabilità* degli atti del pubblico potere è di recente intervenuta la Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili (ordinanza n. 17687/2024) che ha affermato: *"l'azione di Governo, ancorché motivata da ragioni politiche, non può mai ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale quando si ponga al di fuori dei limiti che la Costituzione e la legge gli impongono, soprattutto quando siano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini, o degli stesi stranieri, costituzionalmente tutelati"*.

Sotto altro aspetto, è opportuno che le Agenzie di frontiera e le forze di polizia preposte in Europa al controllo dei confini possano fare riferimento a mandati uniformi, chiari e trasparenti. È altresì necessario che tali procedure possano essere legittimamente sindacate da un giudice e democraticamente validate dalle organizzazioni

umanitarie e non governative che si occupano della tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Prima di procedere oltre mi preme ribadire ancora sul punto quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 105/01 la cui massima recita che “... *per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione, siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi problemi di sicurezza e ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale 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 esseri umani*”.

In questo contesto non può ignorarsi **l’ordinanza n. 17687/2024 delle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione** che rappresenta un importante arresto giurisprudenziale su temi di assoluta importanza relativi al controllo di legittimità della magistratura sulle azioni di contenimento governativo sull’immigrazione illegale.

Nell’ordinanza, che si occupa della richiesta di risarcimento danni *ex art.* 2043 Cod. civ. di un cittadino immigrato di un paese terzo che sosteneva di essere stato trattenuto illegittimamente dal 16.8 al 25.8.018 sulla nave della Guardia Costiera “Diciotti”, vengono affrontati e risolti aspetti controversi di alcuni concetti chiave sul contenimento dell’immigrazione illegale “via mare” quali la portata del c.d. **“atto politico”** e sua sindacabilità, di **“porto sicuro”** ed infine di **detenzione illegittima o senza titolo** che ove accertata consente, come nel caso in esame, ad avere diritto ad un risarcimento danno per fatto illecito della Pubblica Amministrazione.

L’ordinanza parte dall’assunto che **il divieto di approdo e sbarco imposto dall’autorità di governo ad alcuni migranti posti in salvo dalla nave della Capitaneria di Porto “Diciotti” non può considerarsi atto politico insindacabile dalla magistratura.**

Afferma la S.C. che l’atto con il quale è stato disposto **il divieto di approdo e sbarco è da considerarsi, al più, atto di alta amministrazione**, perché **l’atto politico** richiede due requisiti: uno soggettivo e l’altro oggettivo. Quello soggettivo richiede che l’atto promani da un organo di governo, quello oggettivo che l’atto sia “libero nel fine”, cioè che sia *“riconducibile a scelte supreme dettate da criteri politici, deve contenere cioè la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione”*. La nozione di atto politico è di stretta interpretazione e ha carattere eccezionale, ne consegue che le aree sottratte al sindacato giurisdizionale sono ristrette entro limiti rigorosi.

**La giustiziabilità dell’atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere che ne stabilisce limiti o regole di esercizio e per quella parte l’atto è suscettibile di sindacato.**

Ancora gli Ermellini hanno autorevolmente affermato che *“l’azione del Governo, ancorché motivata da ragioni politiche, non può mai ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale quando si ponga al di fuori dei limiti che la Costituzione e la legge gli impongono, soprattutto quando siano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini, o degli stranieri, costituzionalmente tutelati”*.

Fatte queste premesse i Giudici di legittimità hanno ritenuto che il rifiuto (peraltro non formalizzato in alcun atto amministrativo scritto) dell’autorizzazione allo sbarco dei migranti soccorsi in mare, protratto per

dieci giorni, non possa considerarsi quale atto politico sottratto al controllo giurisdizionale.

In realtà i Giudici, concludendo, affermano che si tratta di un **“atto amministrativo con finalità politiche”** ed io mi permetterei di aggiungere con finalità eminentemente elettorali.

In punto di fatto, poi, i giudici hanno ritenuto, sulla base di una segnalazione del Garante dei detenuti che il trattenimento dei migranti nell'occasione sia stato, per le modalità concrete con cui è avvenuto, una vera e propria limitazione della libertà personale dei migranti.

Quanto al **concetto di “porto sicuro”**, cui i migranti avevano diritto ad accedere sulla base delle convenzioni di diritto marittimo richiamate, la S.C., ribadendo la precedente giurisprudenza formatasi nel noto caso di Carola Rackete, ha affermato che *“per luogo sicuro si intende un luogo in cui sia garantita non solo la sicurezza – intesa come protezione fisica – delle persone soccorse in mare, ma anche il pieno esercizio dei loro diritti fondamentali, tra i quali, ad esempio, il diritto dei rifugiati di chiedere asilo ...”*. In tema di “porto sicuro” la Cassazione ha escluso che la nave stessa possa essere considerata un P.O.S. se non temporaneamente, precisando altresì che in forza della Direttiva SOP, **l'indicazione del POS costituisce un atto amministrativo endo-procedimentale dovuto, privo di discrezionalità nell'an**. In capo agli Stati residua, secondo quanto affermato dai giudici di legittimità, un margine di discrezionalità tecnica solo ai fini dell'individuazione del punto di sbarco più opportuno ed eventuali ritardi possono essere giustificati solo alla luce della necessità di individuarne uno adeguato alle esigenze che, caso per caso, si dovessero presentare.

Importante è sottolineare che la Cassazione, dopo avere ricordato la prevalenza delle norme internazionali sull'obbligo del soccorso in mare sulle leggi dello Stato, arriva ad affermare che *“tanto la Convenzione SAR, quanto la Convenzione SOLAS, come interpretata dalla dottrina maggioritaria, prevedono un **dovere di attivazione sussidiario in capo agli Stati che ne sono parte**, nel senso che la mancata attivazione dello Stato competente impone agli altri Stati di collaborare per supplire alle necessità dei naufraghi e per portarli in salvo, e ciò a prescindere dalla nazionalità della nave che opera il salvataggio e, dunque, dai doveri dello Stato di bandiera”*.

**In tema di detenzione illegittima** la Suprema Corte, pur dando atto che l'art. 5 par. 1 lett. f) della CEDU ammette eccezionalmente la privazione della libertà personale nella peculiare ipotesi in cui si tratti di 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 di espulsione o di estradizione, esclude che il trattenimento a bordo di una nave della Guardia Costiera di migranti non ancora compiutamente identificati, possa essere inquadrato nell'ambito di procedimenti di espulsione o di estradizione. Nega infatti la Corte che tale trattenimento possa trovare copertura sovranazionale ai sensi del richiamato art. 5 par. 1 lett. f) CEDU.

**La Corte ricorda che ogni arresto o detenzione, comunque denominata, debba avere una base legale nel diritto interno e, in via prioritaria, nella Costituzione**. Occorre, cioè, che via sia una copertura legislativa alla privazione della libertà personale e che tale privazione scaturisca da un provvedimento giudiziario o da una successiva convalida di provvedimenti urgenti da parte di un giudice. Oc-

corre inoltre, sempre secondo i giudici, un provvedimento individuale, motivato, regolarmente notificato in modo da assicurare un immediato controllo giurisdizionali sui requisiti giustificativi della misura.

In tema di detenzione illegittima, inoltre, la Corte ha richiamato la sentenza **Khlaifia vs Italia** in cui la Corte EDU ha censurato il trattenimento di alcuni migranti tunisini a bordo di una nave ormeggiata nel porto di Palermo per effetto di un atto dell'Esecutivo senza alcuna base legale nel diritto interno e senza che i migranti potessero averne contezza e prevedibilità.

A questo punto sarebbe opportuno valutare **“Il nuovo Patto su Immigrazione e Asilo, le procedure accelerate di frontiera e le nuove regole per fronteggiare situazioni di crisi e forza maggiore”** come messo a punto dai tecnocrati dell'Unione Europea.

Pacchetto normativo piuttosto complesso e fortemente connotato da una ideologia securitaria e difensiva e sui cui si sono appuntate le critiche delle maggiori organizzazioni umanitarie; ma temo che i tempi di discussione non siano compatibili con questa Tavola rotonda e, pertanto, faccio rimando ad altro mio scritto sull'argomento.

Appare opportuno ricordare, tuttavia, quanto **“l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione”** ha focalizzato in un suo importante documento:

- **Garantire ai cittadini stranieri un accesso pieno ed effettivo alle procedure di protezione internazionale, alle connesse garanzie di difesa e di tutela giurisdizionale**, rifiutando l'adozione delle procedure accelerate di frontiera e assicurando il rispetto del diritto di asilo costituzionalmente garantito.
- Prevedere che i richiedenti asilo abbiano, per tutta la durata dell'esame della loro domanda di asilo, in sede amministrativa

e giurisdizionale, un **diritto di regolare soggiorno nel territorio** dello Stato che esamina la loro domanda di asilo, con conseguente **diritto a condizioni di accoglienza dignitose, in strutture diffuse di piccole dimensioni, e ad accedere a percorsi di istruzione, formazione e inserimento sociale, con particolare attenzione alla condizione dei minori.**

- **Garantire il pieno diritto ad un ricorso effettivo per i richiedenti protezione internazionale a tutti i livelli**, in particolare assicurando che i ricorsi contro il rigetto della domanda di asilo abbiano sempre **effetto sospensivo**. Rifiutare l'introduzione di norme volte a limitare la possibilità di ricorso giurisdizionale contro decisioni di allontanamento, nei casi di rigetto delle richieste di protezione.
- **Rifiutare l'introduzione di meccanismi di gestione delle situazioni di “crisi migratoria” che comportino la contrazione dei diritti** dei cittadini stranieri e dei richiedenti asilo, e un'espansione delle forme di trattenimento e confinamento.
- **Stabilire meccanismi veloci di effettiva ripartizione della responsabilità** di accoglienza e di esame delle domande di asilo tra gli Stati membri che tengano conto dei legami sociali, delle possibilità di inclusione e della volontà dei richiedenti asilo.
- **Aumentare i canali di accesso e permanenza regolari in Europa** attuando una politica dei visti adeguata e facilitando l'accesso al territorio dell'Unione europea per coloro che sono stati costretti a lasciare il loro Paese di origine, sospendendo ogni politica di esternalizzazione delle frontiere e del diritto di asilo e ogni

accordo finalizzato al contenimento dei flussi con paesi di origine e transito.

- **Rafforzare e rendere vincolanti per gli Stati i programmi di reinsediamento** dei rifugiati bloccati in Paesi terzi tramite l'adozione di apposito Regolamento che preveda quote annuali, procedure rigorose e garanzie che limitino la discrezionalità degli Stati; il medesimo Regolamento dovrebbe altresì prevedere una disciplina per il rilascio di visti di ingresso nella UE per motivi umanitari.
- Predisporre operazioni europee di ricerca e soccorso in mare, superare le e politiche che criminalizzano le ONG coinvolte nelle operazioni SAR e che ne ostacolano il lavoro, attraverso norme vincolanti e l'istituzione di chiari meccanismi di cooperazione tra istituzioni e ONG al fine di garantire che le persone soccorse dalle organizzazioni della società civile sbarchino immediatamente nel più vicino porto sicuro europeo.

### Conclusioni

Dopo queste disordinate considerazioni giuridiche, venendo alla conclusione di questo intervento, volevo solo sottolineare che ci sono professioni, come quella del magistrato, che nel suo operare si imbatte spesso nel dolore della gente, degli utenti della giustizia, innocenti o colpevoli che siano, dei condannati, dei migranti, degli sfruttati e di tutti quelli che sono usati dalla società del consumo e della negazione – come abbiamo visto nelle varie sezioni di questo convegno – che vanno interpretate con “militanza”.

Interpretare il ruolo con militanza significa che non si può stare inerti dietro una scrivania a gestire queste dolorose ed irrisolte complessità, ma che occorre operare con sentimento, con compassione, nel senso latino del termine di “prendere sofferen-

za insieme”, pur all'interno di una robusta rete di riferimento legislativo a partire dalla Costituzione repubblicana fino ai principi enunciati nelle principali carte sovranazionali e nei trattati internazionali.

Un magistrato “militante” è un magistrato fiero del suo ruolo, autonomo, indipendente, non piegato sulle presunte imposte preminenti esigenze securitarie, piuttosto vigile sui diritti fondamentali dell'uomo, cittadino o straniero che sia.

LUIGI PATRONAGGIO

# 3. Scelte politiche e diritti dei migranti. Come il potere può diventare l'antagonista della libertà del corpo

**SOMMARIO:** 1. *Ius migrandi* e politiche migratorie. – 2. Le dimensioni del corpo ferito e del corpo sfruttato. – 3. Le dimensioni del corpo da salvare. – 4. Lo statuto costituzionale del migrante. – 5. Le dimensioni giuridiche dell'emarginazione sociale.

## 1. *Ius migrandi* e politiche migratorie.

Molteplici ed eterogenee le dimensioni dell'interazione tra *diritto* e *corpo migrante*.

Per circoscriverne l'operatività, ai fini delle presenti riflessioni, appare necessaria una premessa terminologica.

Per *diritto* si intende sia quello oggettivo, interno e sovranazionale, sia quello soggettivo, disarticolato in tutte quelle diverse e poliedriche pretese che diventano situazioni giuridiche, per effetto delle garanzie poste dal diritto oggettivo.

Per *corpo migrante*, si intende sia il singolo, vale a dire, il migrante isolatamente considerato, tenuto conto delle sue personali vicissitudini, sia la collettività, ossia il c.d. fenomeno migratorio.

Constatata l'eterogeneità delle prospettive da cui muove l'indagine, a fronte della diversità dei termini del rapporto, le forme di interazione tra diritto e corpo migrante appaiono complesse e poliedriche.

Una prima forma si sviluppa sul piano storico e in una prospettiva sociale prima ancora che giuridica, posto che la migra-

zione è sempre esistita. È stata al centro di grandi narrazioni mitologiche e religiose, spesso inserita in un disegno divino, per consentire di cogliere il significato stesso dell'esistenza, mediante l'attraversamento di frontiere materiali e immateriali.

Pur rilevando che ogni migrazione si contraddistingue per un qualcosa di originale e diverso<sup>1</sup>, è comunque indubbio che essa abbia caratterizzato in modo costante la storia dell'umanità, tanto da spingere a constatarne la sua "normalità" nel tempo e nello spazio<sup>2</sup>.

Sul piano giuridico, l'interazione tra diritto e corpo migrante prende forma con lo *ius migrandi* che, in quanto diritto naturale e universale, affonda le sue radici nel diritto internazionale<sup>3</sup>. Astrattamente

---

<sup>1</sup> Sul tema, cfr., più ampiamente, S. ALLIEVI - G. DELLA ZUANNA, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Roma-Bari, 2016, 3 ss.

<sup>2</sup> Più approfonditamente, V. CALZOLAIO - T. PIEVANI, *Libertà di migrare*, Torino, 2016.

<sup>3</sup> Sull'argomento, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 349, ricorda che, ancor prima della teorizzazione hobbesiana del diritto alla vita e di quella lockiana dei diritti di libertà e di

ricostruito come pretesa soggettiva meritevole di tutela già sul finire del XVI secolo, lo *ius migrandi* viene espressamente sancito all'art. 13 comma 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ove si legge che «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese», all'art. 2 del Protocollo 4 addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ove si legge che «ognuno è libero di lasciare qualsiasi paese compreso il suo», e poi, sul piano nazionale, consacrato all'articolo 35, comma 4, della Costituzione italiana, nella parte in cui si riconosce «la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale».

Come noto, l'enunciazione di un diritto, sia pur in un sistema multilivello di Carte, non è di per sé soddisfacente. Occorre che, oltre al riconoscimento, sia assicurata una garanzia effettiva, con adeguati e proporzionati strumenti, per evitare che il diritto rimanga lettera morta, pregiudicando l'interesse, del singolo e/o delle collettività, sotteso all'avvenuto riconoscimento.

Data tale premessa, si comprende il motivo per cui la proclamazione giuridica dello *ius migrandi* si è rivelata nel tempo parziale e a tratti incompiuta<sup>4</sup>. Alla libertà di emigrazione non corrisponde infatti un diritto all'immigrazione, vale a dire non vi è il «diritto di entrare nel territorio di uno Stato diverso da quello in cui si ha la cittadinanza»,

perché «il paradigma è sempre stato ed è ancora oggi quello dello Stato nazionale e dei suoi confini»<sup>5</sup>.

Ecco allora che, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta «un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio. (...). La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è, difatti, «collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione» (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla «sostenibilità» socio-economica del fenomeno»<sup>6</sup>. Incontestabile, dunque, l'ampia discrezionalità di cui gode lo Stato nel gestire i flussi migratori, fermo restando il limite della ragionevolezza.

È proprio sulla base di tale riserva di legge che si sono sviluppate nel tempo le politiche nazionali sul controllo delle frontiere<sup>7</sup>. Non solo in Italia, ma in tutti i Paesi, come estrinsecazione della sovranità statale<sup>8</sup>.

proprietà quali ragion d'essere del contratto sociale e dell'artificio statale, il teologo spagnolo Francisco de Vitoria configurò lo *ius migrandi* (...) come un diritto universale, derivandolo da un altro diritto – lo *ius communicationis ac societatis* – e ponendolo a fondamento del nascente diritto internazionale.

<sup>4</sup> Per tale orientamento, cfr. AA.VV., *Ius migrandi*, a cura di M. GIOVANNETTI - N. ZORZETTI, 2020.

<sup>5</sup> Così, L. MONTANARI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri*, in *Federalismi*, 2019, 66.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 250 del 2010.

<sup>7</sup> Sul tema, cfr. G. ROMEO, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *Federalismi*, 2019, 13 ss.

<sup>8</sup> Sul tema, *ex plurimis*, M. FRANCO, *L'assedio. Come l'immigrazione sta cambiando il volto dell'Europa e la nostra vita quotidiana*, Milano, 2016; D. QUIRICO, *Esodo. Storia del nuovo millennio*, Vicenza, 2016.

## 2. Le dimensioni del corpo ferito e del corpo sfruttato.

In tale contesto, il diritto sul corpo diventa la chiave per comprendere la condizione dei migranti, perché incarna la molteplicità dei profili in cui si sviluppa l'intersezione – *rectius*, il bilanciamento – tra diritti fondamentali dell'uomo migrante e politiche migratorie dello Stato sovrano.

Tutto ruota attorno al modo in cui viene disciplinato il rapporto tra sicurezza nazionale e diritti umani, ovvero, tra noi e l'altro.

Proprio con riguardo all'altro, al migrante, riflettere sul corpo significa esaminarne le peculiarità, in quanto oggetto e soggetto.

Cominciamo dall'oggetto.

L'oggetto presenta almeno due dimensioni: quella del *corpo ferito* e quella del *corpo sfruttato*.

Il corpo ferito, come oggetto di violenze, di sofferenza, di lutti, emerge in almeno tre contesti: in viaggio, in frontiera, nel Paese di destinazione.

Le ferite del corpo *in viaggio* si sviluppano sul piano psico-fisico: il mezzo di trasporto con cui viaggiano i migranti non è certo una nave, non è una barca, spesso un gommone o al più quella che, nel gergo nautico, prende il nome di caicco, una sorta di imbarcazione di medie dimensioni, originariamente nata come peschereccio. A dir il vero, tale mezzo potrebbe anche rivelarsi abbastanza comodo, per un numero di passeggeri ridotto. Può diventare, invece, una trappola mortale, quando il numero di passeggeri supera i 150, come avvenuto nel naufragio di Cutro, lo scorso febbraio 2023.

Le ferite del corpo *in frontiera* si sviluppano poi sul piano psico-fisico, tramite forme di controllo biopolitico, efficacemente descritte come «manifestazioni del biopo-

tere dello Stato moderno»<sup>9</sup>, oppure tramite l'identificazione (mediante impronte digitali e dati biometrici che catalogano l'identità), la sorveglianza (ricorrendo a tecnologie di controllo che monitorano i movimenti) e la detenzione. La detenzione amministrativa dei migranti, in particolare, spesso attuata nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio (CPR), solleva gravi preoccupazioni in merito al rispetto dei diritti umani.

Come più volte ribadito dalla Corte di Strasburgo, infatti, la detenzione dovrebbe essere una misura eccezionale e qualora ad essa si ricorra, deve essere conforme al diritto internazionale che la prescrive, strettamente legata allo scopo perseguito, rispondente ai principi di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità<sup>10</sup>.

Eppure, i dati attestano che spesso si è davvero lontani da tali garanzie.

Secondo Amnesty International, la detenzione viene applicata in modo sistematico, spesso senza una valutazione individuale adeguata, violando gli standard internazionali<sup>11</sup>. Non di rado, poi, i Centri di permanenza presentano condizioni che violano la dignità delle persone detenute, con ambienti restrittivi, carenze igienico-sanitarie e limitazioni alla libertà personale.

Le ferite del corpo *nel Paese di destinazione* si sviluppano sul piano psico-fisico e affettivo.

<sup>9</sup> Sul punto, è a tutti noto il pensiero di Foucault che descrive come il potere si esprima non sul territorio ma sulla vita delle persone; cfr., *ex multis*, Id., *Securité, territoire, population*, Paris, 2004; trad. it., *Sicurezza, territorio, popolazione*, Milano, 2007, 88 ss.

<sup>10</sup> Più approfonditamente, cfr. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, 89

<sup>11</sup> Più approfonditamente, cfr. *Libertà e dignità: le osservazioni di Amnesty International sulla detenzione amministrativa di persone migranti e richiedenti asilo in Italia*, in <https://d21zrvtkxt6ae.cloudfront.net/public/uploads/2024/07/Libert%C3%A0-e-dignit%C3%A0-osservazioni-sulla-detenzione-amministrativa-delle-persone-migranti-e-richiedenti-asilo-in-Italia.pdf>.

In primo luogo, il rischio che il migrante sia sottoposto a trattamenti inumani o degradanti è talmente elevato che, secondo la Corte di Strasburgo, esso delegittimerebbe anche l'espulsione giustificata dalla pericolosità sociale del migrante stesso<sup>12</sup>. È principio ormai consolidato, peraltro, che il divieto di trattamenti inumani e degradanti è esteso anche ai casi in cui l'espulsione degli stranieri metterebbe questi ultimi a rischio "reale e dimostrato" per la vita e per la salute, a causa di cure mediche inadeguate nel paese di destinazione<sup>13</sup>.

Sul piano affettivo, la Corte europea è intervenuta, in più occasioni, per affermare l'opportunità di limitare l'espulsione degli stranieri, che abbiano trascorso gran parte della loro vita nel Paese "ospite", ai soli casi eccezionali di pericolo per la sicurezza dello Stato<sup>14</sup>, per ribadire che l'interferenza statale nella vita familiare del migrante deve essere proporzionata, rispetto al fine di prevenire la commissione di reati di natura violenta<sup>15</sup> e per rammentare che, in tema di ricongiungimento familiare, è prioritario accordare adeguate garanzie alla vita familiare e alla tutela del minore, anche a fronte di rilevanti interessi dello Stato<sup>16</sup>.

In questi diversi luoghi e tempi, altra costante che denota le ferite del migrante, dal viaggio al Paese di destinazione, passando per la frontiera è il suo corpo *silente*.

Testimonianze di chi offre supporto confermano quanto sia significativa l'immedesimazione tramite la traduzione. È così che l'interprete diventa la voce dell'altro, riesce a percepire con indubbia sensibilità il trauma che il migrante porta con sé, il dramma che spinge a una scelta di così indubbio coraggio.

La seconda dimensione del corpo migrante, come oggetto, emerge in ambito lavorativo e si palesa nella forma del *corpo sfruttato*.

La condizione del migrante è spesso incerta, fragile e perciò solo molto più facilmente fruibile, plasmabile. È per tale ragione che settori come l'agricoltura, l'edilizia, la ristorazione si reggono soprattutto grazie alla manodopera di quella che viene efficacemente definita una «subumanità sperimentale», ridotta a «strumento nella disponibilità assoluta del datore di lavoro»<sup>17</sup>. Ora, se da un lato appare evidente il contributo dei migranti alla tenuta finanziaria del Paese<sup>18</sup>, dall'altro è sempre più preoccupante la condizione lavorativa degli stessi, caratterizzata da evidente sfruttamento e grave pericolo<sup>19</sup>.

Basti pensare alla precarietà dei lavoratori stagionali, all'evidente sovraffollamento delle strutture ove risiedono, spesso finanche prive di servizi essenziali. Marginalizzazione sociale, discriminazione, lesioni alla dignità si aggiungono a quella situazione di

<sup>12</sup> Così, Cedu, *Saadi c Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, § 127.

<sup>13</sup> Così, Cedu, *D. v. Regno Unito*, 1997, ric. 30240/96, 2 maggio 1997.

<sup>14</sup> Cedu, *Bousarra c. Belgio*, ric. n. 25672/07, 23 settembre 2010.

<sup>15</sup> Cedu, *Joseph Grant c. Regno Unito*, ric. n. 10606/07, 8 gennaio 2009.

<sup>16</sup> Cedu, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Regno Unito*, ric. nn. 9214/80 e altri, 28 maggio 1985; Id., *Beldjoudi c. Francia*, ric. n. 12083/86, 26 marzo 1992. Più approfonditamente, sul tema, cfr. L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione giustizia*.

<sup>17</sup> Più approfonditamente, cfr. M. OMIZZOLO, *Sfruttamento lavorativo e caporalato in Italia: la profughizzazione del lavoro in agricoltura e il caso dei braccianti indiani dell'Agro Pontino*, in *Costituzionalismo.it*, 2020; F. MONTANI, *Intervista al professore Marco Omizzolo su immigrazione e accoglienza*, in *www.giovanuniuniversitariparlamento.it*, 28 febbraio 2025.

<sup>18</sup> Spesso, peraltro, sottovalutato, come rilevato da G. ROMEO, *Diritti fondamentali e immigrazione*, cit., 13.

<sup>19</sup> Sul tema, M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano – Una prospettiva giuslavorista*, Bari, 2017.

già evidente vulnerabilità, esponendo i migranti a gravi rischi non solo per la tenuta dei diritti, per la salute, ma alle volte per la vita stessa.

Ricordiamo tutti la tragica morte dell'operaio agricolo che ha perso il braccio a Latina ed è stato abbandonato dal padrone come un rifiuto davanti casa sua, lo scorso giugno 2024.

Gli stranieri hanno un tasso di mortalità sul lavoro significativamente più alto, pari a circa il 74,2% di morti ogni milione di occupati, rispetto agli italiani, la cui percentuale si assesta attorno al 29,7%.

Quando, poi, non è la vita o la condizione di salute a preoccupare, le ferite del corpo sfruttato affiorano sul piano retributivo: le donne straniere in Italia, pari a quasi 2,6 milioni, hanno una retribuzione inferiore sia agli uomini che alle donne. Paradigmatico esempio di una forma di discriminazione intersezionale, ovvero caratterizzata dall'intersezione tra diverse forme di discriminazione, sesso e razza, nel caso di specie<sup>20</sup>.

### 3. Le dimensioni del corpo da salvare.

A fronte di un panorama sì destabilizzante e preoccupante, segnato da molteplici dimensioni di sofferenza emerge l'esigenza di guardare al corpo migrante come a un *corpo da salvare*, ovvero come a un corpo che, soggetto di diritti, è meritevole di tutela, *rectius*, di tutele.

Riconoscere e decidere di affrontare le sfide che l'immigrazione implica da tale prospettiva significa ispirarsi alla solidarietà, quale principio cardine dello Stato democratico, per scegliere la più adeguata strategia politica che sia in grado di bilanciare sicurezza nazionale e diritti del corpo migrante. Bilanciamento che non può certo avvenire insistendo sulla leva punitiva nei confronti degli immigrati, celandosi dietro l'esigenza di salvaguardare la democrazia.

D'altra parte, non è l'arrivo di migranti che crea disordine e insicurezza, ma l'incapacità di gestire il sistema di accoglienza, da un lato, la criminalità organizzata che spesso opera dietro il fenomeno migratorio, dall'altro.

Eppure, la politica continua spesso ad alimentare questo equivoco, nella regolazione del rapporto tra sicurezza e diritti. Ed è proprio su questo equivoco, che il Consiglio d'Europa si è pronunciato nel maggio 2025, in risposta a una lettera aperta firmata dal Primo Ministro Italiano e da altri otto Capi di governo che, sulla base dell'assunto per cui «sicurezza e stabilità delle nostre società devono avere la massima priorità», criticavano le decisioni con cui la Corte europea aveva bloccato l'espulsione e la sorveglianza di stranieri giudicati pericolosi.

Se è vero che «in una società governata dallo Stato di diritto, nessun organo giuridico dovrebbe subire pressioni politiche, a maggior ragione, le istituzioni che proteggono i diritti fondamentali non possono piegarsi ai cicli politici». Questa la risposta del Consiglio d'Europa, aggiungendo che «è per tale ragione che di fronte alle complesse sfide di oggi, il compito delle istituzioni non è quello di indebolire la Convenzione, di far retrocedere i diritti dei più vulnerabili, rispetto alla sicurezza dei più numerosi, ma di mantenere la Cedu forte e pertinente per garantire l'equilibrio tra libertà e sicurezza, tra giustizia e

<sup>20</sup> Per un approfondimento, cfr. M. D'AMICO, *La mappa dell'intolleranza 8: un invito alla riflessione sui diritti umani nello scenario internazionale?*, in *Vox, Osservatorio italiano sui diritti*.

responsabilità. Questa è l'eredità ricevuta e il dovere che va adempiuto»<sup>21</sup>.

La sicurezza non è, né può essere, al di sopra di tutto<sup>22</sup>.

Garantire che le diverse, molteplici e crescenti domande di sicurezza trovino risposte adeguate e ragionevoli, entro «le direttrici di orientamento del quadro costituzionale», significa ponderarle con i diritti di libertà, in maniera equilibrata e alla luce del «canone che configura la libertà come regola e la sicurezza come l'eccezione»<sup>23</sup>. Anzi, v'è di più. «Libertà e sicurezza non sono tra loro negoziabili»: la scelta di una, rispetto all'altra «è una falsa scelta, poiché la sicurezza non è un fine in sé, ma piuttosto uno strumento per accrescere le libertà»<sup>24</sup>. Libertà e sicurezza non sono necessariamente in conflitto, «non sono separati, ma in qualche modo devono intrecciarsi, l'una ha bisogno dell'altra»<sup>25</sup>. Così concepita, la sicurezza «è un elemento rafforzativo, un connotato della libertà»<sup>26</sup>. Sarebbe quindi paradossale limitare, pregiudicare, arrivando finanche a soffocare i diritti di libertà, nelle loro molteplici espressioni, per garantire più sicurezza<sup>27</sup>.

## 4. Lo statuto costituzionale del migrante.

È lungo dette coordinate che si sviluppa, tramite l'interpretazione sistematica della Carta fondamentale, lo statuto costituzionale del migrante.

Come noto, ogni disposizione non vive come monade isolata, ma va letta nel contesto in cui nasce, cresce, evolve. Ecco allora che le disposizioni costituzionali relative al fenomeno migratorio vanno interpretate conformemente all'intero testo costituzionale, ai vincoli derivanti dall'Ue e agli obblighi internazionali.

Proprio questa lettura ha consentito di superare quell'interpretazione meramente letterale delle disposizioni che circoscrivono alcuni diritti ai soli cittadini, ai soli lavoratori, estendendo così ad ogni migrante la garanzia di alcuni diritti fondamentali<sup>28</sup>.

I diritti inviolabili, in primo luogo, *ex art. 2 Cost.* Si tratta di tutti quei diritti che la Repubblica riconosce all'uomo, come singolo o nelle formazioni sociali, tra cui il diritto alla vita, alla dignità, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, il rispetto della vita familiare e privata, il diritto di asilo<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Per una efficace ricostruzione della vicenda, cfr. L. ACCONCIAMESSA, *L'interpretazione della Cedu, tra universalismo, volontà degli stati parte e indipendenza della corte di Strasburgo: la "lettera aperta" del 22 maggio 2025*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2025.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul tema, ci sia consentito rinviare a G. PISTORIO, *La sicurezza giuridica. Profili attuale di un problema antico*, Napoli, 2021, 104 ss.

<sup>23</sup> In tal senso, cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in P. Ridola, R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 119 ss.

<sup>24</sup> Così, cfr. G. CERRINA FERONI - G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 41. Cfr. anche T. FENUCCI, *Alcune considerazioni sul diritto fondamentale alla sicurezza*, in J. Isensee, *Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito dei doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*. Traduzione a cura di T. FENUCCI, Napoli, 2017, 13.

<sup>25</sup> Per tale ricostruzione, cfr. A. D'ALOIA, *La sicurezza tra i diritti*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, 1097 s.

<sup>26</sup> Così, A. D'ALOIA, *La sicurezza tra i diritti*, cit., 1097.

<sup>27</sup> Sul punto, si rinvia anche alla tesi di C. MOSCA, *La sicurezza*

*come diritti di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Padova, 2012, 44, volta a configurare, sulla base di tale impostazione, persino un diritto soggettivo alla sicurezza.

<sup>28</sup> Rispetto alla ricchissima bibliografia, relativa allo studio della giurisprudenza costituzionale in tema di immigrazione, cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storica costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007; A.A.Vv., *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI - C. SALAZAR - A. SPADARO, Napoli, 2016; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 41 ss.

<sup>29</sup> Per un commento alle prime decisioni della giurisprudenza costituzionale in tal senso, cfr. *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*. Quaderno predisposto in occasione dell'accordo trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola

Rientra poi, indiscutibilmente, nello statuto costituzionale del migrante, il principio di eguaglianza. Al di là del dato testuale, esso si riferisce a cittadini, stranieri, apolidi, come efficacemente affermato dal giudice costituzionale sin dalla sentenza n. 120 del 1967.

Nessun dubbio sull'annoverare tra le garanzie da apprestare al corpo migrante la libertà personale di cui all'art. 13 Cost., e di tutte le garanzie in esso previste, perché «il carattere universale della libertà personale non può essere minimamente scalfito dall'esigenza di risolvere problemi di sicurezza o di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati»<sup>30</sup>.

Incontrovertibile, poi, il riconoscimento del diritto all'istruzione e, *a fortiori*, nell'ambito dei diritti sociali, del nucleo essenziale del diritto alla salute. Indicativa, a tal riguardo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in base alla quale, «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva comunque la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute, protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»<sup>31</sup>.

Rispetto agli altri diritti sociali, è fondamentale valutare la ragionevolezza delle scelte del legislatore, partendo dal presup-

posto che non può essere il solo *status* di immigrato, di straniero, di non cittadino, a giustificare diversità di trattamento, se non vi è una correlazione con la *ratio* della disciplina in oggetto. Emblematica, in tale contesto, la decisione n. 432 del 2005, ove la Corte costituzionale ha ritenuto che «distinguere i cittadini italiani dagli immigrati, ai fini del riconoscimento dell'uso gratuito dei mezzi pubblici, finisce per introdurre nel tessuto normativo elementi di distinzione del tutto arbitrari, non essendovi alcuna ragionevole correlabilità tra la condizione positiva di ammissibilità al beneficio (ovvero la cittadinanza e gli altri requisiti che ne condizionano il riconoscimento) e la *ratio* ad esso sottesa».

In altri termini, se da un lato esiste un nucleo duro di spettanza di diritti riconosciuti alla persona in quanto tale, dall'altro occorre effettuare un controllo di ragionevolezza sulle scelte del legislatore rispetto alle prestazioni che possono essere oggetto di differenziazione.

È in tal contesto, ad esempio, che si inserisce la valutazione del giudice costituzionale rispetto al criterio della residenza, alle volte ragionevole, ora del tutto arbitrario se «non finalizzato a valorizzare il legame con la comunità politica locale ma espressione della costruzione di patrie sempre più piccole ed escludenti»<sup>32</sup>.

Interessante poi, il criterio dell'appartenenza al territorio, quale fondamentale paradigma per l'estensione di alcuni doveri – tra i quali, il servizio militare agli apolidi, il servizio civile degli stranieri – constatato che precludere ai cittadini la possibilità di

e portoghese, a cura di S. MAGNANENSI - P. PASSGLIA - E. RISPOLI, Madrid, 25-26 settembre 2008.

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 105 del 2001.

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 252 del 2001. Sul tema, cfr. L. MEZZETTI, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2018.

<sup>32</sup> Emblematica, in tale contesto, la dichiarazione di illegittimità della misura volta a consentire la possibilità del gratuito patrocinio ai soli cittadini veneti. Sul punto, cfr. Corte cost., sent. 81 del 2017.

adempierli determinerebbe «un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza»<sup>33</sup>.

## 5. Le dimensioni giuridiche dell'emarginazione sociale.

L'esigenza di garantire un'integrazione nella comunità di accoglienza fa riflettere sul fatto che la costruzione dello statuto costituzionale del migrante ruota attorno alla dimensione del corpo come soggetto, come titolare di quei diritti (e doveri) che, sanciti in Costituzione, vanno garantiti mediante un ragionevole bilanciamento tra l'impostazione valoriale che pone l'uomo al centro della società e i bisogni di sicurezza.

Ora, se è vero, come acclarato dallo statuto costituzionale del migrante, che il diritto nasce anche per garantire la tutela del corpo, alle volte è proprio il corpo che rischia di essere strumentalizzato dai soggetti. È così, dunque, che il potere può rivelarsi il vero antagonista della libertà del corpo.

D'altra parte, che le scelte della politica incidano sulle migrazioni non è certo una novità. Tutt'altro. È stata la premessa di tali riflessioni. Tuttavia, desta sgomento e preoccupazione constatare ancora oggi che, nonostante le affermazioni di principio, le significative limitazioni dei diritti a nocimento dei migranti, abbiano indebolito il quadro dei diritti proprio nei confronti di quei soggetti più deboli, gli immigrati, nel momento di maggiore vulnerabilità, in viag-

gio, frontiera, all'arrivo nel Paese di destinazione.

Il termine migrante, quando non seguito da specificazioni, attiva istantaneamente una serie di pregiudizi, culturali, razziali, sociali, che spesso fanno dimenticare o sottovalutare l'umanità dietro questa etichetta. Anzi, spesso sono proprio le politiche migratorie a generare una profonda marginalità nei confronti delle categorie di migranti, aggravando la delicata condizione in cui tali soggetti vivono e spingendo dunque a parlare di «fabbrica politica della marginalità migrante»<sup>34</sup>.

Il migrante è spesso identificato nell'«Altro assoluto» e perciò solo oggetto di emarginazione. Emarginazione che opera su almeno due piani.

Innanzitutto, geografico e cronologico. Spesso, è proprio negli spazi del margine che viene scritta la storia dei migranti. È al «confine» che essi vivono. Estromessi dalla linea del tempo che scorre per gli altri, vivono nel limbo di un tempo sospeso: è il tempo della speranza prima dell'attraversamento, delle soste nei campi profughi e nei centri di permanenza, delle attese nelle prefetture.

Sul piano giuridico e sociale, l'emarginazione si realizza a compimento del processo di criminalizzazione. Se la frontiera protegge dall'altro, l'attraversamento della stessa ad opera del migrante diventa causa di pericolo.

Ecco allora che il migrante diventa minaccia all'ordine pubblico, all'identità nazionale, alle finanze dello Stato, alla sicurezza pubblica.

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 119 del 2015.

<sup>34</sup> COSÌ, S. DJEBBI - E. FOTI - F. MAZZOCCHIO, *Migrazioni ai margini*, in *Dialoghi*, 3/2024.

Così facendo, peraltro, il piano *individuale* del migrante, quale persona, si confonde con il piano *collettivo* del fenomeno migratorio.

Due, le conseguenze destabilizzanti. Viene occultata nella dimensione collettiva, l'esistenza di posizioni giuridiche soggettive che connotano la persona: il migrante perde la propria individualità nella folla dei migranti. È rispetto alla folla dei migranti, poi, che si sviluppa l'esigenza di proteggere il territorio. Esigenza che, dietro la falsa chimera della sicurezza, spinge a scelte contraddittorie, se non di vera e propria chiusura nei confronti del migrante, dell'essere umano, della sua dignità.

Diversi gli esempi che, in merito al rapporto tra sicurezza e diritti, emergono sul piano nazionale.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al diniego dell'ingresso ai porti per le navi che portano migranti clandestini, alle norme che puniscono il soccorso in mare qualora volto all'agevolazione dell'immigrazione clandestina<sup>35</sup>. Guardando alle prassi, poi, si pensi alle soluzioni adottate, nonostante le norme interne ed internazionali, come nel caso del trattenimento nell'agosto 2018, di oltre 100 migranti salvati in mare nella nave militare Diciotti, ferma di fronte al porto di Catania, senza possibilità per i migranti di scendere, in condizioni umanamente intollerabili, come affermato dal garante nazionale per le persone detenute o private della libertà personale.

Più di recente, emblematico, l'art. 27 del decreto-legge n. 48 del 2025, convertito in legge n. 80 del 2025 che, in materia di rafforzamento della sicurezza delle strutture di

trattenimento per i migranti e di semplificazione delle procedure per la loro realizzazione, prevede pene più severe per chi partecipa a rivolte nei centri di trattenimento per migranti, con reclusione fino a 18 anni nei casi più gravi.

A dir il vero, però, tale previsione non è *solo* segno di emarginazione nei confronti dei migranti, ma espressione di quella massiccia opera di penalizzazione che ha caratterizzato la XIX legislatura in materia di sicurezza.

A tutti noti, gli effetti.

Se la politica securitaria identifica il pericolo, il rischio, il nemico non solo nel terrorista ma anche nello straniero, nel diverso, nell'emarginato, ogni forma di repressione può diventare cifra ideologica del diritto penale della diseguaglianza, ghettizzando le fasce più deboli e trasfigurando anche la norma penale, in nome di un presunto effetto taumaturgico del diritto penale, che «subisce un'eterogenesi dei fini», divenendo «slogan contingente destinato al nulla», dal valore meramente simbolico e «spesso sganciato da ogni proporzione tra fatto e pena»<sup>36</sup>.

Con quali conseguenze?

Aumentare la sicurezza?

Sicuramente no. Nella società globalizzata del rischio, un intervento eccessivamente coercitivo, opprimente, che vuole evitare qualunque pericolo per i cittadini non solo si rivela illusorio irrealizzabile, ma anche inaccettabile per il bene della libertà, scivolando nel paradosso della sicurezza. Diversi i precedenti a suffragio di tale tesi; primo

<sup>35</sup> Sul tema, L. MASERA, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in *Federalismi*, 2019.

<sup>36</sup> COSÌ, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 16. Sul tema, cfr. T. PITCH, *Sono possibili politiche democratiche per la sicurezza?*, in *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Baratta*, a cura di R. De Giorgi, Lecce, 2002, 433.

fra tutti, l'introduzione del reato di clandestinità nel pacchetto sicurezza 2009, nella misura in cui non ha certo determinato una riduzione dei casi di immigrazione irregolare. Anzi.

In una prospettiva di maggior respiro, molte le conseguenze derivanti da politiche improntate a una sicurezza repressiva. Basti pensare, ad esempio, all'evidente pregiudizio rispetto alla realizzazione del progetto di eguaglianza sostanziale, di cui all'articolo 3, comma 2, della Costituzione. D'altra parte, quando è la percezione soggettiva della paura, l'evento di cronaca, a ispirare le scelte da compiere, è alto il rischio che le soluzioni adottate si rivelino palesemente discriminatorie. Si pensi a quegli interventi che, in tema di immigrazione, ma anche di tossicodipendenza, sotto la falsa chimera di un preteso diritto alla sicurezza dei più, hanno spesso seguito la logica dell'esclusione e dell'emarginazione nei confronti del diverso, del pericoloso e non già quella dell'inclusione e dell'integrazione, a nocimento del progetto di eguaglianza sostanziale cui mira la Costituzione<sup>37</sup>.

È a fronte di tale situazione che si auspica un cambio di rotta nelle scelte di politica legislativa.

È necessario plasmare le politiche securitarie ad una lettura costituzionalmente conforme della sicurezza, intesa come bene, come valore, come base per l'esercizio di tutti i diritti.

La chiave non è scegliere tra sicurezza e diritti – o, rispetto al fenomeno migratorio, scegliere tra noi e l'altro – ma investire

sulla sicurezza dei diritti che, come obiettivo generale dello Stato, dell'ordinamento, è in grado di garantire «quell'ordinato svolgimento del vivere civile», mediante un dialogo continuo e costante tra la comunità politica radicata e l'altro<sup>38</sup>.

È così che il cosmopolitismo costituzionale insegna a rileggere il concetto di identità.

L'identità non implica *chiusura* in una cerchia elitaria di appartenenti al gruppo, ma *apertura* dialogica, capace di mettere in moto un processo «che non si conclude mai», perché preordinato a una ridefinizione della comunità politica che, per sua natura, «non può decidersi una volta per tutte»; è mutevole, dinamica, condizionata dalle contingenze e orientata allo sviluppo<sup>39</sup>.

GIOVANNA PISTORIO

<sup>37</sup> Sulla c.d. paura del "diverso", si veda più approfonditamente, Z. BAUMAN, *Dallo stato sociale allo Stato di sicurezza*, Roma-Bari, 2006, 119 ss. Più approfonditamente sul tema, M. RUOTOLO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, in *Democrazia e sicurezza*, 2013, 10.

<sup>38</sup> Così, T. FENUCCI, *Quanto spazio c'è per un diritto individuale alla sicurezza nell'ordinamento costituzionale italiano? Brevi osservazioni*, in *www.federalismi.it*, 2015, 1. È così, d'altra parte, che la Corte costituzionale ha interpretato il concetto di sicurezza in Costituzione, nella sua dimensione collettiva che si aggiunge alla prospettiva soggettiva di incolumità fisica e personalità morale, sin dalla sentenza n. 2 del 1956.

<sup>39</sup> Sul concetto di identità, cfr., in tal senso, S. HALL, *A chi serve l'identità?*, in *Politiche del quotidiano. Culture, identità e senso comune*, Milano 2006, 315.

# VII. Conclusioni



# 1. Il corpo e le scelte individuali come antidoto all'omologazione degli assetti di potere

Il convegno che si è svolto oggi per noi di Giustizia Insieme è cominciato in realtà quasi un anno fa, con riunioni, discussioni, confronti di idee.

La decisione di incentrare i sei dibattiti odierni sul filo comune rappresentato dal “corpo” è stata presa sin dalla fase iniziale dell'organizzazione e con convinzione, anche se rischiava di apparire come una sfida eccessivamente ambiziosa e anche un po' eccentrica rispetto agli obiettivi della nostra rivista.

Giustizia Insieme è una rivista on line di magistrati, accademici, giuristi che quotidianamente cerca di riflettere “insieme”, come richiama il nostro nome, perché chi la compone, chi ci scrive è unito da una visione particolare del proprio stare al mondo che è data dalla forte intenzione di mantenere i piedi per terra, unita al desiderio di rivolgerci all'esterno, coinvolgendo il maggior numero possibile di persone estranee al nostro ambiente.

Siamo, insomma, il contrario dei giuristi di una volta (che però si incontrano spesso anche oggi) che si esprimono solo con i provvedimenti, che vivono in un'immaginaria *turris eburnea* e che finiscono col dimenticare il contatto con la realtà.

Cosa c'entra questo con “il corpo” e con la scelta del tema di questo convegno?

Dal confronto tra di noi della redazione è scaturita la riflessione che i tempi in cui stiamo vivendo sono caratterizzati da

un particolare declinarsi dell'esercizio del potere, un nuovo “assetto dei poteri”, come ha brillantemente scritto Marco Dell'Utri nell'articolo che abbiamo pubblicato qualche settimana fa e che ha dato il la a queste riflessioni culminate oggi nelle relazioni del convegno.

In questo momento stiamo assistendo ad un attacco da parte del potere a diritti che pensavamo acquisiti per sempre, fino a coinvolgere il diritto all'individualità corpora (è stato citato oggi in diversi momenti di questo convegno, non a caso, l'*habeas corpus*).

Ci è sembrato dunque di cogliere un *leit motif* in quello che accade quotidianamente in molti campi anche eterogenei nel tentativo, per certi versi inedito almeno con questa brutalità, di omologazione dell'individuo e quindi negazione di tutto ciò che è diverso.

Abbiamo scelto dunque di approfondire nei sei dibattiti in cui si è sviluppato il convegno sei momenti in cui si registrano delle fibrillazioni nel piano di omologazione più o meno consapevole che il potere sta portando avanti.

Sei fessure, sei momenti di resistenza o di frizione in cui alcuni *individui* gridano l'esigenza di farsi valere come corpi e così facendo esercitano una sorta di resistenza a questa omologazione.

All'esito dei sei approfondimenti odierni è emerso a mio avviso che questo assetto di

potere sembra avere paura dell'individualità corporea, della capacità di riflessione che porta a negare e smentire l'omologazione.

Fa paura, tradizionalmente, il **corpo della donna** perché è quello con cui il potere da sempre si confronta, in posizione apparentemente di predominio ma in realtà perdente, perché il corpo della donna grida il suo no, da sempre, al tentativo di omologazione del potere maschile.

Fa paura il **corpo sofferente** perché la sofferenza ci ricorda che siamo persone diverse le une dalle altre, e in tal modo non omologabili.

Fa paura il **corpo del minore** quando sceglie o pretende di scegliere, perché non è ancora omologato al diktat che invece si rivelano maggiormente incisivi quando si ha a che fare con individui maggiorenni, sicché il corpo del minore, paradossalmente, è più libero.

Fa paura il **corpo del detenuto** perché il detenuto è un individuo che ha scelto di non omologarsi alle regole ed è per questo punito con la privazione della libertà personale cioè con la negazione del suo corpo.

Fa paura il **corpo del prigioniero** perché è nemico, e il **corpo del migrante** perché è estraneo e diverso, e quindi an-

che questi sono corpi non omologati, delle frizioni con l'assetto dei poteri e come tali vanno negati, umiliati, per esorcizzare questa pura che il potere ha.

Da questi momenti di frizione e di resistenza emerge dunque una risposta al potere, traspare la possibilità di affermare un modello diverso, alternativo a quello dominante.... Un modello che somiglia al nostro modo di fare **giustizia insieme**.

In questo momento in cui c'è in corso una modifica costituzionale fatta comprendendo il diritto di discussione, una sorta di "questione di fiducia" apposta per la prima volta nella storia della nostra Repubblica su una riforma costituzionale, che nega il Parlamento come momento di discussione, noi abbiamo scelto nel nostro piccolo di "fare resistenza" (so che è un termine molto forte) nell'unico modo possibile: continuando a guardarci attorno, a confrontarci, a riflettere e a propugnare l'importanza dell'individualismo.

Quindi, anche attraverso il corpo, ponendoci come elemento di frizione contro tutti i tipi di omologazione.

COSTANTINO DE ROBBIO