

CONSIDERAZIONI TEORETICHE E RILIEVI TEORICI INTORNO  
AI «NUOVI DIRITTI» E ALLE «NUOVE LIBERTÀ»<sup>1</sup>

di

**Rudi Di Marco**

(Università degli Studi di Udine)

*Abstract*

*The new rights and the new freedoms represented the last frontier of the legal positivism. In the authoritarian system the citizen's freedoms depended solely on the will of the state, while in the post-modern legal system the structures and the institutions of the State take on a servant role with respect to the wills and individual liberties. All this, however, brings out contradictions both in the jurisprudence, and in legislation. The jurisprudence and the legislation, in fact, show not only the theoretical error, but also their concrete inapplicability.*

**SOMMARIO:**

*I. Autodeterminazione, diritto, soggetto. – II. Auto-determinazione e Ordinamento positivo. Spiegolature.*

*Est enim unum ius quo devincta est hominum societas  
et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi.  
Quam qui ignorat is est iniustus, sive est illa scripta uspiam, sive nusquam.[...]*

*Ita fit ut nulla sit omnino iustitia, si neque natura est  
et ea quae propter utilitatem constituitur utilitate alia convellitur.  
Atqui si natura confirmatura ius non erit, virtutes omnes tollantur.  
(M. T. CICERO, *De legibus*, I, XV)*

---

<sup>1</sup> Il saggio si propone di portare innanzi, in regime di continuità concettuale, gli studi già proposti in questa Rivista con un precedente contributo (cfr R. DI MARCO, *Sulla crisi dell'Ordinamento giuridico e sulla «metamorfosi» della pretesa in diritto*, in *L'Ircocervo*, Venezia, Fondazione Gentile Onlus, 2017, 1). Il presente lavoro, infatti, vuole dare conto dell'attualità e della contingenza del problema legato alla moderna declinazione del c.d. diritto di autodeterminazione, attraverso una breve, ma significativa analisi della giurisprudenza e della normativa *de eadem re*.

## I. AUTODETERMINAZIONE, DIRITTO, SOGGETTO.

Autodeterminarsi significa, letteralmente, determinare sé stessi in modo autonomo. Determinare sé stessi in modo autonomo, però, può assumere (almeno) due differenti significati: un primo, infatti, può intendere l'affermazione incondizionata, negativamente libera, da parte del soggetto storico, da parte del *subiectum agens*, del proprio volere assoluto sopra di sé; l'altro, all'opposto, può intendere l'affermazione che il soggetto storico fa, sopra di sé, del volere che gli è proprio sul piano ontologico, ovvero sia del volere che egli liberamente esprime per sé, sulla base, però, non di una pulsione vitalistica, quanto piuttosto di un'opzione regolata dalla propria natura umana ↔ razionale.

Ciò significa, allora, che l'autodeterminazione, in quanto capacità di autodeterminarsi e dunque in quanto facoltà morale del soggetto di operare scelte consapevoli e responsabili, rappresenta – *in parte qua* – il presupposto concettuale della stessa *ιδέα* di diritto: l'autodeterminazione, infatti, altro non rappresenta, in questo senso, che il movimento soggettivo del libero arbitrio. Il problema dell'autodeterminazione soggettiva, però, non si esaurisce a questo «livello», il quale, peraltro, involge lo stesso concetto di soggettività<sup>2</sup>. Esso, infatti, involge anche il rapporto tra pretesa soggettiva e diritto, nell'orizzonte della libertà propria dell'essere umano, quale ζῶν πολιτικόν, vale a dire, quale soggetto della e nella comunità politica<sup>3</sup>.

Può parlarsi, allora, di diritto di auto-determinazione? Di diritto-soggettivo all'autodeterminazione? In quali termini? Sotto quali prospettive?

---

<sup>2</sup> Sul punto facciamo rinvio – si vis – a R. DI MARCO, *Soggetto e Ordinamento Giuridico. Alla ricerca del «concetto» fondativo e fondamentale (I), (II), (III)*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto – R.I.F.D.*, Giuffrè, Milano 2015, voll. 2, 3 et 4.

<sup>3</sup> Per quest'aspetto, facciamo rinvio – si vis – a un approfondimento recentemente pubblicato in Argentina. Cfr R. DI MARCO, *Bio-poder o bio-derecho del ζῶν πολιτικόν? La convivencia humana cual «formante conceptual» de la autodeterminación jurídica del sujeto*, in *Ethos*, Buenos Aires, Instituto de Filosofía Práctica, 2015, vol. 30.

Ebbene, la questione non è di poco momento e richiederebbe un'analisi molto più ampia e articolata di quella che noi faremo in questa sede – a principiarsi dal tema del diritto soggettivo in relazione agli studi di Villey<sup>4</sup> – tuttavia, rispetto al problema giuridico, possono profilarsi, *in thesis*, due paradigmi del diritto all'autodeterminazione: il primo, *sub specie* di diritto all'autodeterminazione del *velle voluntum*, quindi del *velle ab-solutus* e il secondo, *sub specie* di diritto all'autodeterminazione dell'*esse*, cioè dell'*esse personae*.

Nel primo caso il diritto *de quo* si sostanzierebbe in una *figura* di diritto all'anarchia, in una *figura*, cioè, di diritto  $\alpha$ -giuridico in quanto non caratterizzato da un contenuto di giuridicità – o, per i positivisti, di legalità – ma piuttosto da un contenuto di libertà negativa. Sarebbe questo, insomma, il diritto di fare ciò che si vuole: di esprimere, realizzare e concretizzare qualunque volontà autenticamente auto-voluta per sé dal soggetto storico di riferimento, indipendentemente da qualsiasi criterio diverso dalla volontà stessa. Siffatto schema di diritto, in fondo, contempla il modello di autodeterminazione proprio del personalismo contemporaneo, o per meglio dire il modello di diritto soggettivo proprio del modulo personalistico – del soggetto-modulo – e pertanto del soggetto che auto-crea sé stesso mercé l'affermazione della propria volontà *ab-soluta* e negativamente libera.

Ebbene, quest'impostazione presenta – a nostro avviso – quantomeno tre profili di critica: il primo <sup>a)</sup> riguarda la contraddizione intrinseca a un'ipotesi di diritto all'anarchia; il secondo <sup>b)</sup> concerne la struttura del diritto *de quo* in termini prettamente negativi e cioè sotto il profilo del mero limite all'esercizio di esso e non, invece, del criterio intrinseco alla sua affermazione; il terzo <sup>c)</sup> attiene all'eccentricità di siffatta *figura* di diritto all'autodeterminazione, anche rispetto agli schemi propri del posi-

---

<sup>4</sup> Cfr M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1986; cfr M. VILLEY, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Cantagalli, Siena 2009. Sul punto facciamo rinvio – *si vis* – a R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2017, in particolare cap. III, § 3.

tivismo giuridico, oltrecché – *in apicibus* – ai principii del diritto naturale e quindi del diritto in sé (veramente tale).

In primo luogo, infatti, un diritto all'autodeterminazione del *velle* assoluto non può essere considerato diritto in senso proprio, dacché esso non esprime, in sé, una situazione, anche valutata sotto il mero profilo soggettivo, qualificabile sulla base delle categorie proprie della giuridicità: il diritto di fare ciò che si vuole, infatti, non è e non può essere considerato un diritto, in quanto ne difetta l'elemento costitutivo in relazione all'oggetto. Quest'ultimo, invero, nell'ipotesi *de qua*, essendo rimesso a un'opzione assoluta e negativamente libera del soggetto, può sostanziarsi in qualsiasi cosa, finanche in un'*iniuria*, cioè in un atto il quale è il più distante possibile dall'atto giuridico e quindi dal diritto; con le categorie del positivismo giuridico, diremo che può sostanziarsi anche in un atto illegale, cioè in un atto contrario alle disposizioni dello *ius in civitate positum*. Il c.d. diritto di fare ciò che si vuole e in altri termini il c.d. diritto all'autodeterminazione del *velle-volutum* (assoluto), altro non è, dunque, che un potere di fatto di realizzare una volizione qualsiasi. E nulla consente di qualificare siffatto potere prima del suo esercizio, tantomeno come potere giuridico, come potere, cioè, caratterizzato, *in se*, dalla giuridicità e facente capo alle prerogative giuridiche, o anche solamente legali, del soggetto. *Ergo*, esso non può costituire un diritto del soggetto, una *facultas* legittima di lui, giuridicamente definita come *facultas iuris*: per aversi questo, infatti, per aversi, cioè, un diritto soggettivo in senso proprio<sup>5</sup>, occorrerebbe la giuridicità certa e oggettiva del contenuto di esso, dunque dell'oggetto

---

<sup>5</sup> Per una definizione «classica» del diritto soggettivo, può farsi riferimento agli studi di Antonio Messineo secondo il quale esso rappresenta “una facoltà morale inviolabile inerente alla persona umana mediante la quale questa può esigere una cosa che è sua o che le è dovuta” (A. MESSINEO, *Monismo sociale e persona umana*, La Civiltà Cattolica, Roma 1943, p. 146). È palese il richiamo alla figura suareziana della “*moralis facultas quam unusquisque habet ad rem suam vel ad rem ad se aliquo modo pertinentem*” (F. SUAREZ, *De legibus ac Deo legislatore*, Napoli, Ex Typis Fibrenianis, 1872, I, 2, p. 7) la quale “*vocatur ius et illud proprie videtur esse obiectum iustitiae*” (*Ivi*) la giustizia essendo – ed è ripresa la nota definizione ulpiana (cfr ULPIANO, *Digesto*, 1. 1. 10) – “*virtus quae ius suum unicuique tribuit, id est id tribuens unicuique quod ad illum spectat*” (*Ivi*).

del diritto in parola; ma – si badi – siffatta *figura* di diritto all'autodeterminazione assoluta ↔ anarchica è altrettanto distante anche dai meccanismi del positivismo, imperocché il contenuto di esso, essendo tutt'affatto volontaristico, prescinde anche dalla legalità costituita per norma, ond'esso non è atto a costituire l'oggetto nemmeno di una *facultas legis*, cioè di un diritto soggettivo inteso come *facultas agendi ex norma agendi*.

La pretesa di una certa somma di danaro – per fare un esempio – è una pretesa giuridica e rappresenta l'oggetto di un diritto di credito, anziché una fattispecie di estorsione, non in virtù della pretesa in sé, quanto piuttosto in ragione del suo fondamento, rappresentato della giuridicità del contenuto di essa, dal fatto – per essere chiari – che chi pretende la somma *de qua* è veramente creditore. Pei positivisti il criterio della giuridicità è sostituito dal parametro della legalità – ovviamente – ma lo schema argomentativo e concettuale non cambia. E lo stesso discorso vale per qualsiasi diritto: il diritto, infatti, non rappresenta un coacervo di formule vuote, suscettibili di assumere qualsiasi contenuto, ma è espresso e si esprime dalla natura delle cose – *ex ipso facto oritur ius* – la quale natura delle cose, poi, per il positivismo giuridico, è assurdamente surrogata dal volere del Legislatore, impresso nella c.d. *ratio legis*.

È ben vero, allora, che chiunque abbia il potere di fare quello che vuole, possa anche esercitarlo giuridicamente e volere e fare ciò che sia giuridico volere e fare, ma allo stesso modo potrebbe esercitarlo antiggiuridicamente: la volontà che autodetermina sé stessa con il criterio della mera volontà, infatti, si autodetermina senza criterio alcuno e dunque può autodeterminar-si in qualsiasi guisa, anche nel reato, nel crimine, nell'illecito contrattuale, nella frode *et coetera*. È il contenuto, allora, l'oggetto della volizione e dell'azione, che qualifica – come dicevamo – la volizione e l'azione medesime sotto il profilo della giuridicità, siccome è la rispondenza alla norma *posita* che la qualifica sotto il profilo della legalità; una qualificazione *ex ante* di giuridicità o di legalità, per una condotta il cui contenuto e il cui oggetto non siano né definiti, né

definibili, giusta il criterio del diritto o della *norma posita* – in questo secondo caso il riferimento è allo schema positivistico – è assurda, com'è assurdo considerare e/o qualificare come giuridico o come legale un potere anarchico: il potere anarchico – *ça va sans dire* – s'impone di fatto e non di diritto, s'impone perché s'impone, non perché è giuridico o perché è conforme a qualche legge positiva...

È ben chiaro, allora – e qui entriamo nel secondo aspetto del problema – che il c.d. diritto di autodeterminazione del *velle voluntum* (in questo riprendiamo il discorso cenato all'inizio, in relazione all'art. 8 C.E.D.U. e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) nasce, nella sua assurdità genetica, già come una *species* di «diritto volitivo circoscritto», vale a dire come una *species* di diritto limitato a un determinato contesto, a un determinato ambito, i cui confini vengono tracciati sulla base di presupposti che in nulla dipendono dalla natura del diritto *de quo*. I limiti in parola, infatti, sono esterni a esso: definiscono un recinto, non rappresentano la conseguenza di un criterio intrinseco al diritto medesimo e al suo esercizio.

Il diritto di auto-determinazione modernamente inteso<sup>6</sup>, dunque, se nasce idealmente e virtualmente come diritto di fare ciò che si vuole, di realizzare, cioè, le pulsioni della propria libertà negativa senza criterii oggettivi o legali cui ubbidire, nasce con la coessente condizione – e contraddizione – che ciò avvenga entro i limiti di quello che riguarda, più o meno convenzionalmente, il c.d. privato; in termini lockiani potremmo dire la *property*. E qui, infondo, già s'esprime l'aporia della fattispecie in parola, in quanto i limiti *de quibus*, pur nella loro geograficità, operano una virtù conformativa del potere in questione e dunque lo plasmano secondo *rationes* indipendenti da esso e dalla volontà che lo esprime.

---

<sup>6</sup> Stefano Rodotà precisa che "l'autodeterminazione si identifica [...] con il progetto di vita realizzato o perseguito dalla persona [...] governato da un esercizio ininterrotto di sovranità che permette quella libera costruzione della personalità che troviamo iscritta in testa alla nostra e ad altre costituzioni" (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma – Bari 2012, p. 272). E in ciò è agevolmente individuabile lo schema mouneriano della personalità-autocreazione di cui abbiamo *supra* considerati certuni aspetti.

Ed è ovvio che la fattispecie in parola sia stata così concepita perché altrimenti, qualora, cioè, il diritto *de quo* si fosse affermato in termini generali, questo nuovo diritto avrebbe impedito concettualmente l'Ordinamento giuridico positivo, esso sarebbe entrato, cioè, in contrasto con le norme del Sistema, le quali, sulla base delle ragioni più disparate – e sul tema può ampiamente discutersi – comunque prescrivono determinate condotte e impediscono l'autodeterminazione del volere assoluto. L'Ordinamento giuridico positivo, insomma, rappresenta la negazione del c.d. diritto all'autodeterminazione assoluta del *velle*. Non è solo il codice penale eloquente, al riguardo, ma anche la materia dei contratti – per esempio – è costellata di cc.dd. norme imperative: basti, per tutti, il riferimento alla disciplina inderogabile della nullità *sub* artt. 1418 e ss. c.c. Anche la regolamentazione della proprietà e segnatamente di quella fondiaria – per fare un altro esempio – soprattutto con l'entrata in vigore della Costituzione, ma anche prima<sup>7</sup>, è piena di limiti, criteri, condizionamenti *et coetera*, basti pensare ai cc.dd. Piani regolatori comunali e al potere che essi hanno di incidere sull'uso e in un certo senso anche sulla destinazione (e sul c.d. valore commerciale) della proprietà immobiliare. Né il contraente, né il proprietario, dunque,

---

<sup>7</sup> Si consideri l'evoluzione della disciplina del diritto di proprietà dalla codificazione napoleonica all'entrata in vigore della Costituzione. L'art. 436 del Codice civile italiano del 1865 definiva la proprietà come "diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta", quasi ad affermare, pur nel contesto del positivismo, una sacralità e una inviolabilità del diritto in parola; uno spazio di «sovranità», insomma, concesso dal sovrano ai proprietari (lockiani). L'art. 832 c.c. (vigente), invece, entrato in vigore nel 1942, durante l'Era fascista, stabilisce (coerentemente con l'ideologia rousseauiano-hegeliana dello Stato) che il proprietario ha "diritto di godere e disporre delle cose [...] entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento"; si tratta, allora, di un «diritto riconosciuto» e fruibile... *sub lege*, ma proprio perché «riconosciuto» (*recte*, attribuito) dalla legge, da essa dipendente nell'*an* e nel *quomodo*, infatti, la legge positiva ne conforma il contenuto, anche attraverso i meccanismi propri degli atti amministrativi, primo tra tutti il c.d. Piano regolatore comunale. Da ultimo, la Costituzione repubblicana del 1948 disegna la formazione del diritto di proprietà in forma – potremmo dire – affievolita: innanzitutto ne viene predicata una funzione sociale (*ex* art. 42 cost.), in secondo luogo ne viene «programmata» una accessibilità «diffusa» (*Ibidem*) e in terzo luogo viene contemplata la possibilità di porre "obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata" (*ex* art. 44 cost.), nonché di fissarne "limiti alla sua estensione" (*Ibidem*) al fine di promuovere, *ex multis*, "la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive" ad appannaggio della "piccola e la media proprietà" (*Ibidem*).

per rimanere ai due esempi fatti, possono autodeterminare in termini assoluti la loro volontà di contraente e di proprietario: la legge lo impedisce (o, comunque, lo condiziona).

Un tanto ci consente di capire, allora, come l'affermazione, pur assurda, del c.d. diritto all'autodeterminazione del volere porta a una concezione del tutto negativa e senz'altro geografica dell'intero Ordinamento giuridico: essa, infatti – facendo riferimento all'impostazione kantiana – presuppone che “ognuno possa [congiuntivo nostro (nda)] ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona”,<sup>8</sup> ma presuppone anche e conseguentemente che “la libertà dell'arbitrio di ognuno [... debba (nda)] coesistere con la libertà di ogni altro”.<sup>9</sup> Sicché, lo scopo ultimo dell'Ordinamento giuridico, il quale assurga l'autodeterminazione del *velle* a obiettivo da raggiungere e massimizzare per legge, dovrebb'essere quello di tracciare limiti e confini per delimitare le libertà negative dei soggetti (quindi per negarle in termini rigorosi), affinché tutti ne godano in parte e nessuno venga molestato nella sua frazione di godimento. E questo rappresenta – a nostro avviso, almeno – la fine, anzi la negazione concettuale della comunità politica quale comunità di uomini liberi<sup>10</sup> che vivono gli uni assieme e non solamente accanto agli altri; nondimeno – si badi – questo segna anche la negazione concettuale dello stesso diritto di autodeterminazione, giacché esso, uscendo – per così dire – dalla dialettica propriamente giuridica dello *ius* che è criterio dell'*agere iustum*, entra in un giuoco conflittuale di poteri contrapposti, nel quale e attraverso il quale il maggiore emerge e il minore soccombe: è del tutto evidente, infatti, che il diritto all'autodeterminazione geografica ponga la sola questione del *quantum* di esso e che questa punto dipenda dalla mera estensione

---

<sup>8</sup> I. KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in N. BOBBIO – L. FIRPO - V. MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, U.T.E.T., Torino 1995, p. 255.

<sup>9</sup> I. KANT, *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, U.T.E.T., Torino 1956, p. 407.

<sup>10</sup> Cfr ARISTOTELE, *Politica*, *passim*, in particolare: 1280 b – 1281 a.

dei confini soggettivi entro i quali, dato il suggello della *privacy*, possa esercitarsi e affermarsi *de facto* il potere del proprietario lockiano.

L'ultimo aspetto, poi, che consegue a queste riflessioni, riguarda il rapporto tra positivismo giuridico e dogma dell'autodeterminazione modernamente intesa. Anche qui ci limitiamo a un cenno.

Ebbene, il diritto soggettivo, nella sua conformazione moderna (noi riteniamo che anche nel seno del diritto naturale classico possano individuarsi diritti soggettivi, i quali, ovviamente, hanno tutt'altra natura), è definito come *facultas agendi ex norma agendi*, vale a dire che esso rappresenta il prototipo di quelli che Gerber definì *Reflexrechte*,<sup>11</sup> cioè diritti riflessi dallo Stato sul cittadino rousseauiano;<sup>12</sup> quindi sul cittadino che come cittadino ha tutte e sole le prerogative legali che lo Stato gli attribuisce, ma come uomo non ne ha alcuna, anzi... come uomo non esiste affatto, esistendo solamente come unità frazionaria in funzione dello Stato-corpo politico. La disciplina della cittadinanza illustrata dai Manuali di diritto pubblico – per fare un banale esempio – segue questo schema.

Concepire, allora, un diritto all'autodeterminazione del *velle*, come diritto soggettivo così inteso, rappresenta un ulteriore problema, giacché se negli altri diritti soggettivi il contenuto di essi è definito dallo Stato-Ordinamento ed è proiettato sul soggetto nelle forme e nei limiti contemplati dalla norma attributiva (*sub lege libertas*), nel caso dell'autodeterminazione del *velle* il contenuto del diritto verrebbe a dipendere dal soggetto medesimo. La qualcosa significa – si badi – che non si tratterebbe di un vero e proprio diritto soggettivo, quanto piuttosto d'una fattispecie normativa atta a definire ambiti e settori sottratti all'imperio del c.d. diritto oggettivo e rimessi – se così può dirsi – all'anarchia individuale. Si tratta, in fondo, di individuare lo spettro

---

<sup>11</sup> Cfr C. GERBER, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1971.

<sup>12</sup> Cfr J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, II, 7.

della *privacy*, il contesto all'interno del quale il diritto non deve entrare, non il contenuto di una facoltà legale, di un potere legale di agire.<sup>13</sup>

Tutto questo, però, contrasta con il dogma della sovranità: lo Stato moderno – il quale nasce nel pensiero di Marsilio da Padova e Niccolò Machiavelli – infatti, non può concepire aree che siano immuni dal suo imperio, diritti, cioè, che non dipendano, nel loro contenuto, dalla sua affermazione di supremazia: la sovranità o è totale o non è affatto. Talché il diritto all'autodeterminazione modernamente inteso, in altro non può sostanziarsi, dati i presupposti dommatici del moderno diritto pubblico, se non in una concessione dello Stato, magari fatta attraverso la Costituzione o attraverso l'ermeneutica di essa, il quale, sempre nell'esercizio del proprio potere supremo, lascia alcune questioni, alcuni affari – potremmo dire – alla opzione dei propri cittadini e ne modula la disciplina in conformità alle rivendicazioni di questi e dei loro rappresentanti. Non che – si badi bene – l'opzione *de qua* sia libera in termini assoluti: questa, infatti, è libera nei meri limiti del recinto che per essa la Legge abbia tracciato ed è libera di esprimersi nelle mere forme che per essa la Legge abbia prevedute.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Lo stesso Stefano Rodotà osserva che “il diritto all'autodeterminazione [...] deve [...] essere riferito al profilo della personalità e, in definitiva, della sovranità” (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 263). L'affermazione – a nostro avviso – palesa una forma di accoglimento delle tesi proprie del c.d. diritto all'assoluta auto-determinazione del *velle* e – ulteriormente – lega la libertà (negativa) della volontà al profilo della personalità, quasi a sostenere, secondo l'impostazione mounieriana, che la seconda possa, se non determinare, quantomeno qualificare la prima.

<sup>14</sup> Stefano Rodotà ha precisato che “nel complesso passaggio dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata [...] si realizza un trasferimento di sovranità” (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 297) dallo Stato al cittadino e ciò – osserviamo noi – come se quest'ultimo potesse ritenersi sovrano-di-sé, pur entro l'Ordinamento al quale appartiene (e il quale è... sovrano per definizione). Nondimeno, però, riteniamo difficile sostenere che il c.d. “trasferimento di sovranità” sia veramente tale, anche perché i confini esterni di essa comunque dipenderebbero dal Legislatore, cui compete di interpretare il contenuto della *property* lockiana e di definire le forme e i limiti per il suo esercizio... legale. Tuttavia, è ben corretto inquadrare il diritto all'autodeterminazione modernamente inteso entro gli schemi del modello sovrano, giacché esso pretende proprio di declinarsi alla stregua d'un potere su di sé supremo e indipendente, nell'esercizio del quale nessuno deve interferire, anche se – ecco il paradosso – il potere-diritto

Il c.d. diritto di autodeterminazione in ambito familiare e affettivo – per fare un esempio – non si sostanzia, *de iure condito*, in un diritto a realizzare qualsiasi opzione simil-matrimoniale il soggetto rivendichi per sé, come diritto – né potrebbe essere in questo senso inteso *de iure condendo* – questo nuovo diritto, infatti, si sostanzia nel potere soggettivo-legale di accedere alle varie *figurae* simil-familiari proposte dal ventaglio normativo di riferimento. Le cc.dd. unioni civili, invero, le quali, di fatto, rappresentano una sotto-classe di matrimonio, non possono essere contratte *ad libitum*, in ipotesi tra cinque persone contemporaneamente, con un parente *et similia*, ma possono realizzarsi solamente nelle forme e nei limiti in cui il Legislatore le ha previste *ex lege*.<sup>15</sup> Certamente – sia chiaro – la loro previsione normativa invero in sé stessa un’assurda commutazione della pretesa in diritto e in questo senso la Legge realizza il c.d. diritto all’autodeterminazione del *velle*, ma la positivizzazione di esso lo ingloba nelle strutture proprie del positivismo giuridico, lo porta all’interno dell’Ordinamento, non traccia un’ara di immunità da esso e dalle sue norme.

---

*de quo* dev’essere riconosciuto dallo Stato e magari da questo favorito nella sua realizzazione concreta.

<sup>15</sup> A titolo d’esempio la c.d. Legge Cirinnà “istituisce l’unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto” (art. 1 L. 76/2016) normando e regolamentando sia le prime che le seconde, attraverso un compendio di disposizioni imperative, le quali impediscono *ex se* l’assoluta auto-determinazione delle persone anche nel contesto delle cc.dd. unioni civili e anche nel contesto delle cc.dd. convivenze di fatto. Le quali ultime, peraltro, proprio in quanto disciplinate *ex lege*, più che “di fatto” dovrebbero dirsi «di diritto». Per entrare *in medias res*, basti considerare il tenore letterale dell’art. 1 co. IV della citata L. 76/2016 a mente del quale “sono cause impeditive per la costituzione dell’unione civile tra persone dello stesso sesso: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un’unione civile tra persone dello stesso sesso”, *ergo* è impedita la poligamia e la c.d. poliandria, anche nella forma «ibrida» di «matrimonio + unione civile» unilaterale o bi-/poli-laterale. Non solo: un altro elemento impeditivo previsto dalla medesima disposizione (*sub* art. 1 co. IV lett. c) della citata L. 76/2016) è rappresentato dalla “sussistenza tra le parti dei rapporti di cui all’articolo 87, primo comma, del codice civile” (*Ibidem*), ond’è impedita la relazione incestuosa, o, per meglio dire, la formalizzazione di essa *sub specie* di unione civile. E i vari impedimenti – attenzione – vengono resi effettivi e contingenti proprio dalla sanzione della nullità preveduta *sub* art. 1 co. V, L. 76/2016 per la loro violazione.

È del tutto evidente, allora, che la trasformazione delle pretese individuali o collettive in nuovi diritti e segnatamente in nuovi diritti di auto-determinazione, altro non rappresenta, se non una forma di fagocitazione, da parte del Sistema, delle varie pressioni ideologiche che in esso si sono formate e che per mezzo di esso pretendono di affermarsi e di assumere una connotazione di legalità. Il Sistema – sia chiaro – rimane sovrano, anche se esercita la propria sovranità attraverso quello che potremmo chiamare positivismo debole proprio della c.d. politologia. Non a caso, Gustavo Zagrebelsky parla – e non da oggi – di “mercato delle leggi”,<sup>16</sup> eppertanto di leggi negoziate,<sup>17</sup> per dire ch’esse condensano in sé medesime e formalizzano sotto il profilo istituzionale, pretese e pressioni formatesi all’esterno delle Istituzioni e tutte protese ad ampliare sempre di più lo spettro del c.d. privato; ad ampliare, cioè, i diritti soggettivo-positivi dei cittadini *lato sensu* intesi, le loro prerogative legali, le loro facoltà di agire attraverso le *normae positae*, così da asservire l’apparato dello Stato al capriccio di questi e spostare – in un certo senso – il baricentro della sovranità. Tutto questo, allora – e il discorso, appena sfiorato, meriterebbe certo di essere approfondito – porterebbe a negare la possibilità di un diritto di auto-determinazione. Certamente il positivismo giuridico, figlio dello Stato sovrano, lo nega, anche se – questo è evidente – attraverso l’ideologia dei cc.dd. diritti civili, spesso declinati come i diritti umani del gius-naturalismo moderno, appare affermarlo, proteggerlo, tu-

---

<sup>16</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 44.

<sup>17</sup> Gustavo Zagrebelsky, infatti, osserva che vi è una “sempre più marcata «contrattualizzazione» dei contenuti della legge [onde (nda)] l’atto creativo di diritto legislativo è l’esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti politici particolari (gruppi di pressioni, sindacati, partiti) [sicché (nda)] il risultato di questo processo [...] è per sua natura segnato dai caratteri della occasionalità [...] e questa occasionalità è la perfetta contraddizione della generalità e della astrattezza delle leggi, queste ultime legate a una certa visione razionale del diritto, impermeabile al puro gioco dei rapporti di forza [non è da meravigliarsi, allora, se (nda)] in questa situazione viene notevolmente ridotta l’aspirazione della legge a essere fattore di ordine [...] ed essa diviene (nda)] piuttosto espressione di un disordine” (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 44 e s.).

telarlo e – soprattutto con il costituzionalismo<sup>18</sup> – fare di esso l'*ubi consistam* della propria legittimazione politico-giuridica. In realtà, però, l'unico diritto che il positivismo può contemplare è quello riflesso, che come diritto in sé è *flatus vocis*, ma nel Sistema positivo assume le fogge della citata *facultas agendi ex norma agendi*. Se poi siffatto diritto abbia o possa avere un contenuto normativo più o meno penetrante, con riferimento a specifici ambiti di disciplina, è una questione che attiene al *quantum* e al *quomodo* del suo esercizio, ma non certo alla sua natura. Un conto – per fare un esempio – è dire che cosa è il diritto di proprietà, dunque quale ne è il fondamento e un altro conto è presupporre ch'esso abbia fonte in una legge positiva per poi discutere – inutilmente, sotto certi profili – intorno a che cosa il proprietario possa o non possa fare sui suoi beni, dato un determinato assetto legale.

La nostra tesi, però, ci porta ad affermare il diritto di autodeterminazione e ad affermarlo come diritto proprio della persona, come diritto, cioè, che la persona ha in quanto persona-umana e che a essa pertiene, indipendentemente dalla circostanza in virtù della quale quello sia o meno contemplato dalle cc.dd. *normae positae*: dalle Leggi, dalle Costituzioni, dalle Carte dei Diritti *et coetera*. Si tratta – potremmo dire – di un diritto di libertà, ma certamente non di libertà-negativa.

Vediamo, allora, d'intenderci sul punto, per così concludere il discorso. Anche se – lo anticipiamo, a scanso d'equivoci – la conclusione, in realtà, rappresenta un sem-

---

<sup>18</sup> Ayuso Torres correttamente osserva che “il costituzionalismo [...] rimanda a una concezione della comunità politica [...] che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto” (AYUSO TORRES, *L'àgora e la piramide*, Giappichelli, Torino 2004, p. 42), l'Autore, però, si premura di definire il contenuto di siffatta formula e acutamente rileva che “con lo Stato di diritto [...] non usciamo dall'atmosfera stessa del contrattualismo; infatti se la tradizione anglosassone del *Roule of Law* stava a significare una sottomissione del potere al diritto [...] nella versione alla fine dominante del *Rechtsstaat* tedesco [...] esso è ridotto, invece, a una mera autolimitazione. E così [...] lo Stato è limitato dalla legge, ma non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità [evidentemente procedurali (nda)] previste nella Costituzione” (*Ivi*, p. 63) di talché – concludendo il discorso – “l'ordine costituzionale [...] continua a riflettere qua e là le premesse politologiche della modernità nel suo aspetto ‘forte’, per quanto sia possibile rilevarvi sintomi della forma ‘debole’ che diventano evidenti quando dalla teoria passiamo alla pratica” (*Ivi*, p. 66).

plice punto di partenza per riflessioni ben più ampie, ben più profonde e ben più articolate di queste che stiamo svolgendo.

Ebbene il diritto di autodeterminazione che noi riteniamo proprio della persona, non è quello al quale abbiamo testé fatto cenno, vale a dire il c.d. diritto di autodeterminazione del *velle ab-solutus*, del *velle-voluntum*, del volere auto-voluto e auto-volente-si per sé; né esso rappresenta un nuovo diritto del personalismo contemporaneo, della persona-soggetto, dunque, che auto-crea sé stessa secondo il proprio contingente e insindacabile capriccio; tantomeno si tratta un «grimaldello» politico-ideologico per consentire, favorire e diffondere la positivizzazione e la legalizzazione delle varie e infondate pretese individuali o collettive all'interno degli Ordinamenti costituiti. Tutt'altro! Noi riteniamo, infatti, che il «vero» diritto all'autodeterminazione, cioè il diritto all'autodeterminazione della persona *sic et simpliciter* – senza aggettivazioni (e col genitivo oggettivo) – l'unico, peraltro, che può e che deve essere affermato, tutelato e difeso, anche dallo *ius positum*, anche dal potere delle Istituzioni giuridiche, sia rappresentato dal diritto all'autodeterminazione dell'*esse personae*, dal diritto della persona, cioè, di autodeterminar-si – eppertanto di determinare autonomamente e liberamente una propria volontà – in conformità, però, alla sua natura di essere umano, in conformità, cioè, alla sua natura razionale e libera nell'ordine della ragione.

Vale a dire che a nostro avviso il diritto di autodeterminazione si sostanzia nel diritto proprio del soggetto *compos sui* di esprimere e realizzare la propria volontà, non *ab-soluta*, non vitalistica, non negativamente libera, ma tutt'affatto razionale – cioè razionalmente ordinata – eppertanto conforme sul piano ontologico alla sua natura umana. È la natura umana, dunque, il criterio oggettivo dell'autodeterminazione della persona ed è ovvio che è diritto della persona di comportarsi in conformità alla propria natura, di esercitare, cioè, la libertà che le compete in quanto soggetto razionale; negarlo – si badi bene – equivarrebbe a impedire arbitrariamente alla persona

stessa di realizzare condotte che sono confacenti a essa sul piano dell'oggettività ontologica. Non si tratta, adunque, di un diritto di fare quello che si vuole, di riconoscere, cioè, alla persona, il diritto di agire disumanamente e irrazionalmente, ma si tratta, all'opposto, di riconoscerle un diritto di fare quello che è umano, quello che è razionale, quello che è proprio dell'uomo fare: non è un diritto all'anarchia, questo, ma un diritto di libertà. Ed è evidente, nell'economia del nostro discorso, che siffatto diritto di libertà, quale diritto alla libera scelta e alla libera condotta, nell'ordine, però, della ragione e non del vitalismo, ha agio di essere riconosciuto ed esercitato laddove vi sia una oggettiva possibilità di operare una scelta legittima, entro un ventaglio di scelte parimenti legittime. *Viceversa*, nell'ipotesi in cui, cioè, vi sia un'unica condotta razionalmente possibile, un'unica condotta, dunque, veramente propria dell'essere umano, l'ambito di operatività del diritto di autodeterminazione viene meno e ciò – sia chiaro – non perché venga meno il diritto di autodeterminazione *in se*, quanto piuttosto perché vengono a mancare le condizioni obiettive per il suo esercizio concreto: in questo caso, infatti, non può esservi alcun diritto di operare una scelta, tra molte con essa fungibili, perché vi è un'unica scelta possibile nell'ordine della ragione e conseguentemente s'impone *ex se* il dovere di agire nell'unico modo legittimo, umano e razionale.

Un banale esempio chiarirà i termini della questione. Se è vero, infatti, che la persona ha il diritto di autodeterminarsi con riguardo alla propria formazione e alla propria attività professionale, essendo senz'altro razionale e legittimo optare per un percorso, piuttosto che per un altro – studi umanistici, anziché scientifici – è altrettanto vero che di fronte a un essere umano in istato di pericolo per la vita, l'unica condotta razionale e legittima che il soggetto può tenere è quella di attivarsi per il soccorso, sicché, in questa seconda ipotesi, non vi è spazio alcuno per l'esercizio di un diritto all'autodeterminazione, per l'esercizio di una opzione legittima, tra altre parimenti legittime: la persona *de qua*, infatti, ha il dovere – e ha anche il diritto, sia chia-

ro, ma questo è un altro discorso<sup>19</sup> – di prestare il dovuto soccorso, non può fare diversamente e non deve fare diversamente, tantomeno può fare diversamente pretendendo di farlo secondo ragione e nell'esercizio di un diritto. Anzi... una diversa forma di autodeterminazione del volere, una scelta – per esempio – che porti il soggetto in parola ad abbandonare il moribondo – il Codice penale parlerebbe di “omissione di soccorso” (*ex art. 593 c.p.*), in questo caso – pur dando luogo indub-

---

<sup>19</sup> Lo stesso Gustavo Zagrebelsky ebbe ad affermare, sia pure nell'ambito della descrizione del contesto concettuale dall'Autore stesso definito come “idea antica”, che “la nozione primigenia [rispetto al concetto di/del diritto (nda)] è quella del dovere” (G. ZAGREBELSKY, *La disputa dei diritti fra credenti e laici*, in *La Stampa*, La Stampa, Torino 2004, 7 Febbraio 2004, p. 26) imperocché “i diritti [...] debbono essere considerati in guisa di (nda)] rimedi dei doveri violati” (*Ibidem*). L'osservazione non è polemica: essa vuole fare emergere la primazia concettuale del dovere sul diritto; non che – si badi – il primo abbia maggior valore rispetto al secondo, ma senz'altro il fondamento del secondo alberga nella verità del primo e ciò, o in forma mediata, o in forma immediata. Due esempi schiariranno i termini del problema. <sup>1)</sup> Per quale ragione la persona umana ha il diritto alla vita e all'integrità fisica? Può tosto risponderci che tali diritti ella abbia, in quanto ella ha il dovere di vivere e di mantenersi in salute e ciò, segnatamente perché la persona esiste come persona e si manifesta nel proprio organismo, il quale esprime in sé stesso e per sé stesso l'ordine proprio della sua natura e quest'ordine – evidentemente – è normativo e regolativo per la condotta della persona medesima, sul piano dell'oggettività razionale. La persona, dunque, che essendo ha l'atto di essere, non può, senza violare l'ordine proprio della sua essenza, compiere atti idonei a non-essere, cioè atti idonei ad auto-negarsi come *ens essens* e allo stesso modo, la persona che essendo ha l'atto di essere nel proprio corpo, non può, senza violare l'ordine fisiologico di questo, nuocere o mutilare organismo che le consenta la vita; la persona, invece, deve rispettare il proprio corpo come tale, *id est* come corpo umano che è bensì suo, ma non certo rimesso al di lei arbitrio. In questo caso, allora, vi è una immediatezza del fondamento del diritto sopra il dovere. *Viceversa*, se ci si chiedesse <sup>2)</sup> per quale ragione il creditore abbia il diritto di esigere il proprio credito, certo non si potrebbe dire che tale diritto alberghi nel dovere di esigere la prestazione: il creditore, infatti, può anche rimettere il debito o lasciare che decorrano i termini prescizionali *et similia*: in ciò egli eserciterebbe il suo diritto di disporre del proprio patrimonio (la natura del quale, a sua volta è normativa per l'amministrazione di esso...). Cionondimeno – senza entrare in ulteriori dettagli – anche il diritto *de quo* alberga in un dovere, pur se in forma mediata: il dovere in parola, infatti, è quello del debitore di adempiere la prestazione: è quest'ultimo, invero, che fonda il diritto del creditore, inquantoché egli ha titolo di esigere l'adempimento dell'obbligazione, proprio in ragione del fatto che tale obbligazione sussista validamente e ponga in capo al debitore il dovere (*rectius*, l'obbligo) di adempierla. Attenzione: il dovere di adempiere l'obbligazione fonda anche il diritto del debitore di adempierla, non solo il suo dovere, tant'è che lo Stesso Codice civile prevede l'istituto della *mora credendi* (*ex art. 1206 c.c.*) per liberare il debitore e soprattutto prevede che in caso di remissione del debito il debitore possa dichiarare “in un congruo termine di non volerne profittare” (*art. 1236 c.c.*). Il discorso meriterebbe approfondimenti che non possiamo proporre in questa sede.

biamente a un atto di autodeterminazione del *velle subiecti* (imputabile e responsabile), foriero di responsabilità, non può considerarsi come esercizio del diritto di autodeterminarsi. E qui, ovviamente, riprendiamo il discorso fatto nelle pagine precedenti. Così configurando allora il diritto di autodeterminazione, tosto si comprende che esso non ha un oggetto inqualificabile sotto il profilo giuridico e rimesso a un'opzione purchessia del suo titolare; ma all'opposto si tratta di un diritto il cui contenuto, se certamente non è pre-definibile nel dettaglio del suo *quantum* e del suo *quomodo* e se altrettanto certamente è rimesso, per questi aspetti, all'opzione concreta e contingente del soggetto e alla sua volontà libera, senz'altro esso presuppone e deve presupporre, in quanto diritto *in se*, un criterio intrinseco e oggettivo rappresentato dalla natura dell'ente che lo esercita... autodeterminando-si, o, per meglio, dire dalla natura dell'ente che, autodeterminando-si liberamente, deve autodeterminare sé stesso, attraverso una volontà confacente alla sua essenza; *ergo* il *proprium*, cioè il criterio del diritto di autodeterminazione dell'*esse personae* è rappresentato dal principio razionale che è condizione e regola della libertà umana e del giure.

## II. AUTO-DETERMINAZIONE E ORDINAMENTO POSITIVO. SPIGOLATURE.

Per sottolineare, in epilogo del discorso e conclusivamente, il «rilievo pratico» relativo alle questioni trattate, riprendendo anche la premessa introduttiva e i vari cenni fatti in più parti del testo, giova dare conto, sia pure sinteticamente, di come il Sistema dello *ius positum* affronti e disciplini il problema del diritto di autodeterminazione in alcuni casi specifici e – diremo – paradigmatici.

Ebbene, guardando alle norme positive e alla Giurisprudenza della Corte costituzionale – ma anche, in parte, a quella della Corte di Cassazione – tosto emerge che salvo alcune eccezioni, le quali potremmo definire come «felici contraddizioni» all'interno del Sistema medesimo, tutto porta a ritenere che il modello di autodeterminazione fatto proprio dallo *ius positum*, sia quello che abbiamo declinato *sub specie*

di autodeterminazione del *velle vultum*, quello opposto, insomma, al diritto di autodeterminazione che noi abbiamo considerato essere proprio della persona sul piano ontologico e confacente alla realtà del diritto e della libertà umana *in se* (e *in se* propria della persona).

Si consideri, allora – a titolo di esempio – la disciplina del c.d. parto in incognito di cui all'art. 30 del D.P.R. 396/2000, la quale consente alla madre (l'autodeterminazione «legale» della propria volontà irrazionale e disumana) di non assumersi le responsabilità e di non adempiere le obbligazioni che, in quanto madre, le competerebbero *ut natura* nei confronti del figlio.<sup>20</sup> Ovviamente – lo precisiamo a

---

<sup>20</sup> Nella fattispecie *de qua*, peraltro, emerge anche un possibile profilo di contrasto tra la volontà-auto-determinazione (del *velle*) della madre di partorire in incognito e la volontà-auto-determinazione (dell'*esse*) del padre di adempiere le proprie obbligazioni genitoriali. Ebbene, al di là delle questioni relative al fondamento delle due rivendicazioni in parola – volontaristico il primo, sostanziale il secondo – e al di là delle varie peculiarità (*res facti*) inerenti alle fattispecie concrete di volta in volta presentate all'analisi dell'interprete, tosto emerge che la citata disciplina pretermetta radicalmente la considerazione della figura paterna, la quale, infatti, risulta del tutto soggetta alle e dipendente dalle auto-decisioni della madre: a questa soltanto, invero, viene consentito di auto-determinar-si nel senso dell'adempimento o dell'inadempimento delle obbligazioni nascenti dalla qualità di genitore, mentre al padre non resta che «subire», *in parte qua*, la decisione della donna e ciò, ancorché sussista (o sia sussistito al momento del concepimento) tra i due soggetti un vincolo di coniugio. Un tanto palesa *ictu oculi*, tra i molti nodi problematici che in questa sede è necessario trascurare, un'arbitraria disparità di «trattamento legale» tra il padre e la madre: non potendo, infatti, ritenere che la madre sia «più genitore» rispetto al padre, né, tantomeno, potendo ritenere che la madre sia l'unico genitore del concepito, risulta difficile conciliare la normativa in parola col «principio» di eguaglianza sostanziale, anche letto alla mera luce dell'esegesi correntemente proposta in relazione all'art. 3 cost.; la medesima disparità, peraltro, è agevolmente rinvenibile anche in seno alla disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza *sub* L. 194/1978. Sempre in ordine – poi – alla normativa *de qua* è emerso anche il conflitto tra il «diritto volitivo» ch'essa riconosce alla madre di rimanere anonima e di determinare – quantomeno in termini potenziali – anche l'anonimato (coattivo) del padre e il diritto del figlio ad avere informazioni circa le proprie origini «biologiche», diritto, quest'ultimo, negato *ex lege* dal combinato disposto degl'artt. 30 del D.P.R. 396/2000; 93 co. II del D.Lgs 196/2003 e 28 della L. 184/1983. Siffatto diniego, peraltro, ottenne anche l'avvallo della Corte costituzionale, la quale ritenne non fondata la questione di costituzionalità sollevata con riferimento al citato art. 28 della L. 184/1983 (cfr 16 Novembre 2005, Corte Costituzionale, Sentenza № 425, Presidente: Marini, Redattore: Bile). Coerentemente, poi, i Giudici (di merito) hanno dichiarato inammissibile la richiesta di dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che abbia partorito in incognito, funzionale e propedeutica rispetto al perfezionamento in capo a quest'ultima della obbligazione alimentare nei confronti del figlio reietto (cfr 14 Ottobre 2015, Tribunale di Milano, Sez. I, Sentenza № 11475). Sulla problematica inerente il «bilanciamento»

scanso di equivoci – comprendiamo la «intenzione buona» della disciplina *de qua*, cioè quella di «scoraggiare» l'aborto, l'infanticidio *et coetera*, ma comprendiamo anche che non è solamente l'intenzione a qualificare moralmente e giuridicamente il mezzo utilizzato per raggiungerla, siccome comprendiamo che contrastare un male con un c.d. male minore, non significa affatto operare il bene o per il bene, ma significa invece rimanere – se così possiamo dire – nella dimensione del male il quale, in termini giuridici, si definisce *iniuria*.

Un altro esempio, per certi aspetti più complesso, è quello offerto dalla L. 194/1978 in materia di aborto procurato. Anche qui, infatti, viene consentita e legalizzata, *sub specie* di diritto soggettivo-positivo, pur soggetto ad alcuni condizionamenti e all'espletamento di alcune procedure, la volontà-pretesa della gestante di procedere all'interruzione della gravidanza, senza che abbia alcun rilievo né la vita del concepito, né l'essere in sé della gestazione; viene consentita e legalizzata, dunque, la realiz-

---

tra il c.d. diritto all'anonimato della madre e il diritto del figlio all'informazione sulla propria origine familiare e biologica, è recentemente intervenuta sia la Corte europea dei Diritti dell'Uomo (25 Settembre 2012, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Godelli *versus* Italia, Ricorso № 33783/2009), sia la Corte costituzionale della Repubblica italiana (18 Novembre 2013, Corte Costituzionale, Sentenza № 278, Presidente: Silvestri, Redattore: Grossi). Pur non essendo questa la sede per dilungarsi sulle varie e soverchie questioni che emergono dalle pronunzie citate, tosto rileva che la «soluzione» proposta da entrambe i Giudici non superi lo schema dell'auto-determinazione modernamente intesa, ma – se così possiamo dire – lo riafferma e lo rafforza nel suo radicamento volontaristico. Le sentenze *de quibus*, infatti, non consentono al figlio di risalire alle proprie origini e dunque di superare la volontà della madre circa il proprio anonimato legale, ma solo censurano – attenzione – l'eccessiva rigidità della disciplina nazionale, relativa all'impossibilità di avviare una procedura idonea a consentire alla madre anonima di palesare la propria identità – *re melius perpensa* – a fronte di un'istanza in tal senso del figlio abbandonato. Insomma: l'auto-determinazione assoluta della madre viene quivi riaffermata, non solo perché non è consentito superarne la volontà di rimanere anonima, ma anche perché le si consente di modificare, in senso contrario, una propria decisione originariamente definitiva, quale fu quella di non essere nominata nel c.d. certificato di nascita del figlio. Il problema, dunque, non è quello dell'anonimato materno e del diritto alla garanzia legale di esso, né è quello del diritto del figlio (*rectius*, della persona) alla conoscenza delle proprie origini, ma è tutt'interno alla (il-)logica dell'auto-determinazione assoluta della madre e concerne la reversibilità/irreversibilità della decisione della donna di celare la propria identità a suo figlio; di talché il mezzo proposto dai Giudici per la soluzione di esso, altro non è e altro non avrebbe potuto essere, se non quello di una procedura idonea a consentire una nuova manifestazione di volontà della donna – ovviamente vincolante – da avviarsi su istanza del figlio.

zazione d'una condotta (contraria a ragione e a natura) sostanziantesi nel mero rifiuto di portare le conseguenze d'un atto compiuto e d'una situazione oggettiva quale è il concepimento.

Al di là di un tanto, si potrebbe discutere – ovviamente – sui limiti posti dalla legge medesima e sulle condizioni da essa richieste per l'esercizio del «diritto» in parola, come anche si potrebbe discutere sul rigore con il quale tali limiti e tali condizioni vengano osservate e fatte osservare *in concreto*, ma ciò che quivi è opportuno di considerare non è la modalità operativa, ovvero la procedura che occorre seguire per lo svolgimento nella legalità delle pratiche abortive, quanto piuttosto interessa constatare che il Legislatore ha voluto assurgere, attraverso la disciplina *sub* L. 194/1978, al rango di «diritto soggettivo», null'altro che una pretesa volontaristica della gestante <sup>a)</sup> priva di fondamento, <sup>b)</sup> tutt'affatto irrazionale e <sup>c)</sup> senz'altro contro-natura e ciò – è evidente – <sup>1)</sup> in ispregio rispetto alla vita del concepito, <sup>2)</sup> indipendentemente dall'essere in atto della gestazione e – da ultimo – <sup>3)</sup> senza alcuna considerazione dell'eventuale opinione del padre (la quale, invero, non rileverebbe sotto il profilo della natura dell'atto – questo è chiaro – ma senz'altro interessa la dinamica dell'auto-determinazione, nell'eventuale conflitto di volontà tra i genitori). La pretesa della donna, insomma, di non portare a compimento la gravidanza, motivata da «pretesti» tra i più vari, diviene *ex lege* diritto soggettivo della gestante da esercitarsi (addirittura fruendo delle Strutture e dei Servizi messi a disposizione, a questo fine, dallo Stato e dall'Apparato sanitario di esso<sup>21)</sup> a prescindere <sup>a)</sup> dalla realtà del conce-

---

<sup>21</sup> Anche la disciplina della c.d. obiezione di coscienza, pure contemplata dall'art. 9 della L. 194/1978, la quale consente agli operatori sanitari di non prestare la propria opera in partiche abortive, se da un lato permette a questi ultimi di auto-determinare la propria volontà in tale senso (purché nel rispetto della procedura ivi preista), dall'altro rimarca il prevalente diritto della gestante a realizzare il proprio proponimento abortivo: infatti la Legge in parola stabilisce che "l'obiezione di coscienza non possa [coniuntivo nostro (nda)] essere invocata dal personale sanitario [...] quando, data la particolarità delle circostanze, il loro personale intervento sia [coniuntivo nostro (nda)] indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo" (ex art. 9, co. VI, L. 194/1978).

pimento, <sup>b)</sup> dalla vita del concepito, <sup>c)</sup> dalla volontà e dai diritti del padre, nonché <sup>d)</sup> dalla sussistenza delle obbligazioni nascenti dall'atto stesso della procreazione.

Un ulteriore profilo d'interesse, ancora, nel solco del c.d. diritto all'autodeterminazione *ab-soluta* del *velle*, è rappresentato dall'art. 31 del D.Lgs 150/2011, il quale afferma – in linea con la *ratio* della L. 164/1982 – che “quando risulti [congiuntivo nostro (nda)] necessario un adeguamento dei caratteri sessuali, da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il Tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato”. Anche qui, allora, emerge il «diritto» soggettivo-positivo della persona ad autodeterminarsi, con riguardo al proprio corpo e ai caratteri di esso che ne qualificano il genere (i quali sono oggettivi e non possono dipendere da una scelta, da un atto di volontà), secondo una sua personale e soggettiva opzione, secondo, cioè, quello che sia il suo desiderio e la sua vocazione volontaristica (*rectius*, volontaristico-patologica), indipendentemente da quello che è l'ordine proprio dell'anatomia (e della fisiologia) umana. Si tratta, cioè, d'una facoltà legalmente attribuita al soggetto, ond'egli possa (fare) modificare e mutilare il proprio corpo al fine di adeguarlo a un'immagine di sé tutt'affatto «irreale» e «astratta», prodotta (o dal capriccio o, più frequentemente) dalla patologia psichica e dal disordine obiettivo di essa, ideologicamente «confusi» – se così possiamo dire – con una forma di espressione della normale personalità e identità (anche sessuale) dell'essere umano intellettualmente capace.

Eccettuata, infatti, l'ipotesi in cui il desiderio di mutare la forma esteriore dell'apparato riproduttivo abbia genesi in una cosciente (e viziosa) «perversione» del soggetto, noi ben ammettiamo che il disturbo della personalità, sotto il profilo della c.d. “identità di genere”,<sup>22</sup> possa rappresentare e rappresenti una forma di patologia

---

<sup>22</sup> La Corte costituzionale ebbe ad affermare, con riguardo alla citata L. 164/1982, e particolarmente con riferimento all'art. 1 co. I, che “la disposizione in esame costituisce l'approdo di un'evoluzione culturale ed ordinamentale volta al riconoscimento del diritto all'identità di genere quale elemento costitutivo del diritto all'identità personale, rientrante a pieno titolo nell'ambito dei diritti fondamentali della persona” (21 Ottobre 2015, Corte Costituzionale, Sen-

psichiatrica, una forma, cioè, di patologia della mente, non trascurabile sul piano medico e meritevole senz'altro d'essere curata, laddove possibile;<sup>23</sup> ma proprio per questo rileviamo che la terapia, se e in quanto praticabile, non può e non deve sostanzarsi giammai in una coorte di attività atte ad assecondare il decorso della patologia e la pretesa irrazionale ch'essa determina nel soggetto malato.<sup>24</sup> Curare, infatti, non significa «derubricare» una malattia e trasformarla in salute per atto convenzionale, per scelta condivisa; né significa accogliere tesi volontaristico-psicologiche circa l'anatomia umana<sup>25</sup>, giusta le quali sia questa a doversi adeguare alla psiche (malata)

---

tenza № 221, Presidente: Criscuolo, Redattore: Amato) e che la normativa in disamina “si colloca [...] nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale” (6 Maggio 1985, Corte Costituzionale, Sentenza № 161, Presidente: Elia, Relatore: Malagugini).

<sup>23</sup> La stessa Corte costituzionale, invero, non mancò di precisare che “allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, si riconosce che la sindrome transessuale non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia e che soltanto l'operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi [...]. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche [...] ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica ” (6 Maggio 1985, Corte Costituzionale, Sentenza № 161, Presidente: Elia, Relatore: Malagugini). Ciò significa che la stessa Corte riconosce nel transessualismo un disturbo della personalità, *id est* una patologia, un disordine della mente.

<sup>24</sup> La Corte costituzionale, invero, osserva che “il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo ‘naturale’ modo di essere” (6 Maggio 1985, Corte Costituzionale, Sentenza № 161, Presidente: Elia, Relatore: Malagugini), la qualcosa è corretta – attenzione – sotto il profilo della “esigenza incoercibile”, ma è profondamente contraddittoria quando fa riferimento a un “naturale modo di essere”, imperocché, proprio l'incoercibilità della scelta e l'anormalità di essa data dalla sussistenza di uno iato concettuale tra l'anatomia e la psicologia del soggetto, depongono per l'innaturalità del modo di essere del transessuale medesimo, per la sua condizione patologica, non naturale. Tant'è che “ il legislatore ha preso atto di una simile situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee, quando necessario, a garantire gli accertamenti del caso ovvero a consentire – sempre secondo le indicazioni della medicina – l'intervento chirurgico risolutore, e dare, quindi, corso alla conseguente rettificazione anagrafica del sesso” (*Ibidem*).

<sup>25</sup> *Contra* le tesi della Corte costituzionale, a mente delle quali la L. 164/1982 accoglie “un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni [...] ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale. Presupposto della normativa impugnata è, dunque, la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché

e non la psiche a doverne riconoscere l'obiettività, ma significa, all'opposto, ripristinare l'ordine fisiologico della salute, il quale è oggettivo nella sua normalità e non dipende né dal desiderio del paziente, né dall'abilità tecnica dei medici, né, infine, dalle opzioni dei Legislatori o dalle attestazioni dei Registri dello stato civile<sup>26</sup>. Di talché, qualora una persona non si senta a proprio agio con il corpo che le appartiene – sempreché il disagio *de quo* non sia oggettivamente dovuto a patologie del corpo stesso<sup>27</sup>, le quali vanno sempre curate, purché l'intervento sia praticabile per il bene del paziente (la cura, se è veramente tale, è sempre cura del paziente, mai della [sola] malattia) – la cura del disagio ed *ex ante* della malattia psichiatrica che a esso porti, non è e non può sostanzarsi in una modificazione artificiosa del corpo umano sano, in un adeguamento tecnico-chirurgico di esso, cioè, il quale asseconi la patologia medesima, evitandone l'effetto (il disagio), ma senza farne venire meno la causa; la cura, infatti, in questi casi, nei limiti in cui essa sia possibile, deve insistere sulla

---

la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti” (6 Maggio 1985, Corte Costituzionale, Sentenza № 161, Presidente: Elia, Relatore: Malagugini).

<sup>26</sup> *Contra* la tesi della Corte costituzionale, la quale ha affermato che “il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta [...] autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica [onde (nda)] la prevalenza della tutela della salute dell'individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione [...], ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico” (21 Ottobre 2015, Corte Costituzionale, Sentenza № 221, Presidente: Criscuolo, Redattore: Amato).

<sup>27</sup> Le quali possono avere provocato le più disparate deformità o menomazioni dell'organismo: la poliomielite – per esempio – tende a provocare una deformazione agli arti inferiori; le varie forme di carcinoma o, comunque, di neoplasie maligne – per fare un altro esempio – possono provocare gravi e profonde lesioni cutanee, ovvero possono comportare amputazioni di organi o parti del corpo umano, seriamente pregiudizievoli per l'aspetto fisico di esso. In questo caso, allora, il «disagio» sofferto dal paziente, anche per il pregiudizio estetico che gli derivi dalla malformazione o dalla deturpazione *de quibus*, è conseguenza di un'oggettiva patologia del corpo, non di un errata e anomala percezione psicologica di esso; onde la cura della patologia (del corpo) dev'essere tesa al ripristino della normalità propria dell'organismo in sé considerato nella sua complessità, cioè dev'essere tesa al ripristino dell'ordine fisiologico di esso, il quale è anche un ordine – se così possiamo dire – di carattere estetico o comunque legato alla figura e alla forma esteriore del corpo umano.

ψυχή della persona malata, al fine di condurla verso una forma normale di accoglimento di sé e verso quella serenità nel «rapporto» con il proprio corpo che è naturale e fisiologica nel soggetto razionale, sano ed equilibrato. Il disturbo legato all'identità di genere, insomma, non si risolve chirurgicamente, asportando gli organi genitali propri e costruendo quelli opposti (anche perché la modificazione *de qua* sarebbe eminentemente «estetica» e vieppiù incapace di realizzare una totale modificazione del corpo umano, nel senso del genere opposto a quello d'origine, con un apparato genitale-riproduttivo totalmente funzionante), ma, sempreché essa sia suscettibile di risoluzione, si risolve portando la persona *de qua* a vivere bene e serenamente con il e nel corpo che ella ha e con gli attributi sessuali che le partengono *ut natura*<sup>28</sup>.

Il problema del transessualismo, però, ritornando *in medias res* e concludendo questa parentesi, si fa ancora più interessante e penetrante, nel senso del «riconoscimento» del diritto all'assoluta autodeterminazione della volontà (transessualista) soggettivo-personale, se solo si consideri questo e cioè che secondo quanto recentemente affermato dalla Corte costituzionale (e anche dalla Corte di Cassazione<sup>29</sup>), siffatta volontà ha agio d'imporsi sull'attribuzione del genere rilevante per gli Atti ufficiali e segnatamente per i registri dello stato civile, ancorché essa non si sia concretata, *ex ante*, in un intervento chirurgico atto alla modificazione (estetica e funzionale) degli organi genitali (quantomeno) esterni. I Giudici, infatti, hanno coerentemente affermato che è da escludersi «la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di

---

<sup>28</sup> Il discorso *de quo* – il quale senz'altro andrebbe approfondito – *mutatis mutandis* pone le premesse per alcune considerazioni critiche circa l'uso della c.d. chirurgia estetica per finalità *lato sensu* di comodo: v'è da domandarsi, infatti, se la persona sana, la quale avverta una certa tensione psicologica verso una forma fisica differente da quella del proprio corpo, soffra o meno disturbi della personalità e se l'intervento da questa richiesto sia legittimo o illegittimo, alla luce della natura del corpo umano e del diritto che la persona ha sul proprio corpo...

<sup>29</sup> Cfr 20 Luglio 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezione I, Civile, Sentenza № 15138, nell'ambito della quale è stato affermato che la modificazione chirurgica dei caratteri genitali ha da essere considerata in guisa del risultato di un «processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso» (*Ibidem*) in quanto il «diritto in questione [appartiene (nda)] al nucleo costitutivo dello sviluppo della personalità individuale e sociale» (*Ibidem*).

rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale [infatti, coerentemente col dogma dell'assoluta autodeterminazione (nda)] costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali"<sup>30</sup>. Onde la persona che soffra o che ritenga di soffrire la «sindrome transessuale» (o che, comunque, ritenga per scelta di esprimere in siffatta guisa la propria personalità/identità di genere), dev'essere ritenuta titolare del diritto alla variazione dei registri dello stato civile che la riguardino, secondo la sua personale opzione di genere, ancorché ella voglia mantenere i caratteri genitali esteriori proprii del genere opposto a quello nel quale rivendichi di «transitare»... formalmente e legalmente, *id est* per la legge (quindi, davanti alla legge)<sup>31</sup>. In questo caso, cioè, si va oltre rispetto al «riconoscimento» di un (assurdo) «diritto» alla mutilazione chirurgica del proprio corpo, per assumere attributi di genere opposti ai proprii, e solo successivamente, di un «diritto» alla modificazione in tale senso degli atti anagrafici; quivi s'afferma, infatti, il «diritto», al mutamento dei Registri dello stato civile, senza nemmeno porre la condizione del previo adeguamento degli organi genitali esterni al nuovo *status generis* e cioè si afferma l'assoluta «libertà» della persona in ordine, non solo al proprio genere e all'intervento sul proprio corpo, ma anche in relazione alla «registrazione/attribuzione» di esso sul piano legale-amministrativo-anagrafico, onde i Registri dello stato civile (*recte*, i Funzionari preposti alla tenuta di essi) debbono «attribuire» il sesso, non secondo

<sup>30</sup> 21 Ottobre 2015, Corte Costituzionale, Sentenza № 221, Presidente: Criscuolo, Redattore: Amato.

<sup>31</sup> Se è vero – attenzione – che l'intervento chirurgico *de quo* ad altro non porti, se non a una modificazione meramente «estetica» degli organi genitali – ma non anche funzionale con riferimento all'apparato riproduttivo – è altrettanto vero che qualora nemmeno siffatta modificazione (estetica) avvenga, sorgano soverchi profili di problematicità allorquando si affermi che “colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resti [congiuntivo nostro (nda)] impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica” (11 Giugno 2014, Corte Costituzionale, Sentenza № 170, Presidente: Cassese, Redattore: Morelli), inquantoché ciò viene a introdurre nell'Ordinamento positivo il c.d. diritto al matrimonio omosessuale. Il fatto, poi, che quest'ultimo sia limitato e circoscritto ai casi in cui abbia ad applicarsi la disciplina del transessualismo, non semplifica, ma complica la questione, imperocché pone i presupposti della discriminazione e della lesione del c.d. principio d'eguaglianza *sub art.* 3 cost.

l'anatomia del corpo – anche, eventualmente, modificata con un intervento chirurgico – ma secondo l'opzione liberamente esercitata, per sé, dal richiedente nell'*hic et nunc* della richiesta medesima.

La portata del diritto all'assoluta autodeterminazione del *velle*, poi, ben tosto emerge anche dalla disciplina legale dei cc.dd. rapporti familiari: senza entrare nel merito della Riforma del diritto di famiglia (*ex* L. 151/1975) – la quale ha portato allo stravolgimento, *in parte qua*, del Codice civile italiano – basti considerare la normativa in materia di divorzio, *sub* L. 898/1970 (c.d. Legge Fortuna – Baslini) e ss.mm.ii., fino al c.d. divorzio breve di cui alla L. 55/2015 e la più recente L. 76/2016 in materia di unioni civili (c.d. Legge Cirinnà).

L'istituzione legale del divorzio, infatti – per rimanere al nostro tema – altro non rappresenta se non la positivizzazione e la legalizzazione della facoltà – del diritto soggettivo-positivo, per capirci – di assecondare il proprio desiderio, irrazionale e vitalistico, di non adempiere (*rectius*, di non adempiere più) le obbligazioni nascenti dal matrimonio e proprie, sul piano oggettivo, della natura di esso. Il provvedimento costitutivo<sup>32</sup> (*ex* art. 2908 c.c.) del c.d. divorzio, infatti, con il quale il Giudice estingue il rapporto di coniugio, su istanza di uno o di ambedue i coniugi, dà luogo allo scioglimento legale e formale di un vincolo sostanzialmente indissolubile e con questo produce, *in posito iure*, la legittimazione, anch'essa meramente legale e formale (non mai legittima e sostanziale!), all'inadempimento delle obbligazioni nascenti, *ex se*, dal vincolo e dal rapporto di coniugio, tra il marito e la moglie reciprocamente, loro consentendo... di non adempierle nella legalità. Il matrimonio, infatti – “co-

---

<sup>32</sup> Facciamo riferimento alla lucida e acuta analisi proposta da Claudio Consolo, il quale distingue – come è noto – i diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale, definiti “poteri formativi” (C. CONSOLO, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, C.E.D.A.M., Padova 2006<sup>5</sup>, pag. 113) – all'esercizio (*extra*-giudiziale) dei quali può conseguire solamente una sentenza di mero accertamento – dai cc.dd. diritti potestativi ad esercizio giudiziale, per la fruizione e attuazione dei quali occorre la sentenza costitutiva. Ebbene, per quanto concerne le sentenze di divorzio “si tratta [...] di una giurisdizione costitutiva *ex se* ‘necessaria’, ovvero insurrogabile da altre fonti della specifica modificazione ricercata, che la legge infatti non ammette” (*Ivi*, pag. 118).

*niunctio maris et feminae*” – non a caso, come insegna Erennio Modestino, è “*consortium omnis vitae*”<sup>33</sup> ed è proprio in ciò che esso si distingue, sul piano ontologico dell’oggettività e sul piano funzionale del rapporto che costituisce tra il marito e la moglie, dal fidanzamento o da altre forme di relazione affettiva variamente configurabili nell’esperienza sociologica.

Ma anche volendo negare un tanto, la disciplina del divorzio pone un ulteriore problema proprio nell’orizzonte dell’autodeterminazione, imperocché essa non considera – se così possiamo dire – la posizione del coniuge il quale – per ipotesi – non desidera di sciogliere il rapporto matrimoniale e rivendichi il diritto e la libertà di portare innanzi l’unione coniugale; le varie disposizioni in materia di divorzio, invero, se consentono l’autodeterminazione assoluta della volontà del coniuge che si avvalga di siffatto istituto, non consentono – e anzi, negano proprio – l’opposta, ma speculare libertà di autodeterminazione del coniuge contrario. La questione è problematica e per certi aspetti aporetica anche senza entrare (come si dovrebbe fare, invece) nel merito della fondatezza delle due posizioni e limitandosi a considerare la cosa sotto il mero profilo dell’eguaglianza di cui abbiamo *supra* parlato.

Per quanto concerne, poi, il problema delle cc.dd. unioni civili di cui alla citata L. 76/2016, ben tosto emerge che esse altro non rappresentano, se non una vacua forma offerta dal Sistema dello *ius positum* ai proprii soggetti, al fine di accogliere, legalizzare e strutturare nell’Ordinamento civile dello Stato «qualsiasi»<sup>34</sup> relazione af-

---

<sup>33</sup> E. MODESTINO, *Digesto*, 23, 2, 1. Anche il canone 1055 del *Codex Iuris Canonici* prevede che “*matrimoniale foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad proles generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est*” e ciò riprende i due elementi fondamentali della definizione modestiniana: l’eterosessualità della coppia e l’indissolubilità del vincolo.

<sup>34</sup> Letta alla luce del dogma dell’auto-determinazione assoluta del *velle*, il quale peraltro ne rappresenta l’elemento genetico e propulsivo, la stessa legge sulle cc.dd. unioni civili «rischia» di violarle il diritto in parola, inquantocché essa non consente – come abbiamo veduto *supra* alla nota 58) – qualsiasi forma di unione e dunque non consente a chiunque di auto-determinare la propria relazione affettiva, nel modo in cui vuole, giovandosi degli istituti positivamente previsti

fettiva, i cui membri desiderino di formalizzare *ex lege*, mutuando guarentigie, diritti e prerogative proprii della famiglia in sé. Non vi è, infatti, alcuna causa oggettiva propria della c.d. unione civile: non vi è, in essa, un principio razionale che la giustifichi e che la ordini secondo la propria natura di rapporto giuridicamente rilevante. Nella migliore delle ipotesi, invero, la c.d. unione civile è animata da un mero motivo sostanziandosi in un sentimento passionale e in un desiderio vitalistico di stare l'uomo accanto all'altro, i quali, però, in quanto tali, non sono e non possono essere fondativi di alcunché sul piano del giure: non è l'affetto, infine, né l'amicizia, né altro sentimento che può rappresentare la causa tecnicamente e oggettivamente considerata di un rapporto e/o di una relazione giuridica; nemmeno il matrimonio – è ovvio – ha causa nel sentimento di affetto tra i fidanzati, il quale, se mai, ne rappresenta il motivo, l'aspetto propulsore (esterno), non certo il *proprium*.

Gli esempi – a ogni buon conto – potrebbero proseguire e anche le pronunzie della Giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, offrono interessanti «applicazioni» della *Weltanschauung* sottostante alla *ratio* del Sistema positivo fino a ora considerato: basti porre mente alle pronunzie in materia di consenso informato al trattamento medico-chirurgico per averne immediata contezza<sup>35</sup> e ulteriormente, alle Sentenze in

---

dall'Ordinamento. A titolo d'esempio, l'unione civile non può essere né poligama, né poliandrica e nemmeno può realizzarsi in forma «incestuosa» *et coetera*.

<sup>35</sup> La Cassazione, a titolo d'esempio, dopo avere detto che “il consenso informato [...] pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute” (20 Agosto 2013, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 19220), coerentemente afferma che “la finalità dell'informazione che il medico è tenuto a dare è [...] quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente” (*Ibidem*) giacché “il diritto all'autodeterminazione [...] rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita [...] in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive” (9 Febbraio 2010, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 2874). Conseguentemente e coerentemente, allora, la medesima Corte arriva ad affermare che “anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione, per esse-

tema di c.d. eutanasia<sup>36</sup> per trovarne, ancora, le più ampie conferme. Peraltro, già abbiamo fatto cenno all'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo in merito

re stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può [...] sussistere uno spazio risarcitorio" (*Ibidem*). In senso conforme, *ex multis*, cfr 16 Maggio 2013, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 11950; più recentemente, poi, è stato affermato che "la lesione del diritto ad esprimere il c.d. consenso informato da parte del medico si verifica per il sol fatto che egli tenga una condotta che lo porta al compimento sulla persona [*recte*, sul corpo (nda)] del paziente [...] di atti medici senza avere acquisito il suo consenso" (21 Giugno 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 12205) talché "il danno conseguenza [...] è [...] rappresentato dall'effetto pregiudizievole che la mancata acquisizione del consenso [...] ha potuto determinare sulla sfera della persona del paziente" (*Ibidem*). Ne consegue – attenzione – che il medico il quale abbia agito *lege artis* e abbia effettivamente curato il paziente, giovando alla salute di questo e ripristinando nel suo organismo l'ordine proprio della fisiologia, debba comunque risarcirlo del... danno da mancata acquisizione del consenso, avendogli provocate "sofferenza e [...] contrazione della libertà di disporre di sé stesso psichicamente e fisicamente" (*Ibidem*). *Contra* – sia pure solo parzialmente – una precedente pronunzia (cfr 8 Maggio 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 9331), a mente della quale il risarcimento del danno da mancata informazione, in ipotesi di correlato danno biologico, dovrebbe riconoscersi solo nella circostanza in cui il paziente dimostri che qualora avesse ricevuto le informazioni dovutegli, si sarebbe auto-determinato nel senso di negare il proprio consenso al trattamento medico.

<sup>36</sup> In materia di c.d. diritto al suicidio, anche nella forma assistita, pur permanendo formalmente in vigore gl'artt. 580 e 579 c.p., i quali puniscono l'istigazione e l'aiuto al suicidio, nonché il c.d. omicidio del consenziente, d'onde dovrebbe derivarsi l'indisponibilità del bene-vita da parte del titolare di essa, la Suprema Corte di Cassazione – nel noto caso Englaro (cfr 16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748) – ha ritenuto perfettamente legittima l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione (le quali sono tutt'altro che terapie) di una persona in istato di totale incapacità di provvedere a sé stessa e del tutto dipendente dalle altrui cure, sul presupposto che ciò rappresenti – pur in forma del tutto presuntiva – la volontà del soggetto *de quo* di auto-determinarsi in questo senso e cioè di porre in essere pratiche teleologicamente orientate al proprio suicidio. Questo significa, allora, non solo che la Corte considera la vita umana alla stregua d'un bene pienamente e assolutamente disponibile dal suo titolare (così entrando in contraddizione con le citate norme, particolarmente se lette nel combinato disposto con l'art. 5 c.c.), ma anche che, in presenza di una particolare condizione patologica, quale è il c.d. stato vegetativo, sussista un vero e proprio diritto a richiedere (da parte del paziente) e a praticare (da parte del medico e/o del tutore) l'eutanasia, quantomeno della forma «passiva» e «omissiva», cioè attraverso l'interruzione, non solo delle terapie cc.dd. salvavita, ma anche del sostentamento vitale rappresentato dal cibo e dall'acqua necessari per l'ordine proprio del corpo; la Corte, infatti, afferma che "il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale [...] onde (nda)] deve escludersi che il diritto alla autode-terminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita" (*Ibidem*). Analoghe conclusioni, in presenza, però, di un presupposto diverso rappresentato dalla piena capacità del soggetto interessato di manifestare il proprio volere, sono state palesate dai Giudici in relazione al c.d. caso Welby (cfr 23 Luglio 2007, Tribunale di

all'art. 8 C.E.D.U., il quale – se così possiamo dire – è da ritenersi la «fonte archetipica», entro il c.d. «contesto U.E.», del diritto all'autodeterminazione assoluta del *velle* nell'ambito della c.d. «vita privata e familiare»; si pensi, per fare un esempio concreto in merito, all'affermazione, sia pure problematicizzata, del diritto al suicidio (assistito), già ermeneuticamente ricavato dalla Corte di Strasburgo, nel noto caso «Pretty *versus* Regno Unito»<sup>37</sup>, proprio principiando dal citato art. 8 C.E.D.U.

Anche la *vexata quaestio* relativa all'ipotetico diritto a non-nascere o a non-nascere-se-non-sano, peraltro, origina per gemmazione – se così possiamo dire – dalla *Weltanschauung* propria del diritto all'auto-determinazione assoluta, il quale, in un certo senso, viene quivi addirittura «anticipato» rispetto alla nascita dell'ipotetico titolare. Che poi la Corte di Cassazione abbia finalmente negato il c.d. danno-da-nascita, escludendo che la non-vita possa essere considerata alla stregua di un bene-della-vita su-

---

Roma, G.U.P., Sentenza, № 2049): in questa circostanza, infatti, il medico che procedette a interrompere il sostentamento vitale del paziente, su richiesta del proprio assistito, è stato assolto, con dichiarazione di non luogo a procedere *ex art.* 425 c.p.p., perché «l'imputato [...] ha agito alla presenza di un dovere giuridico che ne scrimina l'illiceità della condotta causativa della morte altrui e si può affermare che egli ha posto in essere tale condotta dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l'esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un trattamento sanitario non voluto» (*Ibidem*). Una «conferma», ancora, dell'impostazione quivi citata può rinvenirsi anche in una recente pronuncia del Giudice tutelare del Tribunale di Cagliari, il quale ha accolto il ricorso presentato dall'Amministratore di sostegno e finalizzato a ottenere l'autorizzazione per il «distacco di tutti i presidi medici per il sostegno vitale» dell'amministrato pienamente consapevole e consenziente (16 Luglio 2016, Tribunale di Cagliari, Decreto, G.T. dott. Delitala). È significati che questo caso non abbia avuto il «risalto mediatico» degli'atri citati...

<sup>37</sup> Cfr 29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso № 2346/02, ove i Giudici di Strasburgo, dopo avere affermato che «*la dignité et la liberté de l'homme* [intesa, ovviamente, come libertà assoluta e negativa (nda)] *sont l'essence même de la Convention* [...] onde (nda)] *la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification*, [concludono che nell'ipotesi in cui (nda)] *la requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituerait une fin de vie indigne et pénible, la Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention*». Correttamente, invero, osserva Raffaele Bifulco, con riguardo al citato *affaire Pretty*, che «per la prima volta, anche se non in maniera decisa, [...] si è affermato che il (nda)] diritto all'autodeterminazione [...] rappresenta il fondamento (nda)] di un [non meglio precisabile (nda)] diritto al suicidio assistito» (R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, Il Mulino, Bologna 2003, I, pag. 166).

scettibile di subire nocumento e dunque suscettibile di essere valutato ai fini del ristoro risarcitorio<sup>38</sup>, è questione diversa, sulla quale, in questa sede, non è mestieri di soffermarsi più che tanto, anche perché, se da un lato le Sezioni unite hanno negato il risarcimento per il «danno» *de quo* in capo al figlio e dunque hanno negato – potremmo dire – un ipotetico diritto all'autodeterminazione per la non-nascita già sussistente *ante partum*,<sup>39</sup> dall'altro hanno comunque affermato la possibile sussistenza in capo alla madre del danno conseguente alla nascita indesiderata del figlio, qualora questa sia imputabile al medico il quale abbia omesso di informare la gestante circa le condizioni di salute del feto, impedendole, così, di autodeterminarsi nel senso di richiedere l'aborto ai termini della L. 194/1978<sup>40</sup>.

Più interessante, però, potrebb'essere – in conclusione – un cenno che metta in evidenza due contraddizioni interne al Sistema dello *ius positum*: la prima concerne l'art. 5 c.c., il quale fa divieto di compiere “atti di disposizione del proprio corpo [... che (nda)] cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica” e quindi siffatta disposizione nega il diritto di autodeterminare qualsiasi volontà e di realizzare qualsiasi opzione, le quali abbiano a oggetto il corpo umano, anche se la volontà e l'opzione *de quibus* siano quelle, «libere» e consapevoli, del titolare di esso. Ed è chiaro, allora, che questa prospettiva escluda *ex se* l'impostazione c.d. liberale e segnata-mente la categoria lockiana della *property*, o, per meglio dire, del binomio *property*-

---

<sup>38</sup> Cfr 22 Settembre 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza № 25767. *Contra*, la statuizione della Giurisprudenza francese nel noto caso Perruche (cfr 17 Novembre 2000, Corte di Cassazione Francese – *Assemblée plénière* – *arrêt* Perruche, Decisione № 99-13701), ove i Giudici hanno effettivamente riconosciuto in capo soggetto nato un «danno da nascita», correlato alla lesione del diritto a non nascere se non sano.

<sup>39</sup> La Corte, però, si è ben preoccupata di rilevare che “cosa diversa [...] è il (nda)] c.d. diritto di staccare la spina, che comunque presuppone una manifestazione positiva di volontà *ex ante* (testamento biologico)” (22 Settembre 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza № 25767), come a dire che esiste un diritto della persona all'auto-determinazione assoluta sulla propria vita, fino a richiederne la soppressione, ma non esiste un diritto contro la vita e alla non-vita proprio del concepito.

<sup>40</sup> La Corte parla, in merito, di “accertamento [...] dell'effettivo evento di danno conseguito al mancato esercizio del diritto di scelta, per [...] negligenza del medico curante” (22 Settembre 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza № 25767).

*liberty* (il quale, per completezza, dovrebbe essere considerato in guisa di trinomio comprensivo anche della *privacy*, coerentemente definita “*right to be let alone*”<sup>41</sup>), quale asse concettuale del personalismo-liberale e del liberalismo-personalistico proprio (trasversalmente) della modernità gius-politica.

La natura del corpo umano, infatti, il suo ordine e la normalità della sua fisiologia, rappresentano, anche per il Legislatore (realista) del Codice, il criterio della e per la autodeterminazione su sé stessi, la quale, dunque, per essere legittima – e sotto questo profilo anche legale – non deve recare nocumento alla persona stessa o essere altrimenti idonea a mutilarla o a deturparla (anche sotto il profilo dell’ordine pubblico e del buon costume), ma – se così possiamo dire, riassumendo – deve razionalmente rispettare il corpo umano per quello che esso è *in se* e per quello che esso rappresenta nella sua realtà. Sicché, la persona *compos sui* avrà diritto, a titolo d’esempio, di vendere le proprie chiome o di mettere a disposizione d’un committente le proprie energie fisiche (pur anche dietro compenso), ma non potrà fare mercimonio (e nemmeno donazione) di un arto o di un qualsiasi altro organo, né potrà appaltare il proprio corpo affinché venga fatto di quest’ultimo un uso purchessia dietro il pagamento della mercede pattuita. E il fondamento di un tanto risiede proprio nella circostanza in virtù della quale le prime condotte – i primi atti dispositivi, potremmo dire – rientrano nell’ordine (razionale) proprio della natura umana e segnatamente nell’ordine proprio della natura del corpo umano, mentre le seconde si sostanziano in un abuso (su) di esso, fonte *ex se* di disordine, di danno, di nocumento alla persona, sul piano fisico, sul piano psicologico, sul piano della dignità umana *et coetera*, a seconda dei casi.

La disciplina in questione – lo rileviamo *per incidens* – non è di mero stile o priva di rilievo sotto il profilo pratico-operativo dell’esperienza giuridica, vero è – a titolo d’esempio – che lo stesso Legislatore, per consentire la c.d. donazione degli organi

---

<sup>41</sup> S. WARREN – L. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, The Harvard Law Review Association, Harvard 1890, Vol. IV, № 5, pagg. 193 – 220.

tra persone viventi, è dovuto intervenire con disposizioni derogatorie rispetto a quella in parola<sup>42</sup> e anche la citata normativa in materia di transessualismo, per espressa dichiarazione della Corte costituzionale<sup>43</sup>, è da ritenersi in deroga rispetto alla disposizione *de qua*.

Non solo: l'art. 5 c.c., infatti, rileva massimamente anche nell'ambito d'un interpretazione sistematica dell'art. 50 c.p., in riferimento alla validità, in senso scriminante, del c.d. consenso dell'offeso. L'esimente *de qua*, invero, avendo agio di operare solo in presenza d'un consenso relativo ai cc.dd. diritti disponibili, non opera allorché esso si riferisca a una condotta o a una procedura pregiudizievoli per l'integrità fisica del soggetto (consenziente sì, ma in modo non-valido), inquantoché – limitandosi a un'interpretazione positivista del Sistema – a ciò osterebbe e osta il disposto del

---

<sup>42</sup> La L. 458/1967, all'art. 1 prevede che “in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del Codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi” e ciò, purché siano rispettate le seguenti condizioni: precedenza dei parenti sugli estranei (art. 1 co. II *et* III), maggiore età, capacità naturale del donante e verifica giudiziale dei requisiti (art. 2 co. II *et* III) gratuità e assenza di condizioni dell'atto dispositivo (art. 2 co. IV), giudizio tecnico favorevole al prelievo e al trapianto (art. 2 co. V), stato di necessità del donatario e suo consenso (art. 4), nullità di pattuizioni accessorie, in particolare di quelle concernenti compensi (art. 6). Lo stesso schema, peraltro, è ripreso dalla L. 483/1999, la quale, all'art. 1, co. I, prevede che “in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi”, facendo rinvio, in quanto compatibili, alle norme *sub* L. 458/1967. Un tanto impone di rilevare <sup>a</sup> che il Legislatore non consente l'assoluta auto-determinazione del *velle* in ordine agl'atti dispositivi del proprio corpo, impendendo, a titolo d'esempio, la compra-vendita degl'organi e <sup>b</sup> che, se consente, nei casi veduti e con le guarentigie considerate, la donazione di un rene e di “parti di fegato”, non consente, invece, la donazione di altri organi o di altre parti del corpo la cui asportazione o recherebbe un pregiudizio «troppo» grave alla vita del donante – come nel caso della donazione di una cornea, di un arto *et similia* – o ne cagionerebbe la morte.

<sup>43</sup> La Corte romana, infatti, osserva che “il trattamento sanitario che abbia ad oggetto l'adeguamento dei caratteri sessuali morfologici esterni alla identità psico-sessuale, rientra tra quelli che, pur determinando una diminuzione permanente della propria integrità fisica, sono eccezionalmente ammessi dall'ordinamento – in deroga al divieto di cui all'art. 5 del codice civile – nei limiti fissati dal legislatore statale con la legge del 14 aprile 1982 n. 164” (21 Giugno 2006, Corte Costituzionale, Sentenza № 253, Presidente: Marini, Redattore: Saulle), eppertanto dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, co. V della L.R. (Toscana) 63/2004, in quanto “tale disposizione incide [...] nella materia dell'ordinamento civile e, precisamente, in quella degli atti di disposizione del proprio corpo, riservata all'esclusiva potestà legislativa statale” (*Ibidem*).

citato art. 5 c.c. Onde la persona che con il consenso, o addirittura su richiesta dell'interessato, proceda a una forma di mutilazione del corpo umano di quest'ultimo, non potrebbe e non può invocare la scriminante *sub* art. 50 c.p., in quanto il consenso e/o la richiesta *de quibus* avrebbero da ritenersi non-validamente dati (*tamquam non essent*), dacché aventi a oggetto diritti indisponibili; eppertanto, il *reus*, nel caso in parola, dovrebbe rispondere *pleno iure* del reato di lesioni personali *sub* art. 582 c.p.

Peraltro, anche la disciplina dei contratti risente del portato dispositivo *ex* art. 5 c.c. e ciò – senza entrare troppo nel merito della questione – segnatamente in quanto esso viene a determinare un criterio d'illiceità della causa e dell'oggetto, rilevante ai fini dell'applicazione degli artt. 1343 *et* 1346 c.c. Di talché – a titolo d'esempio – giusta il combinato disposto tra gli artt. 5 *et* 1346 c.c. è da ritenersi nullo l'accordo con il quale si faccia mercato di parti o di porzioni del corpo umano (*res extra commercium*), la cui disposizione rechi permanente nocumento alla persona del disponente e allo stesso modo è da ritenersi nullo, per violazione del combinato disposto tra gli artt. 5 e 1343 c.c., quel contratto il quale abbia per causa la mercificazione del corpo, lesiva dell'integrità fisica e della salute proprie del concedente.

L'altro esempio cui cennavamo prima riguarda una norma assai più recente rispetto all'art. 5 c.c. e cioè il D.P.R. 211/2003 in materia di sperimentazione farmacologica e clinica. Nell'articolato di esso, infatti, – ampio, complesso e di non facile interpretazione – chiaramente emerge, però, l'impossibilità di considerare il corpo umano alla stregua d'un bene rimesso alla piena e assoluta autodeterminazione del volere del suo titolare<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Basti considerare il disposto dell'art. 1 co. V DPR 2011/2003 a mente del quale “è fatto divieto di offrire, elargire o richiedere incentivi o benefici finanziari per la partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica, ad eccezione delle eventuali indennità per il volontario sano”, sicché è da escludersi la possibilità di appaltare il proprio corpo ai fini di una o più sperimentazioni.

La normativa in parola, infatti – in estrema sintesi – fa divieto di appaltare il proprio corpo per le procedure di sperimentazione farmacologica (e clinica) e prevede, allo scopo di evitare manovre elusive – sia dei candidati, che dei ricercatori – una coorte di criteri per l'inclusione nel processo sperimentativo, i quali, se ovviamente presuppongono il consenso informato del paziente, altrettanto certamente considerano la salute e la vita umana alla stregua di beni non disponibili in termini assoluti e anzi... da tutelarsi e preservarsi nell'ordine proprio della loro natura<sup>45</sup>. In senso conforme, peraltro, si esprime anche l'art. 3 co. I del D. Lgs 200/2007, il quale prevede che “la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti della sperimentazione prevalga [congiuntivo nostro (nda)] sugli interessi della scienza e della società”.

Il discorso fatto, allora, vuole dare conto, sia dell'attuale modo di concepire e affrontare il problema del c.d. diritto di auto-determinazione, sia delle *rationes* che sottostanno alla prevalente *Weltanschauung*, sia – da ultimo – delle contraddizioni e delle aporie che emergono, così sul piano concettuale e teoretico del problema, come anche su quello operativo e applicativo legato alla prassi.

---

<sup>45</sup> Il citato DPR 211/2003, infatti, all'art. 3, co. I, lett. a) prescrive, quale *pre-requisito* necessario per l'intrapresa della sperimentazione, che “i rischi e gli inconvenienti prevedibili siano stati soppesati rispetto al vantaggio per il soggetto incluso [...] e per altri pazienti attuali e futuri”.