

SULLA CRISI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO E SULLA «METAMORFOSI» DELLA PRETESA IN DIRITTO¹

di

Rudi Di Marco

(Università degli Studi di Udine)

Abstract

The ontological deficiency of a modern legal sistem determines his temporariness and his fragility. The positivistic sistem, in fact, renouncing at the ontological foundation in the principal of justice, and pretending to be self-sufficient, it is structured as a formal apparatus of the sovereing power; it is reduced to a instrument for realiziong the strongest will. The negative freedom, id est the freedom exercised without any limit, rapresented the ideological background of the political and juridical modernity. Then, the freedom of the individuals is opposed to the power of the State; in fact the citizens accept the limit of the laws, for the reasons of civil cobabitation , but, at the same time, they demand that the politically institution guarantee them areas of immunity from law.

SOMMARIO:

I. L' attualità (e la contingenza) del problema. – I.A. (Segue) Il «primo» problema: una nuova eguaglianza? – I.B. (Segue) Il contesto di riferimento. – II. Autodeterminazione, razionalità e libertà. – II.A. (Segue). Persona, libertà libero arbitrio.

Διὸ οὐκ ἐῷμεν ἄρχειν ἄνθρωπον ἀλλὰ τὸν λόγον
ὅτι ἑαυτῷ τοῦτο ποιεῖ καὶ γίνεται τύραννος.
Ἔστι δ' ὁ ἄρχων φύλαξ τοῦ δικαίου εἰ
δὲ τοῦ δικαίου καὶ τοῦ ἴσου.
(ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, V, 6, 1134 a-b)

¹ Il Saggio propone – riveduta e ampliata nell'apparato critico – la Relazione introduttiva presentata a Udine il giorno 19 Gennaio 2017 (su invito del Direttore) in occasione dell'ottavo incontro organizzato nell'ambito del Seminario permanente «I colloqui di Antigone», diretto dal Chiar.mo Prof. Danilo Castellano. L'iniziativa, svolta in collaborazione col Comitato Convegni Filosofici di Udine, è rientrata tra le attività del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Udine.

I. L'ATTUALITÀ (E LA CONTINGENZA) DEL PROBLEMA.

In un certo senso e con un'approssimazione forse troppo sintetica, può dirsi che nell'espressione «autodeterminazione e diritto» venga a condensarsi il problema del diritto e della sua umanità, in relazione alla libertà dell'uomo di agire *in rebus mundi et iuris* entro la comunità politica che gli è ontologicamente propria² (e che, invece, secondo il costruttivismo contrattualistico – rousseauiano, lockiano, hobbesiano *et similia* – dipende dal suo essere «nello» Stato-sovrano, dal suo essere, cioè, «parte» del consorzio c.d. civile, successivo al contratto sociale e da esso, in vari modi, dipendente).

L'autodeterminazione, infatti, da un lato rappresenta, come capacità subiettiva, il presupposto concettuale dello *ius*, non avendo senso alcuno un diritto che si rivolga a enti incapaci di autodeterminarsi e dall'altro, come carattere proprio di un «atto libero» della volontà umana (*recte*, dell'uomo che liberamente vuole e agisce, nell'esercizio del proprio *liberum arbitrium*), essa rappresenta la «causa morale» d'imputazione dell'atto medesimo al proprio autore *sub specie* di atto *secundum ius*, ovvero di atto *contra ius*, vale a dire *sub specie* di atto che inverte l'esercizio di un diritto (subiettivo ← *facultas moralis*), o di atto che ne rappresenta l'abuso, *ergo* la violazione. Sicché il rapporto tra «autodeterminazione e diritto» è suscettibile, *in abstracto*, di (almeno) quattro linee di declinazione: una prima, infatti, presuppone la (capacità di) autodeterminazione al diritto in guisa di *condicio subiecti*; una seconda pospone il drit-

² Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, in particolare: I, 1252 b – 1253 a. Segnatamente giova considerare che per il filosofo “lo Stato è un prodotto naturale e che l'uomo per natura è un essere socievole: quindi chi vive fuori dalla comunità statale per natura e non per qualche caso o è un abietto o è superiore all'uomo” (ARISTOTELE, *Politica*, Roma – Bari, Laterza, 2005, I, 2, p. 6). Secondo san Tommaso “*quia homo est animal sociale, naturaliter unus homo debet alteri id sine quo societas humana conservari non posset*” (SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, II – II, q. 109, a. 3); infatti, ribadisce l'Autore, “*homo est naturaliter animal sociale, eo quod sibi non sufficit ad vitam*” (*Ivi*, q. 129, a. 6); altrove, poi, egli precisa che “*est autem omnibus naturale ut se invicem diligant [...] ac si omnibus homo omni homini esset familiaris et amicus*” (SAN TOMMASO, *Summa contra Gentiles*, III, c. 117).

to, inteso come obiettivo criterio di giudizio, all'atto di autodeterminazione; una terza, antepone la volontà di autodeterminazione al contenuto del diritto, di modo che questo dipenda da quella; una quarta, da ultimo, pone l'autodeterminazione e il diritto su di un piano cartesiano, nell'ambito del quale il diritto all'autodeterminazione risulta direttamente proporzionale rispetto alla giuridicità intrinseca all'atto (e della volontà soggettiva) di autodeterminazione medesima.

Ebbene, se la prima forma di declinazione del paradigma *de quo* rappresenta un postulato logico del rapporto in disamina e se la seconda definisce *ex se* un criterio obiettivo di giudizio sulla condotta, realizzato sotto il rispetto di una data norma (per quanto – si badi – esso sia suscettibile di applicazioni molto diverse tra loro a seconda di che cosa si intenda con la parola «diritto» e dunque a seconda di quale sia il contenuto della norma *de qua*), ciò che massimamente rileva ai fini della nostra analisi, è rappresentato dallo «scarto concettuale» tra la terza e la quarta forma di declinazione che *supra* abbiamo considerate. Infatti, dato il presupposto della capacità di autodeterminarsi e dato l'inevitabile vaglio gius-legale rispetto all'atto di autodeterminazione, altro è ritenere che la volontà di autodeterminarsi in un dato *modus* definisca *ex se* il contenuto del diritto di autodeterminazione medesimo e altro, tutt'altro, è ritenere che la sussistenza di quest'ultimo in capo al *subiectum agens* proprio dipenda, *in casibus*, dal valore obiettivamente giuridico (il quale, per i positivisti coincide con il valore legale, *id est* con il contenuto delle *normae positae*, lette nel loro contesto di riferimento) del suo stesso *volumen*: nel primo caso, infatti, si avrebbe un diritto α -giuridico all'esercizio della libertà negativa, quindi un «diritto volitivo» a contenuto dipendente dalla volontà del suo stesso titolare, mentre nel secondo si avrebbe un vero e proprio diritto del soggetto (in questo senso... soggettivo) all'esercizio di una libertà (umana *in se*) obiettivamente qualificata dalla giuridicità/liceità.

Ciò posto, allora, resta del tutto evidente che l'accoglimento dell'una o dell'altra *forma* di declinazione del paradigma di riferimento, *ex uno latere*, dipende da che cosa si intende per libertà dell'uomo che è soggetto di e al diritto e per diritto che è condizione e criterio della libertà stessa ed *ex alio*, comporta una peculiare struttura dell'Ordinamento di riferimento considerata anche sotto il profilo teleologico rispetto ai fini di esso e al significato della stessa convivenza umana. Non solo: dall'accoglimento dell'una o dell'altra *forma* di declinazione del paradigma *de quo*, infatti, dipende anche il *proprium* del vaglio giuridico (dell'atto di autodeterminazione) al quale prima abbiamo fatto riferimento e ciò, segnatamente in quanto e l'una e l'altra prospettiva condizionano e determinano, ciascuna a suo modo, lo stesso contenuto della *norma agendi* di volta in volta considerata nella dimensione operativo-applicativa di essa.

La questione posta dal rapporto tra «autodeterminazione e diritto», dunque, soprattutto se «focalizzata» sopra questi ultimi aspetti concettuali, rappresenta – almeno a nostro avviso – l'*ubi consistam* attorno al quale gravitano i principali problemi della *post-modernità* (*id est*, della attualità) politico-giuridica; essa, invero, è una questione «di fondo», se così possiamo dire, in quanto interessa la stessa struttura, la stessa *causa* e la stessa legittimazione dell'Ordinamento, qualunque sia la lettura di esso che si voglia accogliere; anzi... possiamo addirittura osservare che i problemi *de quibus* e la loro «irruenza» normativo-giurisprudenziale, arrivano proprio a scardinare la stessa grammatica e la stessa sintassi degli Ordinamenti positivi per come tralaticciamente presentate e proposte dai vari Manuali di diritto (in particolare da quelli di diritto pubblico, forgiati secondo gli schemi del modello francese).

Intorno al rapporto tra «autodeterminazione e diritto», infatti e sulla base della declinazione del suo paradigma, in particolare considerando che la *Weltanschauung* della *post-modernità* si caratterizza proprio in ragione di un accoglimento acritico della terza linea di declinazione prima citata, si profila una coorte di problematiche «nuo-

ve» alle quali nemmeno le cc.dd. scienze giuridiche proprie del $\pi\acute{\alpha}\nu$ -positivismo (*ergo* la scienza giuridica galileianamente intesa) riescono agevolmente a dare risposte (anche solo operativamente efficaci). Si tratta, invero, di questioni intersecate e intersecantesi le une con le altre, le quali concernono sia il profilo privatistico dello *ius positum*, sia il profilo pubblicistico di esso, sia, in fine, l'ambito del diritto costituzionale, letto anche in controluce rispetto alla struttura formale del c.d. diritto internazionale pubblico.

Si pensi, per fare un esempio che nasce in seno al diritto civile, al rapporto tra «autodeterminazione e diritto» della persona, con riferimento agli atti dispositivi del proprio corpo, alla libertà negoziale, ai rapporti familiari, alla disciplina dell'ufficio tutorio e della potestà (ora... responsabilità³) genitoriale. Oppure, per fare un esempio che trae le mosse da ambiti pubblicistico-penalistici, si ponga mente al rapporto tra «autodeterminazione e diritto» della persona con riguardo al valore scriminante del c.d. consenso dell'offeso (*sub* art. 50 c.p.) e con riguardo alla normativa in vigore sull'omicidio del consenziente (*sub* art. 579 c.p.), le quali, peraltro, debbono essere lette non solo alla luce dei principii «realistici» che informano i Codici, ma anche alla luce delle *rationes* «liberali» espresse dal Testo costituzionale, particolarmente *ex* combinato disposto tra gli artt. 2 e 32 cost. Se poi si voglia porre mente, ancora, pur *de iure condendo* e in ambiti che abbracciano entrambe le branche del diritto, alle varie e attualissime tematiche concernenti le cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento, il c.d. diritto al rifiuto delle cure, il dibattito sull'eutanasia, sulla leniterapia *et coetera*, tutto dimostra immediatamente la necessità concettuale e operativa in un tempo di

³ Come è noto, il D.Lgs 154/2013 ha novellato il Codice civile sostituendo la «vecchia» potestà genitoriale (prima, cioè anteriormente alla Riforma del 1975, condensata nella patria potestà, a sua volta erede della *patria potestas* di origine classica e in ispecie romanistica) con la «nuova» responsabilità genitoriale. La questione è complessa assai e meriterebbe ampia trattazione. In questa sede ci limitiamo a segnalare un errore concettuale e un'assurdità logica insiti nell'attuale dizione. Rileviamo, infatti, che così come non può esservi responsabilità senza potestà, allo stesso modo non può esservi potestà senza responsabilità, *ergo* considerare una fattispecie giuridica, un istituto, non in funzione della sua causa, ma in funzione del suo effetto è già segno, quantomeno, di una carenza sul piano logico della stessa legislazione.

sciogliere il nodo gordiano che avvolge «autodeterminazione e diritto», pena l'impossibilità di affrontare e risolvere le varie questioni, anche sotto il mero profilo positivistico. Da ultimo, poi, in un contesto che sta a cavaliere tra la dottrina costituzionale e amministrativa e quella *lato sensu* internazionalistica, può pure farsi riferimento al c.d. diritto di autodeterminazione dei popoli (citato dall'art. 1, co. II della Carta delle Nazioni Unite del 1945) e ai problemi posti dalle rivendicazioni autonomistiche delle cc.dd. comunità locali, le quali ultime, sempre più spesso, anche se con forme molto diverse tra loro, mettono in discussione il Sistema al quale appartengono *de iure condito* e la legittimità/validità di esso rispetto al contenuto della loro autodeterminazione politica, amministrativa, legislativa, militare *et coetera* (eloquente, in proposito, è il recente caso spagnolo della Catalogna) e tutto questo – si badi bene – proprio traslando sul piano dei rapporti *lato sensu* politici, i dogmi e i presupposti (de-)concettuali che albergano in seno alla citata terza linea di declinazione del rapporto «autodeterminazione e diritto»: le varie propulsioni di carattere autonomistico testé citate, infatti, altro non fanno (quantomeno da un punto di vista concettuale, cioè di principio), se non rivendicare *uti populi* (e in questo caso la dizione «popolo» assume un significato tutt'affatto particolare e moderno⁴) l'esercizio di un diritto alla realizzazione delle proprie pretese *ab-solutae*, il quale finalmente si sostanzia – potremmo dire – nella somma democratico-maggioritaria dei vari diritti di autodeterminazione individuali e dei vari modi di esercitare gli stessi *uti singuli* da parte dei cittadini⁵. Anche in questi casi, invero, pur al netto dei vari aspetti problematici che pongono e delle specifiche peculiarità di essi, ciò che rileva è rappresentato dalla cir-

⁴ *Contra*, il popolo ciceronianamente inteso. Cfr. M.T. CICERONE, *De Re publica*, I, 25 – 39.

⁵ Non a caso è stato opportunamente rilevato che “la democrazia è la trasposizione, dal punto di vista dell'organizzazione giuridica, del principio dell'autodeterminazione” (E. W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Giuffrè, Milano 2006, p. 422) in quanto essa “si connette con il principio della sovranità popolare conferendogli una specifica configurazione” (*Ivi*, p. 377) onde “la necessità intrinseca della decisione a maggioranza per la democrazia deriva sia dal principio della libertà e dell'autodeterminazione, sia dal principio dell'uguaglianza democratica [... talché (nda)] la maggioranza dei voti è, ai fini della decisione, condizione necessaria e sufficiente” (*Ivi*, pp. 444 e s.).

costanza in virtù della quale il contenuto del diritto di autodeterminazione rivendicato dalle varie «comunità locali», dipende dalla loro stessa auto-decisione- per-sé e alligna in una opzione puramente volontaristica, operata da una relativa maggioranza, *id est* da una maggioranza computata rispetto a un dato, predefinito compendio socio-economico-territoriale.

I.A (SEGUE). IL «PRIMO» PROBLEMA: UNA NUOVA EGUALIANZA?

La Corte costituzionale della Repubblica italiana, già nel 1993 riconobbe, sulla base di una lettura sistematica della Costituzione e in particolare sulla base del c.d. principio di uguaglianza *sub* art. 3 cost., che “il primario imperativo costituzionale [... dovesse essere quello (nda)] di perseguire l’obiettivo finale della «piena» autodeterminazione della persona”⁶. Gli stessi Giudici, peraltro, hanno successivamente ribadito, in continuità con siffatta impostazione, che la “libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare”⁷ della persona e che “l’art. 2 della Costituzione [tutela (nda)] l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata”⁸.

È chiaro, allora, che il modello di eguaglianza al quale la Corte ha fatto riferimento (anziché essere quello classico⁹) supera, sotto un certo profilo – che potremmo chiamare funzionale – anche quello illuministico, quello, cioè, della *égalité* coniato dalla Rivoluzione francese e sostanziantesi in un «prodotto» (*id est*, in una conseguenza) della legge positiva.

⁶ 2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza № 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre.

⁷ 9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza № 162, Presidente: Silvestri, Redattore: Tesau-ro.

⁸ 12 Luglio 2000, Corte Costituzionale, Sentenza № 332, Presidente: Mirabelli, Redattore: Contri.

⁹ A titolo d’esempio possiamo ricordare – con le parole di Luigi Ferri – come “la vera uguaglianza per Aristotele sia [coniuntivo nostro (nda)] l’uguaglianza nella proporzione, perché la proporzione è la legge della natura [...] perché la natura tutta è misura, rapporto, serie, gerarchia” (L. FERRI, *Della filosofia del diritto presso Aristotele*, Sebastiano Franco, Torino 1855, p. 74).

Il paradigma dell'eguaglianza nell'autodeterminazione e in funzione dell'autodeterminazione modernamente intesa, infatti, va oltre anche rispetto all'eguaglianza nella legge e davanti alla legge propria del c.d. illuminismo giuridico¹⁰: vero è che in questo caso l'eguaglianza dei *citoyens* non è più la conseguenza positivo-imperativa della generalità rousseauiana della legge stessa,¹¹ ma si struttura come eguale possibilità dei soggetti ^{a)} di realizzare, attraverso la plasticità e la liquidità della norma medesima (*rectius*, della legge stessa), le proprie vitalistiche opzioni *in rebus privatis* e ^{b)} di «sussumere» queste ultime all'interno dello schema proprio del diritto soggettivo-positivo onde mutuarne la legalità formal-istituzionale (*id est*, la *forma legis*, indipendentemente dalla *substantia legis* e anche dalla *ratio legis*).

La legge, dunque, non è più la «causa» e la «condizione» dell'eguaglianza tra i soggetti dell'Ordinamento, cioè la fonte di essa, ma è il mezzo – se così possiamo dire – per realizzarla all'interno degli istituti gius-positivi e all'interno delle Istituzioni politico-amministrative proprie dello Stato; quest'eguaglianza, allora, non dipende dall'imperativo della legge, quanto piuttosto dalla strumentalità/funzionalità di essa

¹⁰ Non a caso è stato affermato che “tutti siamo [...] sottoposti al medesimo diritto [e che questa (nda)] è una condizione dell'eguaglianza e ancor prima della certezza e dello stesso ruolo normativo del diritto [ed è stato anche affermato, coerentemente col dogma del positivismo, che (nda)] non tutti invece abbiamo – né tantomeno siamo obbligati ad avere [...] – le medesime opinioni, o credenze o valori morali” (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ – M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano 2010, p. 235) coerentemente, poi si è dedotto che “su questa asimmetria [...] si fonda la laicità dello Stato e del diritto moderno: il quale non può privilegiare nessuna delle diverse concezioni morali che convivono in una società” (*Ibidem*). L'Autore, peraltro, nella nota che fa riferimento a questo passo, riprendendo le tesi di Hobbes – secondo il quale “tutti i delitti sono peccati, ma non tutti i peccati sono delitti” (T. HOBBS, *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in T. HOBBS, *Opere politiche I*, U.T.E.T., Torino 1959, p. 430) – riferisce che quella esposta sia “una tesi che accomuna l'intera tradizione del giusnaturalismo razionalista [quello moderno (nda)] e dell'illuminismo giuridico” (*Ibidem*).

¹¹ Rousseau, infatti, ritiene che “l'oggetto delle leggi sia [congiuntivo nostro (nda)] sempre generale [...] perché (nda)] la legge considera i sudditi [*recte*, i cittadini (nda)] come corpo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo [*rectius*, mai un soggetto come uomo-persona (nda)], né un'azione particolare” (J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, B.U.R. Milano Rizzoli, 2010³, p. 89).

rispetto al *velle* del soggetto e dall'indifferenza del Legislatore rispetto al contenuto delle cc.dd. scelte private.

La legalità del c.d. diritto privato, dunque, in siffatta prospettiva, non viene più a dipendere dal «modello» sostanzialmente previsto dalla legge, al quale uniformare le condotte soggettive e in funzione del quale derivare l'eguaglianza tra le fattispecie concrete in esso sussumibili, ma rappresenta – se così possiamo dire – il carattere *a priori* che la legge stessa attribuisce e deve attribuire, sotto il mero profilo formale, oltretutto al soggetto-cittadino quale *subiectum volens/agens*, alle scelte individuali realizzate e realizzande da lui entro il «recinto» ch'essa medesima definisce *ex se*.

La legge che sia vocata a consentire l'auto-determinazione assoluta del *velle* e che si faccia strumento per la promozione e per la realizzazione di essa nella legalità, infatti, non realizza il risultato imperativo dell'eguaglianza egualizzatrice ed egualizzante propria della *égalité* illuministica – quella che portò la stessa Corte costituzionale ad affermare che non può discriminarsi per legge, la legge essendo generale¹² – ma realizza, se così possiamo dire, una *figura* di eguaglianza funzionale e meramente formale: funzionale, perché in funzione delle scelte e delle volontà soggettive e meramente formale, perché relativa alle mere forme esteriori degli istituti gius-positivi e dei diritti soggettivi preveduti *in posito iure*: in relazione a essi, infatti, il Legislatore, per evita-

¹² Può farsi rinvio alla pronunzia 25 Maggio 1963, Corte Costituzionale, Sentenza № 85, Presidente: Ambrosini, Relatore: Cassandro, dove viene palesemente precisato – in tema di legittimità della c.d. formula giuratoria *sub* art. 251 c.p.c – che “l’obbligo imposto ai testimoni di giurare secondo una certa formula, [...] sanzionato penalmente [...], non viola la eguale libertà delle confessioni religiose davanti alla legge, dato che esso ha come destinatari tutti i cittadini”; di talché “la generalità della legge [...] sarebbe di per sé garanzia di eguaglianza” (D. CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013, p. 112). In realtà, però, “la generalità della legge è caratteristica formale [e (nda)] non sostanziale” (*Ivi*, p. 113): caratteristica sostanziale, infatti, sarebbe la universalità del suo contenuto di giustizia, del giusto naturale (cfr ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, V, 6-7, 1134 b), al quale essa dovrebbe afferire e nel quale essa dovrebbe allignare in quanto legge-fondata e non già in quanto legge-fonte. Di conseguenza, la generalità della legge non può essere idonea né a creare, né a determinare l'eguaglianza di chi vi sia sottoposto, la prima essendo – come detto – meramente formale, quando non addirittura formalistica e la seconda tutt'affatto sostanziale, cioè legata alla natura delle cose e non già agli schemi operativo-applicativi di una data disciplina positiva.

re discriminazioni (le quali, propriamente, sarebbero distinzioni), deve rendere evanescenti i contenuti, i criterii applicativi *et coetera*, sì da consentire a chiunque di giovarsene, sulla base non di un procedimento logico di sussunzione, ma piuttosto di un'opzione incondizionata e incondizionabile della volontà (subiettiva).

Siffatta eguaglianza, allora, è determinata dall'eguale legalità di tutte le opzioni concretamente esercitate ed esercitabili dal soggetto in ordine a un dato contesto di riferimento, onde la legalità in parola è la legalità della forma e non quella del contenuto: essa, infatti, è la legalità-indifferenza derivante dal contesto privato in cui l'opzione *de qua* venga esercitata, non è la legalità-normativa data dalla rispondenza della condotta concreta a quella consentita e disciplinata *ad hoc* dal Legislatore.

Si badi: non è l'eguaglianza dei soggetti-cittadini di fronte alla legge e in funzione di essa, ma è l'eguale valore delle loro pretese, assunto come *a priori*, a richiedere, a esigere, che la legge stessa rechi seco una forma di genericità onnicomprensiva, in luogo della tradizionale generalità; quella, infatti, presuppone l'indifferenza dello Stato-Legislatore nei confronti della volontà subiettivo-privata, questa, invece, la coincidenza necessaria del volere del cittadino col volere del Corpo politico;¹³ nel primo caso s'afferma la libertà negativa del soggetto, mentre nel secondo quella – assiologicamente identica (perché ambedue negative), ma concettualmente opposta – dello Stato, vero è che, nel primo caso è il *citoyen* ad auto-determinar-si in modo assoluto, conformemente al suo *velle* e usando delle forme proprie della legge positiva, mentre nel secondo caso è il Corpo politico che volendo liberamente e assolutamente, vuole per tutto sé stesso e si-auto-determina come *corpus*.

¹³ Tant'è che "chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale, vi sarà costretto da tutto il corpo, il che non significa altro che lo si forzerà a essere libero" (J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 71) e ciò – si badi bene – proprio in quanto, nella teoria di Rousseau "la volontà costante di tutti i membri dello Stato è la volontà generale [ed (nda)] è per suo tramite che [... i (nda)] cittadini [... sono (nda)] liberi" (*Ibidem*, p. 164): essi, in fondo, sono liberi partecipando della libertà del sovrano-corpo politico.

Se quella illuministica, allora, può considerarsi un'eguaglianza genetica, nel senso che la legge, creando e determinando *ex se* il cittadino in funzione dello Stato,¹⁴ rende tutti i cittadini eguali tra loro nella titolarità dei diritti e dei doveri loro attribuiti... per legge; quella *post-moderna* di cui trattiamo in riferimento alla lettura del citato art. 3 cost., pur originando per gemmazione dalla prima, ben può dirsi funzionale, in quanto essa è data non solo (né essenzialmente) dalla comune fonte dei vari diritti soggettivi e dall'eguale applicazione della loro disciplina (sostanziale), ma anche dalla circostanza in virtù della quale la *forma* dei diritti soggettivi medesimi e la struttura degli istituti legalmente *positi* assolve la funzione di consentire, nella legalità e con le guarentigie che la legge stessa contempla *in casibus*, il compimento di qualsivoglia scelta personale. E ciò – evidentemente – senza che possano aversi criteri o condizioni (sostanziali) idonei a operare un *discrimen* legale tra coloro i quali possano e coloro i quali non possano esercitare i diritti e accedere agl'istituti *de quibus*.

Un esempio: i canoni illuministici dell'*égalité* non consentirebbero di contestare, sotto il profilo del binomio eguaglianza-discriminazione, l'impossibilità per le persone dello stesso genere di accedere al negozio matrimoniale e un tanto, inquantoché il requisito *ex lege* dell'eterosessualità della coppia, essendo generale, cioè rivolgendosi a tutti i *citoyens*, non potrebbe discriminare alcuno: chiunque, infatti, all'interno di questa prospettiva, ha agio di contrarre matrimonio purché ne abbia i requisiti di legge e dunque... tutti sono eguali davanti alla disciplina matrimoniale, senza discriminazioni. *Viceversa*, il dogma dell'auto-determinazione del *velle* e la lettura dell'eguaglianza in riferimento a esso, impongono – nel caso *de quo* – di rilevare che

¹⁴ Infatti: "colui che osa tentare l'impresa di dare istituzioni a un popolo deve sentirsi in grado di cambiare [...] la natura umana [cioè (nda)] di trasformare ogni individuo, che per sé stesso è un tutto perfetto e solitario [l'unità numerica dello Stato di natura (nda)], nella parte di un più grande tutto, da cui questo individuo riceve [...] la sua vita e il suo essere" (J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 92). Sulle base di queste premesse, allora, è chiaro che Rousseau arrivi ad affermare, coerentemente, anche se assurdamente, che "le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l'uomo" (J. J. ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, Armando, Roma 1994, p. 192).

il requisito dell'eterosessualità, proprio in quanto idoneo a introdurre un *discrimen* circa l'applicabilità della disciplina in parola, eppertanto circa i requisiti oggettivi per l'accesso al negozio che essa regola, discrimina coloro i quali desiderino di contrarre matrimonio sulla base della tipologia di coppia che costituiscono. La diseguaglianza, allora, sotto il profilo considerato, è rappresentata da questo e cioè dal fatto che la legge consente solo ad alcuni e segnatamente a coloro i quali formano una coppia eterosessuale, di realizzare la loro volontà matrimoniale e impedisce nel contempo siffatta realizzazione agli altri. E ciò che subisce la discriminazione – si badi – non è né l'atto, né il rapporto e non è nemmeno il soggetto-cittadino in sé, ma è proprio la volontà di questo e la libertà negativa nel realizzarla usando delle forme e degli Istituti proprii dell'Ordinamento. Per poter scorgere nella disciplina del matrimonio, infatti, una diseguaglianza e una diversità di trattamento riconducibili allo stigma della discriminazione, occorre non considerare la disciplina nel suo contenuto sostanziale, ma solamente alla stregua di una forma vacua, atta a soddisfare il desiderio di legalità e di istituzionalità variamente espresso da una coppia, in relazione alla vitalistica opzione familiare dei suoi componenti, anzi... in relazione alla loro «libera» concezione della famiglia. Il «problema» è questo: che introdotto lo «istituto» della famiglia nell'Ordinamento giuridico – ovviamente il positivismo non ne può contemplare una genesi naturale – esso, per non essere causa di discriminazioni, dev'essere accessibile a tutti, vale a dire che dev'essere strutturato in modo così vacuo e così generico, da consentire a chiunque di dare luogo alla «sua» famiglia e di ottenere, per essa, le guarentigie proprie della disciplina legalmente preveduta nel caso *de quo*. Ovviamente... ciò significa che ogni criterio, ogni limite, ogni vincolo, ogni requisito oggettivo e soggettivo dovrebbero essere omessi per non incorrere in una discriminazione data dallo scarto tra il modello di famiglia legalmente previsto dal Legislatore e l'opzione familiare soggettivamente esercitanda e attuanda dal *civis*.

I.B (SEGUE). IL «CONTESTO» DI RIFERIMENTO.

Il discorso fatto, anche dalla Corte costituzionale, peraltro e anche con riferimento alla nuova veste della c.d. eguaglianza legale, rappresenta un coerente sviluppo concettuale della genesi liberal-lockiana dell'art. 2 cost. e ciò, segnatamente nella misura in cui la libertà di auto-determinare il proprio volere viene a essere ricompresa tra i cc.dd. "diritti inviolabili dell'uomo"¹⁵ e in particolare tra i cc.dd. diritti di libertà ri-

¹⁵ *Contra* le tesi di Ombretta Fumagalli Carulli, secondo le quali "la formulazione letterale del testo costituzionale lascia intravedere [...] l'opera dei cattolici impegnati nell'Assemblea costituente (Dossetti, La Pira, Lazzati, Gonella) [grazie ai quali (nda)] la libertà torna nella sua matrice cristiana [e (nda)] il primato della persona sostituisce il primato dello Stato" (O. FUMAGALLI CARULLI, *A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio. Laicità dello Stato e libertà delle chiese*, Vita&Pensiero, Milano 2006, p. 65). Noi riteniamo, invece, che l'art. 2 cost., pur dando adito a un certo «equivoco lessicale», proprio dovuto all'uso (infelice) dell'espressione "la Repubblica riconosce [...] i diritti inviolabili dell'uomo" e pur essendo stato «promosso» anche dalla c.d. area cattolica dell'Assemblea costituente (si dovrebbe dire, più propriamente, dall'area cattolico-liberale, se non fosse che quest'espressione rappresenta una *contradictio in adiecto*: il cattolicesimo, infatti, rifiuta il liberalismo che è figlio del luteranesimo [cfr D. CASTELLANO, *Martin Lutero. Il canto del gallo della Modernità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, *passim*, in particolare p. 134] e che si condensa nel modernismo gnostico già condannato da San Pio X con l'enciclica *Pascendi dominici gregis* del 1907), non possa essere letto né in chiave gius-naturalista, né in chiave cristiano-aristotelica. Vediamo d'illustrare, brevemente, i termini della questione. L'articolo in parola non può essere letto in chiave gius-naturalista, perché il riconoscimento e l'invio labilità di cui esso parla restano tutt'affatto interni all'Ordinamento positivo, affermato e affermantesi mercé la Costituzione e le norme a essa sottostanti, onde non si tratta di riconoscere, tantomeno di riconoscere come inviolabile, alcunché di *pre-/extra*-positivo, né si tratta di concepire brecce o aperture, le quali compromettano la stabilità del Sistema positivisticò, in sé granitico e chiuso rispetto a «evoluzioni» che non dipendano, proceduralmente, dagli schemi e dalle forme contemplati dalla disciplina vigente (*Contra* la tesi di Giuseppe Dalla Torre, secondo il quale, infatti, l'art. 2 cost. reca seco "una clausola aperta" [G. DALLA TORRE, *Il primato della coscienza*, Studium, Roma 1992, p. 108]). Allo stesso modo, poi, la citata disposizione non può essere oggettivamente letta nemmeno in chiave cristiano-aristotelica e ciò, inquantocché la Costituzione medesima afferma come *a priori* il c.d. dogma della sovranità (*sub* art. 1 cost.) e lo pone in guisa di fondamento e causa dell'Ordinamento giuridico ch'essa stessa pretende di costituire, cioè di creare *ex nihilo*. In questo senso, allora, la Carta costituzionale nega *ex se* il senso proprio del governo e della comunità politica classicamente intesi: il governo, infatti, nella prospettiva classica, non è e non può mai essere considerato esercizio d'un potere supremo e indipendente, siccome la comunità politica non è e non può giammai essere considerata alla stregua d'una dimensione associativa convenzionale, finalizzata al perseguimento di un obiettivo purchessia. Aristotele – a titolo d'esempio – afferma che lo Stato esiste per natura e che il diritto è principio ordinatore della comunità politica (ARISTOTELE, *Politica*, 1252 b, 1253 a), onde il comando politico è quel comando, giusto e diretto al bene, proprio di ciaschedun uomo, eppertanto comune a tutti gli uomini, col quale l'uomo stesso – capace di comandare, perché capace di obbedire ai principii dell'arte regia (di-

conducibili alla “fattispecie aperta”¹⁶ della citata disposizione normativa, la quale, peraltro, ben si presta, secondo una consolidata ermeneutica¹⁷, ad accordare la propria protezione, nel sistema delle cc.dd. fonti del diritto, a tutti i diritti soggettivo-positivi i quali, per gemmazione, rappresentano “uno sviluppo [...] coerente dei principii [recte, delle *rationes* (nda)] e degli enunciati costituzionali”¹⁸.

Il problema, ovviamente, non è da considerarsi «isolato» nell’Ordinamento italiano o comunque «astratto», ma esso assume una dimensione globale e decisamente pene-

remo, con espressione platonica) – regge e governa persone simili a lui, per natura, e libere (*Ivi*, 1277 a-b). Parimenti – sotto il secondo profilo considerato – il dogma della sovranità impedisce ogni possibile riferimento a una verità – quella di Dio – che non derivi, convenzionalmente e provvisoriamente – dal mero rispetto delle “forme e [...] dei (nda)] limiti della Costituzione” (art. 1 cost.) vigente; quali, peraltro, sono posti dal potere costituente, non già come criterio o come limite sostanziale alla/per la sovranità, ma piuttosto come mezzo e come strumento per l’affermazione di essa. Non a caso Pietro Giuseppe Grasso ha dimostrato che “la sovranità popolare, sancita nell’art. 1 della costituzione, vale [...] come manifestazione della volontà di escludere ogni rinvio a premesse trascendenti circa l’origine dell’autorità e del diritto” (D. CASTELLANO, *Introduzione*, in P.G. GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, C.E.D.A.M., Padova 2002, p. 9) e dunque che “la concezione del costituente, in questi termini, appare conforme al principio di uno Stato agnostico, anche ateo” (P. G. GRASSO, *Un'altra conferma dei principi dell'89*, in P. G. GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, cit., p. 181).

¹⁶ 6 Febbraio 2006, Corte Costituzionale, Sentenza № 61, Presidente: Marini, Redattore: Finocchiaro. La pronuncia *de qua* afferma, coerentemente con un’interpretazione risalente al 1987 (10 Dicembre 1987, Corte Costituzionale, Sentenza № 561, Presidente: Saja, Redattore: Spagnoli.), che l’art. 2 cost. debba considerarsi una “norma a fattispecie aperta [vale a dire (nda)] diretta a recepire e garantire le nuove esigenze di tutela della persona” (*Ibidem*) in conformità con l’articolato della Costituzione.

¹⁷ Livio Paladin afferma – coerentemente rispetto alla sua impostazione kelseniana e coerentemente rispetto al testo della Costituzione – che “è [...] ai sensi dell’ordinamento giuridico italiano che si deve stabilire in che cosa consistano i vari diritti inviolabili e quali siano [...] le corrispettive garanzia [...] il che comporta [...] che i diritti stessi «si risolvono integralmente nel diritto positivo» [...]. Solo in questi termini, del resto, si spiega che la sovranità venga bensì conferita al popolo [...] ma, può conferirsi la sovranità? O essa è – come insegna Rousseau (cfr J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 92) – inalienabile e indivisibile? (nda)] ma «nelle forme e nei limiti della Costituzione»; sicché rimane esclusa [...] l’immediata applicabilità [...] dei «precetti di diritto naturale»” (L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, C.E.D.A.M., Padova 1998³, II, 1 – 2, pp. 76 e ss.).

¹⁸ D. CASTELLANO, *L’ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, p. 26. L’Autore – come è noto – analizzando la questione ritiene che la lettura data dalla Corte costituzionale, in riferimento all’art. 2 cost., sia coerente rispetto alla *ratio* della Costituzione stessa e *in apicibus* del c.d. costituzionalismo moderno.

trante, anche a causa dell'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha data in riferimento all'art. 8 C.E.D.U.: la Corte, infatti, ha comunitarizzato, in un certo senso, il dogma dell'autodeterminazione volontaristica e lo ha posto a sistema con i cc.dd. diritti di libertà e di riservatezza interpretati in senso nihilistico e segnatamente nel senso proposto dal personalismo liberale della *post-modernità* (politico-giuridica). Le facoltà che compendiano il e che nascono dal c.d. diritto all'autodeterminazione, invero, proprio vengono poste dai Giudici di Strasburgo sotto l'egida della disposizione citata (art. 8 C.E.D.U.), attraverso un'interpretazione di essa vieppiù «filtrata» dalle teoriche nord-americane, gravitanti attorno all'asse concettuale della *privacy*, o, per meglio dire, gravitanti attorno al trinomio *liberty-property-privacy*¹⁹.

È noto, invero, come la Corte europea dei Diritti dell'Uomo abbia esplicitamente affermato che “*la notion d'autonomie personnelle* [intesa come auto-determinazione della volontà (nda)] *reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8*”²⁰, come a dire che la tutela della “vita privata e familiare” – quale “*notion large, non susceptible d'une définition exhaustive*”²¹ – presuppone e implica, comunque e

¹⁹ Per Stuart Mill “la più forte garanzia del cittadino sta proprio nello Stato liberale, che garantisce la libertà di qualunque scelta individuale, purché non lesiva della pari libertà di tutti” (M. CHIAUZZA, *Dalla storia al presente. L'esigenza di una pedagogia laica*, in F. FRABONI (a cura di), *Idee per una scuola laica*, Armando, Roma 2007, p. 72). Lo stesso Stuart Mill, peraltro, non manca di precisare che “un individuo dovrebbe essere libero di agire come gli piace in ciò che lo riguarda” (J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Il Saggiatore, Milano 2009, pp. 125 e s.) giacché “non appena qualsiasi aspetto della condotta di un individuo diventa pregiudizievole degli interessi altrui, ricade sotto la giurisdizione della società [...] ma tale questione non si pone in alcun modo quando la condotta di un individuo coinvolge soltanto i suoi interessi, o coinvolge quelli di altre persone consenzienti [...]. In tutti questi casi vi dovrebbe essere piena libertà, legale e sociale, di compiere l'atto e subirne le conseguenze [...]. La benevolenza disinteressata può persuadere gli uomini a compiere il proprio bene senza far uso di sferze [...], ma nessuno e nessun gruppo è autorizzato a dire a un adulto che per il suo bene non può fare della sua vita quel che sceglie di fare [...]. È quindi in questo settore delle attività umane [il riferimento è alla sfera che concerne il soggetto agente e quanto gli compete (nda)] che l'individualità [*recte*, l'individualismo (nda)] trova il suo giusto campo d'azione [...]: nelle questioni che riguardano solo il singolo, [infatti (nda)], la spontaneità individuale di ciascuno ha diritto a esercitarsi liberamente” (*Ivi*, pp. 95 e s.).

²⁰ *Pretty versus Regno Unito*, Ricorso № 2346/2002.

²¹ *Ibidem*.

necessariamente, il primario rispetto e la essenziale garanzia della libertà di autodeterminarsi²² *in rebus privatis*, vale a dire entro il recinto di quello che, per ora, possiamo chiamare «privato», o «ambito (del) privato».

In un certo senso, infatti, può dirsi che la citata “vita privata e familiare” venga a rappresentare il contesto entro il quale può realizzarsi l’autodeterminazione soggettiva, o, per meglio dire, il diritto soggettivo del *citoyen* di autodeterminarsi portando a compimento le proprie personali progettualità, come se siffatto contesto – quello della c.d. “vita privata e familiare” – desse luogo a un ambito, a un settore sottratto alla disciplina giuridica (*ergo*, anarchico) e rimesso alle libere e vitalistiche scelte personali²³.

I termini del problema, allora, possono così riassumersi: da un lato vi è o vi sarebbe un diritto di auto-determinazione, quale maggiore e più compiuta espressione della libertà soggettiva e dall’altro vi è o vi sarebbe un contesto entro il quale esercitare siffatto diritto, rappresentato dalla sfera privata o, per meglio, dalla “vita privata e familiare” dell’individuo.²⁴ Ovviamente, però, la questione è più complessa di quanto appaia, giacché, sotto un primo profilo, il diritto *de quo* viene ad assumere una conformazione eccentrica rispetto al dogma del diritto soggettivo modernamente in-

²² Già variamente affermato dalla stessa Corte con riguardo all’identità fisica e sociale di un individuo (e.g. *Mikulic versus Croazia*, Ricorso № 53176/1999); con riguardo all’identificazione di genere, al nome, alle tendenze sessuali (e.g. *Burghartz versus Svizzera*, Ricorso № 16213/1990; *Dudgeon versus Regno Unito*, Ricorso № 7525/1976; *Laskey, Jaggard, Brown versus Regno Unito*, Ricorsi № 21627/1993; 21628/1993; 21974/1993 decisi con unica Sentenza del 19 Febbraio 1997); con riguardo al c.d. diritto all’immagine e alla reputazione (e.g. *Friedl versus Austria*, Ricorso № 15225/1989; *Sciacca versus Italia*, Ricorso № 50774/1999) *et coetera*.

²³ Non a caso Paolo Zatti ha osservato che “la dignità, l’identità, la libertà e l’autodeterminazione, la *privacy* nei suoi diversi significati sono prerogative da declinare con la specificazione «nel corpo»” (P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 86), come a dire che il corpo umano rappresenta il «luogo» o il «contesto» per eccellenza ove esercitare il «diritto-potere» all’assoluta auto-determinazione del *velle* e ciò, segnatamente in quanto esso viene considerato alla stregua d’un bene nella piena e assoluta disponibilità (lockiana) del suo stesso titolare.

²⁴ Non per caso Rodotà afferma che “l’autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e [d (nda)] estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica” (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma – Bari 2012, p. 250).

teso, quale *facultas agendi ex norma agendi*²⁵ e sotto un secondo profilo il contesto in cui il diritto stesso dovrebbe esercitarsi, viene ad assumere i connotati proprii di un recinto e dunque di un limite esterno, atto a contenere, piuttosto che a consentire e regolare, l'auto-determinazione soggettiva, eppertanto... la libertà del soggetto.

Il modello di riferimento, allora – ripigliando il discorso e concludendo questa prima parte introduttiva – è quello nord-americano-statunitense²⁶ eloquentemente espres-

²⁵ È noto che Villey rinviene nell'asse Occam-Scoto la genesi del diritto soggettivo: egli ritiene, infatti, che "diritto soggettivo sia [coniuntivo nostro (nda)] la parola d'ordine del diritto moderno" (M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1986, *passim*, in particolare, p. 224) e che "l'idea del diritto soggettivo nasca [coniuntivo nostro (nda)] anch'essa in ambito nominalistico e divenga [coniuntivo nostro (nda)] esplicita con Occam" (*Ivi*, p. 195). Ebbene, qualora vogliasi intendere il diritto soggettivo nei termini in cui l'intende la modernità gius-politica, *id est* come il riflesso sul cittadino-soggetto del diritto oggettivo posto dallo Stato (questa è la teoria dei *Reflexrechte* elaborata da Gerber [cfr C. GERBER, *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1971, *passim*]), l'analisi di Villey deve dirsi sostanzialmente fondata. Lo stesso Alberto Trabucchi, peraltro – pur aperto, in un certo senso, al realismo del diritto (si consideri – *ex multis* – la sua analisi circa l'azione generale di arricchimento, in ordine alla quale egli osserva che questa offre una "adeguata soddisfazione al senso di giustizia" [A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, C.E.D.A.M., Padova 1975²¹, p. 713]) – riprende siffatto «modello» quando afferma che "si parla [...] di diritti soggettivi (*facultates agendi*) per indicare i poteri attribuiti ai soggetti di agire per il soddisfacimento dei propri interessi; poteri riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico, cioè dal diritto oggettivo" (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, C.E.D.A.M., Padova 2005⁴², p. 3), eppertanto anche Trabucchi declina il diritto soggettivo secondo gli schemi della modernità. Nondimeno, però, è possibile ritenere che il diritto soggettivo – come concetto in sé e non come vacua formula, ovviamente – non fosse alieno all'esperienza giuridica classica e quindi a un approccio metafisico alle questioni del giure e ciò, nell'ipotesi in cui si voglia cogliere in esso, non già il compendio d'un potere concesso dal sovrano, ma piuttosto la prerogativa giuridica che spetti alla persona in relazione a un dato contesto oggettivo. Il diritto soggettivo, allora, in questo senso, non è il diritto che al soggetto venga dato, eppertanto il diritto letto in chiave soggettivo-attributiva – lettura impossibile, dacché il diritto, se è diritto in senso proprio, è sempre obiettivo – ma è il diritto che il soggetto ha in quanto soggetto di e al diritto; è il diritto, cioè, che obiettivamente partine alla persona in quanto persona in sé (Antonio Rosmini insegna che "la persona ha nella sua natura stessa tutti i costitutivi del diritto: essa è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto" [A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, (a cura di Rinaldo Orecchia), I, C.E.D.A.M., Padova 1967, p. 192]) e in quanto soggetto di un determinato contesto. È il diritto del creditore all'adempimento – per esempio – in un rapporto contrattuale; è il diritto del danneggiato al risarcimento – per fare un altro esempio – in un'ipotesi di responsabilità aquiliana *et coetera*; si tratta, cioè, del diritto spettante al soggetto e in questo senso soggettivo, ma rilevante sul piano dell'oggettività propria della situazione considerata: è da questa che nasce il diritto *de quo* e non dall'eventuale *norma posita* che lo contempli (*ex ipso facto oritur ius; narra mihi factum, dabo tibi ius*).

²⁶ Si consideri che Browson, proprio riprendendo gli schemi dell'americanismo, a loro volta mutuati dal combinato disposto tra le teorie di Kant e quelle di Locke, ha coerentemente osser-

so, oltretutto, *in apicibus*, dalla Dichiarazione d'Indipendenza del 1776²⁷, dalle stesse pronunzie della Corte suprema degli Stati Uniti d'America²⁸: secondo quest'ultima, infatti, “*no State shall ‘deprive any person of life, liberty, or property [...] e (nda)]’ the fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights. [...] In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs*”²⁹.

II AUTODETERMINAZIONE, RAZIONALITÀ E LIBERTÀ.

vato che “l’idea della Repubblica americana è la libertà [quella liberale, ovviamente, cioè quella negativa (nda)], certo, ma la libertà con la legge e la legge con la libertà [...]. La Repubblica americana [infatti (nda)] è stata istituita dalla Provvidenza [ovviamente intesa in senso protestante-luterano (nda)] per realizzare la libertà di ognuno senza ledere gli interessi del prossimo” (O. BROWSON, *La repubblica americana: Costituzione, tendenze e destino*, Gangemi, Roma 2000, p. 37).

²⁷ Nella quale, infatti, vengono esplicitati chiaramente quelle che dovranno rappresentare le *rationes* istitutive e costitutive della «nuova» realtà federale: i cc.dd. Padri costituenti, invero, affermano che “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness, that to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed, that whenever any form of government becomes destructive to these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it and to institute new government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness*”.

²⁸ Si vedano, a titolo d’esempio, le pronunzie 22 Marzo 1972, Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, Sentenza *Eisenstadt versus Baird*, 405-438 et 7 Giugno 1965, Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, Sentenza *Griswold versus Connecticut*, 381-479. Marta Cartabia ha opportunamente rilevato, peraltro, che “i Giudici della Corte suprema ritengono che il diritto alla *privacy* si ritrovi ‘nella penombra’ di molti diritti costituzionalmente protetti [...] che indicano che la Costituzione americana si basa sulla libertà [negativa (nda)] di ogni individuo di effettuare le sue scelte personali, nella vita privata, senza interferenze del potere pubblico” (M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in B. PERRONE (a cura di), *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell’U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*, Giuffrè, Milano 2009, p. 16).

²⁹ 26 Giugno 2015, Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, Sentenza *Obergeffell versus Hodges*, 14-556. Peraltro, nello stesso *Syllabus* della medesima pronunzia, viene apertamente affermato che “*the fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment’s Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs; [...] e inoltre (nda)] Courts must exercise reasoned judgment in identifying interests of the person so fundamental that the State must accord them its respect*”.

Una premessa, a scanso d'equivoci, in ordine al significato del termine (*rectius*, dell'aggettivo) «razionale» riferito all'atto dell'uomo e alla sua condotta.³⁰

È noto che l'aggettivo in questione può essere utilizzato (impropriamente) sia ^{a)} per qualificare una condotta posta in essere dal soggetto nell'esercizio del libero arbitrio, in quanto condotta cosciente e volontaria; sia ^{b)} per qualificare una condotta programmata e definita, in quanto condotta calcolata e organizzata; sia, ancora, ^{c)} per qualificare una condotta idonea al raggiungimento di un fine operativo, in quanto condotta adatta rispetto a un obiettivo prestabilito.

³⁰ Il nostro tempo è, *ictu oculi*, il tempo della comunicazione; basti pensare alla diffusione e alla rilevanza dei cc.dd. mezzi di comunicazione di massa. Esso, però, è anche e specialmente il tempo in cui comunicare è divenuto difficile, quando non addirittura impossibile. Non è questa la sede per indagarne le ragioni, tuttavia giova rilevare che oggi le parole vengono utilizzate – a tutti i livelli – con un significato viepiù ideologico e non, invece, secondo la loro etimologia; esse vengono utilizzate per emozionare, per propagandare tesi (spesso infondate), per sostenere opinioni senza argomenti, non per esprimere giudizi e per affermare la verità della cosa che definiscono (*contra* Aristotele, il quale insegna che la parola “è fatta per esprimere ciò che è giovevole e ciò che è nocivo e, di conseguenza, il giusto e l'ingiusto: questo è, infatti, proprio dell'uomo rispetto agli altri animali, di avere egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e degli altri valori” [ARISTOTELE, *Politica*, I, 1253 a]). Infatti tutti usano le medesime parole, ma ciascuno dà alle stesse un significato diverso. Danilo Castellano, pur in un diverso contesto e pur con riguardo a un differente discorso, ha messo in evidenza il problema anche parlando della eutanasia e del significato che può assumere la c.d. buona morte (cfr D. CASTELLANO, *Introduzione*, in D. CASTELLANO (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015, pp.9 e ss.). Il problema è maggiore di quanto possa apparire: Norberto Bobbio, per esempio, proprio affermando che i diritti umani debbano essere difesi, piuttosto che definiti per ciò che essi siano e rappresentino (N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 16), incorre nell'errore teoretico *de quo*: egli cerca l'accordo – sempre facile – sulle parole, ridotte a *flatus vocis* e non ritiene preminente l'accordo – sempre difficile – sulle cose, cioè su che cosa le parole debbano esprimere e significare. *Contra* – su quest'aspetto relativo ai diritti umani – Danilo Castellano il quale, invece, ritiene preminente riempire di contenuto i diritti *de quibus*, sì da poterli qualificare per ciò ch'essi sono e rappresentano, vale a dire... null'altro rispetto ai diritti soggettivo-positivi, figli del gius-naturalismo moderno di matrice lockiana; solo così, infatti, l'Autore può discernere questi «falsi diritti» dai veri e propri diritti dell'uomo, i quali esprimono in sé stessi quei diritti che l'essere umano ha in quanto tale e per natura, indipendentemente dalla loro positivizzazione nella varie Carte nazionali o internazionali (cfr D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003, *passim*, in particolare, cap. I).

Sotto il primo profilo ^{a)}, infatti, si dice razionale ogni azione compiuta coscientemente e volontariamente dall'autore di essa: tanto quella del ladro, quanto quella del benefattore, indipendentemente dal valore oggettivo e dal contenuto di essa.

Sotto il secondo profilo ^{b)}, invece, si dicono razionali solamente le azioni realizzate a seguito d'una certa programmazione: l'omicidio premeditato, per esempio, o anche un investimento economico, una visita medica prenotata *et similia*, ma non, però, i reati commessi con c.d. dolo d'impeto o le varie azioni ordinariamente e quotidianamente realizzate, senza programmazione, per la gestione della casa, del lavoro della propria persona *et coetera*. E già si scorge un contrasto tra le due definizioni...

Sotto il terzo e ultimo profilo ^{c)}, in fine, si dicono razionali tutte e sole le azioni eziologicamente idonee a uno scopo purchessia del loro autore, di talché sarebbe razionale – sempre a titolo d'esempio – sia il disporre d'una certa carica detonante in modo da realizzare l'attentato voluto, sempreché essa, esplodendo, raggiunga lo scopo dell'attentatore; sia lo sarebbero gli "artifici e raggiri" (*ex art. 640 c.p.*) funzionali a indurre "taluno in errore" al fine di "procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno", sempreché il profitto si realizzi; sia da ultimo, l'attività del chirurgo il quale, avendo come scopo l'asportazione dell'organo – malato o sano, non rileva – lo raggiunga e concluda l'intervento in modo tecnicamente esatto (per il bene o per il male del «paziente» non interessa). E anche questa «definizione» si pone in contrasto e crea problemi di coordinamento con le altre due.

Gli esempi – a ogni buon conto – potrebbero proseguire, nondimeno ciò che rappresenta il comune denominatore con riguardo alle «definizioni» cennate è dato dall'assenza d'un riferimento obiettivo al valore e all'essere-in-sé delle condotte qualificate/qualificabili come razionali; la razionalità, infatti, non è quivi intesa – in senso contemplativo – come *proprium* della condotta, come carattere oggettivo di essa, come giudizio sul suo valore *in se* giusta il criterio della ragione, ma piuttosto è declinata alla stregua d'un attributo dell'azione dell'uomo dipendente alla capacità natura-

le dell'autore di essa, o dalla programmazione che ne abbia rappresentato il presupposto operativo, ovvero all'idoneità di questa allo scopo verso il quale essa tenda.

Ciò che quivi interessa, allora, è rappresentato dall'errore concettuale comune ai tre modi d'intendere la razionalità, testé veduti. Questi, infatti, paiono ipotecati da una concezione *lato sensu* operativa e non contemplativa della razionalità stessa; anzi: prima ancora essi accettano un uso ideologico – perché parziale – e meccanico – perché legato allo schema causa-effetto – dell'aggettivo *de quo*, in luogo di un uso etimologico di esso, ovverosia legato alla sua radice linguistica.

Razionale, infatti, significa, propriamente, «secondo ragione», non secondo calcolo, non secondo programmazione, non secondo volontà. Dunque sono e possono dirsi razionali in senso proprio, tutti e soli gli atti dell'uomo, i quali, derivando necessariamente dall'esercizio del libero arbitrio, inverino in sé stessi atti conformi a ragione, atti, cioè, oggettivamente e ontologicamente qualificati e qualificabili *in se* dal requisito della razionalità.

Se, infatti, il digerire (per esempio) non può qualificarsi sotto il profilo del razionale/irrazionale, perché il digerire non dipende dalla coscienza e dalla volontà della persona, che pur digerisce il cibo mangiato per la funzionalità del proprio apparato digerente, ogni atto compiuto nell'esercizio del libero arbitrio è non sempre e necessariamente razionale, ma sempre e necessariamente suscettibile di giudizio sotto questo aspetto, eppertanto esso è sempre e necessariamente suscettibile d'essere qualificato come atto razionale, qualora conforme a ragione, indipendentemente dal calcolo che ne stia dietro, dall'idoneità di esso al fine *et coetera*, ovverosia come irrazionale qualora difforme dalla ragione, ancorché programmato o teleologicamente funzionale al raggiungimento d'un dato obiettivo.

La razionalità, infatti, non è né il calcolo, né l'abilità tecnica, né, da ultimo, la mera coscienza e volontà dell'atto, anche se – ovviamente – questi elementi dell'atto medesimo possono esprimerla e compendiarla in sé stessi e anche se, con riguardo a

quest'ultimo aspetto, esso ne rappresenta il «presupposto prossimo», giacché non può aversi atto razionale, senza coscienza e volontà di compierlo.

Il vaglio razionale, però, non limitandosi a un vaglio «tecnico-operativo» o «eziologico-causale», richiede di considerare la condotta dell'uomo e l'atto da lui compiuto *sub specie rationis*, vale a dire sotto il profilo della conformità di esso al principio della ragione e la ragione – *ça va sans dire* – non è il calcolo, non è la idoneità all'effetto, non è la coscienza e volontà dell'atto, quanto piuttosto essa esprime e rappresenta – diremo – l'intelligenza dell'essere in sé delle cose, onde è e può/deve dirsi razionale, *id est* conforme a ragione, quell'atto dell'uomo il quale, essendo compiuto nell'esercizio del libero arbitrio, esprima in sé stesso la comprensione della *natura rerum* e si rapporti alle cose in conformità e nel rispetto della loro essenza.

Tanto premesso, il primo punto che è opportuno di considerare concerne il rapporto tra autodeterminazione e libertà.

Ebbene, in un certo senso e al netto delle considerazioni che faremo in appresso, può anche dirsi che l'atto di autodeterminazione sia un atto di libertà e può pure rilevarsi che siffatta affermazione abbia un carattere, diremo pure «trasversale», tale per cui essa sia suscettibile di accoglimento anche da parte di coloro i quali si stagliano su posizioni opposte a quelle che noi abbiamo già altrove sostenuto³¹ e ci accingiamo, in questa sede, a contestualizzare... ovviamente il problema «di fondo» è quello di capire che cosa s'intenda per autodeterminazione *in se* e che cosa s'intenda per libertà *in se*, pena il rischio di usare le medesime parole (*recte*, i medesimi termini) per dire cose diverse.

³¹ Cfr – *si vis* – R. DI MARCO, *Sul «contenuto» in se giuridico del diritto all'autodeterminazione. Una breve analisi intorno al rapporto tra «diritto» dell'esse e «potere» del vel- le*, in *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid [Spagna], Artes Gráficas Co-fàs, 2015, vol. XXI, pp. 149 e ss. et R. DI MARCO, *Bio-poder o bio-derecho dell ζῶν πολιτικόν? La con-vivencia humana cual «formante conceptual» de la autodeterminación jurídica del sujeto*, in *Ethos*, Buenos Aires [Argentina], Instituto de filosofía Práctica, 2015, vol. 30/2015, pp. 155 e ss.

Prima, però, di entrare *in medias res* giova rilevare che l'atto di autodeterminazione, in quanto atto di determinazione e di affermazione d'una volontà propria del soggetto che lo compie, è *ex se* un atto posto in essere «liberamente» dal soggetto considerato come autore di esso, laddove – si badi – con l'avverbio «liberamente» intendiamo dire, per ora, con volontà e coscienza; potrebbe dirsi, in altri termini, forse più proprii, nell'esercizio del libero arbitrio.

Di talché, sotto questo profilo, l'atto con il quale il soggetto si autodetermina (*recte*, autodetermina la propria volontà) è un atto imputabile e responsabile: imputabile, perché psicologicamente riferibile al suo autore – i penalisti parlerebbero di *suitas*³² – e responsabile perché (conseguentemente) suscettibile di giudizio sul piano morale e giuridico ed è ovvio che l'imputabilità e la responsabilità *de quibus* abbiano a dipendere dal binomio «libertà ↔ volontà», o per meglio dire, dalla libertà della volontà (si potrebbe parlare di *libertas voluntatis*), con la quale l'atto sia stato compiuto dall'*agens* storico.

Non vi è, infatti, né potrebbe esservi autodeterminazione e atto di autodeterminazione laddove difettasse il requisito della libera volontà: né, invero, può autodeterminarsi colui il quale sia incapace di volere – il caso potrebb'essere quello del *mentecaptus*, o comunque di chi non abbia la c.d. capacità naturale³³ – né si auto-determina

³² Ferrando Mantovani, per portare un esempio tra i più autorevoli, afferma che “con l'incisiva espressione di *suitas* della condotta si designano entrambe le suddette ipotesi di «appartenenza» della condotta al soggetto” (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, C.E.D.A.M., Padova 2011⁷, p. 306) il riferimento – ovviamente – è alla distinzione tra coscienza e volontà reali proprie del dolo e coscienza e volontà cc.dd. potenziali proprie della colpa (cfr *Ivi*, p. 305).

³³ È ovvio che anche il bambino o il *mentecaptus* possano, in un certo senso, volere qualche cosa e agire in conformità della loro volizione, ma è altrettanto evidente che siffatta volizione sia viziata: essa, cioè, non è una volizione attribuibile al suo autore sotto il profilo della *suitas*, vale a dire sotto il profilo della coscienza e della volontà in sé (*ex art. 42 co. I c.p.*). La “capacità di intendere e di volere” (*art. 85 c. II c.p.*) propria dell'*agens*, infatti, quale condizione per la di lui imputabilità, rappresenta il presupposto – se così può dirsi – per la “coscienza e volontà” (*art. 42 co. I c.p.*) della “azione od omissione preveduta dalla legge come reato” (*Ivi*). In diritto penale, infatti, si considera anche il problema della colpa e del dolo dell'incapace; Marcello Gallo, in merito, parla di “pseudo-colpa” e di pseudo-dolo” (M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale I*, Giappichelli, Torino 2014, p. 151). Ebbene, è ognor più evidente che l'incapace, proprio perché incapace d'intendere e di volere sia inimputabile (*ex art. 85 c.p.*) e

in senso proprio colui il quale venga materialmente coartato a una data condotta – in questo caso di direbbe *agitur sed non agit* – ed è l'ipotesi della *vis quae resisti non potest* penalmente rilevante ai sensi dell'art. 46 c.p.³⁴ In questi casi, infatti, non c'è, né può esservi autodeterminazione, in quanto è carente l'elemento della libertà intesa come libero arbitrio, o se si preferisce, della volontà cosciente.

Un punto, allora, deve considerarsi «fermo» ed è questo: che l'auto-determinazione presuppone la capacità di volere e si sostanzia sempre in una determinazione di volontà (*in parte qua*) libera.

La qualcosa, però, implica un'ulteriore considerazione e cioè: che l'auto-determinazione presuppone, anche e necessariamente, la capacità d'intendere, non potendo volersi alcunché, in senso proprio, senza intendere, cioè senza capire, senza avere contezza razionale/morale, dell'oggetto della propria volizione. Altro, infatti, è il volere-viziato del *mentecaptus* o del bambino, il quale volere non è un vero-volere, un volere proprio del *subiectum volens* in senso stretto e altro è il volere del soggetto compote di sé stesso (*compos sui*): nel primo caso non può esservi alcuna autodeterminazione, mentre nel secondo caso questa necessariamente si manifesta. Dunque

che, conseguentemente, la condotta da lui compiuta non gli sia rimproverabile né sotto il profilo dell'intenzione (dolo *sub* art. 43 co. I c.p.), né sotto il profilo della negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di regole prescritte (colpa specifica e generica, *sub* art. 43 co. III c.p.), ma è altrettanto ovvio che il Giudice debba tenere conto dell'eventuale «dolo» o dell'eventuale «colpa», proprio ai fini di sindacarne la «pericolosità sociale» (*ex* art. 203 c.p.) e la possibile applicazione di misure di sicurezza (*ex* art. 202 c.p.). L'art. 203 co. II c.p., infatti, prescrive che «la qualità di persona socialmente pericolosa si desuma [coniuntivo nostro (nda)] dalle circostanze indicate nell'articolo 133», il quale, a sua volta recita: «nell'esercizio del potere discrezionale [...] il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta [...] 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa» (art. 133 c.p.).

³⁴ Diversa è l'ipotesi della c.d. violenza morale: in questo caso *etsi coactus tamen voluit*. Può farsi riferimento – per ben intendere il problema – alla differenza tra l'ipotesi del «costringimento fisico» *sub* art. 46 c.p., nell'ambito del quale la dottrina parla di «*longa manus* del coartatore» (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 308), in quanto chi ha subito la violenza opera come strumento nelle mani di chi tale violenza abbia esercitato e l'ipotesi della minaccia *sub* art. 54 co. III c.p., ove l'azione commessa dall'*agens* è certamente «sua», perché egli ne è l'autore con piena coscienza e volontà, ma l'agire di lui e la di lui volontà sono da configurarsi alla stregua d'una conseguenza dello stato di necessità provocato dalla violenza morale del minacciante.

l'atto di autodeterminazione (del *velle*) presuppone la capacità di intendere e di volere, quale capacità razionale della persona, ed è necessariamente una conseguenza dell'esercizio di questa.

E quivi si pone all'attenzione, allora, un terzo punto e cioè: che l'atto di autodeterminazione del volere, quale atto – in questo senso – di libertà, è un atto imputabile all'autore di esso, in quanto atto da lui compreso e voluto per sé. E l'imputabilità *de qua* – si badi – ha e assume rilievo sul piano dell'oggettività.

Se è vero, infatti, che l'atto *de quo* dipende dal volere proprio dell'*agens* (altrimenti non sarebbe «suo»), è altrettanto vero che dalla volontà di quest'ultimo non dipende né ^{a)} la natura dell'atto medesimo, né ^{b)} il nesso eziologico che ne definisce – diremo in senso figurato – la paternità. Di talché, sotto questo secondo profilo, la responsabilità dell'atto compiuto e per l'atto compiuto non rappresenta la conseguenza di un'eventuale opzione del soggetto in questione, né rappresenta un *accessorium* dipendente da altri ed eventuali fattori: essa consegue all'atto medesimo, *sic et simpliciter*, come l'effetto alla sua causa.

Per quanto riguarda il primo aspetto – poi – e cioè l'indipendenza della natura dell'atto di autodeterminazione da fattori *lato sensu* volontaristici, tosto rileva che la volontà dell'agente, come anche la di lui intenzione, non incidono sulla essenza della condotta realizzata: essa, infatti, è buona se è buona in sé ed è malvagia se è malvagia in sé, indipendentemente dal fatto che chi l'ha compiuta, volendola compiere, l'abbia ritenuta buona o malvagia o l'abbia realizzata con un'intenzione o con uno scopo buono o malvagio. In un certo senso – per dare contezza del problema – potrebbe osservarsi che anche il diritto penale, anche il Codice penale considera le circostanze del reato come aggravanti o attenuanti e non già come esimenti o elementi costitutivi dell'illecito. Né, infatti, l'aver agito “per motivi abietti o futili” (*ex art. 61 pt. 1) c.p.*) – per fare un esempio – è elemento costitutivo d'una fattispecie di reato, né l'aver agito “per motivi di particolare valore morale o sociale” (*ex art. 62 pt. 1)*

c.p.) – per fare l'esempio opposto – dà luogo a una esimente dell'antigiuridicità del fatto.

Se, allora, la libertà venga fatta concettualmente coincidere con la signoria del volere, o per meglio dire sul volere, sul proprio volere, quindi con l'esercizio del libero arbitrio, certamente l'atto di autodeterminazione del *velle*, quale atto di affermazione della volontà *sic et simpliciter*, ne rappresenta il fenomeno per eccellenza. Tutto questo, però, presuppone di considerare la libertà in termini negativi, o per essere più precisi come libertà negativa e segnatamente come libertà-liberazione da qualsiasi criterio nell'esercizio del puro auto-volere (hegeliano³⁵), *ergo* come esercizio del volere realizzato col solo criterio della volontà e dunque con nessun criterio (intrinseco). Solo facendo coincidere la libertà dell'uomo con la c.d. libertà negativa, infatti, può dirsi che l'autodeterminazione della volontà auto-voluta e auto-volente-si ne realizzi compiutamente il senso e dunque che il diritto di autodeterminazione del *velle* esprima in sé medesimo e per sé medesimo un diritto di libertà, anzi... il diritto di libertà per eccellenza.

Viceversa, mettendo in discussione siffatta *figura* di libertà, si revoca in dubbio anche questa dommatica dell'autodeterminazione e conseguentemente del diritto (soggettivo) di autodeterminar-si, giacché occorre ristabilire i termini del rapporto tra libertà, autodeterminazione ed esercizio del libero arbitrio, in funzione del *proprium libertatis (humanae)*.

Per arrivare a dire, però, quale sia la libertà umana da porre in relazione agli altri due termini dell'analisi, quale sia, cioè, la libertà propria dell'uomo, dalla quale principiare per ogni altra considerazione intorno al problema dell'autodeterminazione e

³⁵ Ci riferiamo alla nota definizione data da Hegel in relazione alla c.d. libertà del volere, per il quale, infatti, essa, è "determinata in sé e per sé, perché essa non è altro che l'autodeterminarsi" (G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1967⁵, vol. IV, pp. 197-198) e ciò è del tutto coerente, se solo si considera che per l'Autore lo "spirito realmente libero è l'unità dello spirito teoretico e del pratico: volere libero, che è per sé come volere libero" (G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, Bari, Laterza, 1963⁴, vol. II, p. 441).

dell'esercizio del libero arbitrio, è necessario capire – sia pure con assoluta sintesi – quale sia, propriamente, la natura della persona.

II.A SEGUE. PERSONA, LIBERTÀ LIBERO ARBITRIO.

Senza entrare più del necessario nel merito di una discussione ampia e complessa, la quale eccede la struttura di questo lavoro³⁶, possiamo comunque tracciare un crinale discreitivo «di massima», il quale tenga, da un lato, la «persona dei personalismi contemporanei»³⁷ e dall'altro la “nozione di persona elaborata dalla filosofia perenne e ignorata [sia (nda)] dalla Carta fondamentale della Repubblica italiana”³⁸, che dalla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, applicativa della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Un discorso diverso, invece, dovrebbe essere fatto con riferimento al Codice civile italiano, il quale esprime – com'è stato opportunamente dimostrato da Danilo Castellano – una vocazione realistica, per certi aspetti addirittura aristotelica³⁹.

In estrema sintesi, allora, possiamo rilevare che la *figura* di persona elaborata dal personalismo di Mounier e in un certo senso riconducibile ai personalismi della modernità gius-politica (i quali stanno alla base delle cc.dd. Carte dei Diritti e delle Costituzioni che riprendono il modello weimeriano) coincide con una “attività vissuta come autocreazione [...] che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione”⁴⁰. La persona, dunque, non sarebbe la persona *in se*, l'essere-persona

³⁶ Facciamo rinvio – *si vis* – a R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, *passim*, in particolare cap. I.

³⁷ Danilo Castellano suggerisce di declinare al plurale il termine «personalismo», in quanto “più che il personalismo [...] esistono i personalismi, i quali molte volte non hanno in comune che la parola [*recte*, il termine (nda)] persona” (D. CASTELLANO, *Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica: profili filosofici*, in D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit., p. 53).

³⁸ D. CASTELLANO, *Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica: profili filosofici*, cit., p. 29.

³⁹ D. CASTELLANO, *Sul realismo del Codice civile italiano*, in D. CASTELLANO, *Quale diritto?*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015, pp. 93 e ss.

⁴⁰ E. MOUNIER, *Il personalismo*, Garzanti, Milano 1952, p. 8.

quale essere proprio della persona che è sul piano ontologico e che ha l'atto di essere quello che essa è per natura (*actus essendi*), ma piuttosto sarebbe il farsi-persona, anzi, potremmo dire il volersi e il conseguente farsi persona, quale opzione soggettiva sartrianamente capace di precedere e di determinare l'essenza⁴¹ stessa del soggetto che la esercita per sé.

Ciò significa, allora, che sulla base di siffatte premesse la c.d. libertà negativa del soggetto non rappresenta solamente una possibile declinazione della libertà dell'uomo, ma propriamente rappresenta l'archetipo della libertà umana nella quale si invera il significato stesso della personalità e della soggettività⁴². Di talché, l'autodeterminazione della volontà-pura e assolutamente libera viene a rappresentare l'essenza stessa dell'essere-libero (*id est*, dell'essere che si-vuole libero), la quale, in termini *lato sensu* giuridici, definisce e invera il prototipo del diritto umano di e alla libertà, vale a dire il prototipo del diritto che l'individuo ha in quanto "attività vissuta come autocreazione" di auto-determinare sé stesso.

È del tutto evidente, però, che una siffatta impostazione nega *ex funditus* il principio della persona – principio essendo ciò che consente di leggere l'esperienza in modo non contraddittorio – e ciò, proprio perché nel contesto del personalismo non si ha «la» persona, la persona in sé, ma solamente – come insegna Danilo Castellano – una pluralità di "moduli" *lato sensu* personali,⁴³ nei quali "il soggetto si dissolve [...] e (nda)] diventa un occasionale e contingente fenomeno"⁴⁴ di sé stesso e del proprio auto-volere. Conseguentemente, allora, le varie Carte e Costituzioni che fanno propria l'ideologia del personalismo contemporaneo non possono che dare luogo a un

⁴¹ Cfr J. P. SARTRE, *L'essere e il nulla*, Il Saggiatore, Milano 1975⁵, p. 532.

⁴² Per usare l'immagine di Bauman si potrebbe dire che in questo contesto concettuale "l'idea di un significato della vita [...] può comparire solo una volta che il significato [...] è stato già costruito come compito" (Z. BAUMAN, *Mortalità, immortalità e altre strategie della vita*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 124).

⁴³ Cfr D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit.

⁴⁴ D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit., p. 16.

ordine, anzi a un dis-ordine politico-giuridico di tipo “modulare”, il quale, proprio assurgendo l'autodeterminazione del volere a *ratio* formalmente unificatrice (anche se, di fatto, disgregatrice) del Sistema, consenta e favorisca la “realizzazione di tutte le aspirazioni, di tutte le scelte e di tutte le forme di vita che le persone/cittadini desiderano realizzare”⁴⁵ per sé⁴⁶.

Volendo fare riferimento, invece, all'insegnamento della c.d. filosofia perenne e volendo individuare per mezzo di essa il *proprium personae*, per poi arrivare al fondamento della libertà umana, nell'orizzonte dell'autodeterminazione, possiamo senz'altro guardare al magistero di Severino Boezio: “*persona est naturae rationalis individua substantia*”⁴⁷. Questo ci consente immediatamente di cogliere l'elemento di maggiore in-

⁴⁵ D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit., p. 15.

⁴⁶ A nostro avviso quest'impostazione concettuale e questo pur coerente significato di libertà non possono essere accolti. Le ragioni sono molte e non è il caso di indagarle (alcune emergeranno nel corso dei prossimi paragrafi), una, però, a noi pare dirimente. Nell'ambito, infatti, del personalismo *lato sensu* inteso, non è possibile individuare la natura della persona, non è possibile dire, cioè, in modo certo e definitivo, universale, che cosa la persona sia in sé, ma solamente – non senza problemi e incongruenze, peraltro – come la persona crei sé stessa e cioè con un atto di volontà/libertà auto-creativo. D'onde il problema, già presente nel *cogito* cartesiano, legato alla necessaria priorità dell'essere sul volere: solo l'ente che esiste, infatti, può esprimere una volontà, un pensiero *et coetera*, mentre dal nulla non può germinare alcunché. Dunque, l'atto auto-creativo, la “attività vissuta come autocreazione” (E. MOUNIER, *Il personalismo*, cit., pag. 8) di cui parla Mounier, non può essere creativo di nulla e anzi, non può essere affatto, se non in virtù del soggetto, concettualmente precedente all'atto compiuto, che lo ponga in essere volendolo e realizzandolo in forza di una sua scelta; sicché risulta concettualmente insostenibile la tesi (*lato sensu* personalista) secondo la quale un atto compiuto crei il proprio autore, ne determini l'essenza, ne conformi la natura *et similia*. Non a caso Roberta Raffaetà, pur in un contesto di studi diverso dal nostro, precisò che “il ‘*cogito ergo sum*’ di Cartesio [...] e il capitolo XXVII [...] del saggio di John Locke *Un Essay Concerning Human Understanding* [...] sono considerati come le prime concettualizzazioni moderne dell'identità come auto-identificazione” (R. RAFFAETÀ, *Identità compromesse. Cultura e malattia: il caso dell'allergia*, Ledizioni, Milano 2011, pag. 111).

⁴⁷ S. BOEZIO, *Liber de persona et duabus naturis contra Eutychen et Nestorium*, in G. P. MIGNE (a cura di), *Patrologiae cursus completus*, Petit-Montrouge, Parigi 1817, vol. 64, c. 1373. È noto che Severino Boezio abbia seguito lo schema – se così possiamo dire – dell'albero porfiriano, eppertanto che egli abbia avvertito la necessità di definire innanzitutto la natura e secondariamente la persona, o, per meglio dire, innanzitutto la natura *in se* e conseguentemente la natura della persona. Invero “Boezio dichiara [...] che non può esserci una persona che non sia già pure una natura e che persona non può predicarsi a prescindere da natura [...]”. È per questo che Boezio si pone la domanda: quale natura è una persona e non l'altra: se e perché una persona è

teresse nell'economia del nostro discorso punto rappresentato dalla natura razionale del soggetto-persona⁴⁸. Boezio, infatti, coglie il *proprium personae* nella natura razionale, vale a dire nell'attitudine della persona stessa a comprendere l'essere in sé delle cose, avendone intelligenza e ad agire in conformità alle proprie scelte consapevoli. Ciò porta quantomeno a due conseguenze.

In primis porta alla circostanza in virtù della quale non è la capacità razionale, quale capacità in atto di fruire della ragione e di agire consapevolmente, a inverare in sé medesima il *proprium personae*. Sicché possiamo ben rilevare che la natura della persona non coincide e non può confondersi con una facoltà di essa: nessuna facoltà

una natura" (A. MILANO, *Da Boezio alla scolastica medievale*, in A. PAVAN – A. MILANO (a cura di), *Persona e personalismi*, Dehoniane, Napoli 1987, p. 53). Un tanto, allora, ben ci consente di affermare che "quello di Boezio [...] sia [coniuntivo nostro (nda)] un approccio in primo luogo filosofico, razionale" (C. BIANCO, *Ultima solitudo*, Franco Angeli, Milano 2012, p. 125) e non essenzialmente o preminentemente teologico.

⁴⁸ Questo ci consente immediatamente di cogliere l'elemento di maggiore interesse nell'economia del nostro discorso, punto rappresentato dalla natura razionale del soggetto-persona. La definizione – sia chiaro – richiederebbe un'analisi a sé, ampia e articolata, la quale faccia riferimento anche alle elaborazioni di Riccardo da San Vittore e in specie di San Tommaso d'Aquino e non solo. Senza approfondire più che tanto, comunque, possiamo ricordare che la definizione di persona data dal primo Autore – secondo la quale "*intellectualis naturae, incommunicabilis existentia [...] existens per se solum juxta singularem quendam rationalis existentiae modum*" (RICCARDO DA SAN VITTORE, *De Trinitate*, 4, 22 et 4, 25) – rappresenta, in un certo senso, uno sviluppo per gemmazione rispetto a quella boeziana. Riccardo, infatti, ritiene che il «concetto» di persona sia meglio espresso non dall'essere-in-sé proprio dell'*individua substantia*, ma piuttosto dall'essere-in-sé-dipendente-da-Dio, espresso nell'*incommunicabilis existentia*, onde può dirsi – come osserva Giovanni Lauriola – che la definizione riccardiana sia *in parte qua* più ampia di quella boeziana e si estenda dall'ambito antropologico a quello teologico (cfr G. LAURIOLA, *Il concetto di persona in Duns Scoto come scelta ermeneutica*, in L. SILEO (a cura di), *Via Scoti. Metodologica ad mentem Joannis Duns Scoti. Atti del Congresso scotistico internazionale (Roma, Pontificio Ateneo Antonianum, 9-11 Marzo 1993)*, Antonianum, Roma 1995, vol. II, pagg. 967 e ss.). San Tommaso, invece, come è noto, definisce la persona "*omne individuum rationalis naturae*" (SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, I, q. 29, a. 3, ad. 2); ciò significa che essa non coincide né con un'ipotesi astratta o uno schema convenzionale, né con la mera essenza umana, né, in fine, con il prodotto di un atto volitivo purchessia: la persona, infatti, è l'essere umano, l'uomo, il quale, in quanto *ens* (*essens*) ha l'atto di essere ed essendo *in se*, egli è ciò che è per natura; infatti "*persona significat id quod perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in natura rationali*" (Ivi, I, q. 29, a. 3, Respondeo) onde "*personalitas necessario intantum pertinet ad dignitatem alicuius rei et perfectionem, inquantum ad dignitatem et perfectionem eius pertinet quod per se existat: quod in nomine personae intellegitur*" (Ivi, III, q. 2, a. 2, ad. 2).

dell'uomo, infatti, può fondare metafisicamente – se così possiamo esprimerci – l'esse *personae*, cioè il suo *proprium* ontologico e ciò, nemmeno se si tratta della facoltà/capacità razionale, *id est* della maggiore e più caratterizzante facoltà umana, la quale invero in sé stessa una sorta di analogato principale della sua natura. Infatti, l'attuale capacità razionale, cioè l'attuale capacità(/facoltà) naturale del soggetto di agire *compos sui*, esprime immediatamente la di lui natura, rappresentandone – diremo – la condizione normale e l'ordine fisiologico, ma non la esaurisce nel proprio fenomeno contingente.

In secundis, poi, la definizione boeziana porta alla necessità di individuare nel principio razionale il criterio oggettivo dell'umano agire e l'essenza della stessa libertà dell'uomo.

Sotto il primo profilo, allora, viene agevolmente sgombrato il capo da tutti gli equivoci che portano – come ha fatto rilevare anche Laura Palazzani – a individuare categorie di esseri umani privi del carattere (ontologico) della personalità sulla base di elementi non propri della natura della persona⁴⁹, anzi pretermettendo quest'ultima⁵⁰ e sostituendola con requisiti del tutto «accessorii»⁵¹.

⁴⁹ Per il c.d. utilitarismo (degli interessi/preferenze [cfr P. SINGER, *Etica pratica*, Liguori, Napoli 1989; P. SINGER, *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Il Saggiatore, Milano 2000]) – a titolo di esempio – “ciò che conta [...], sul piano dell'agire, non è tanto l'attitudine a ragionare [...] quanto la capacità di provare piacere e dolore, o meglio, la capacità di preferire il piacere al dolore, ove tale preferenza o interesse include [...] i desideri del soggetto nel presente e nel futuro” (L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pag. 22 e s.) e dunque «persona» sarebbe – sulla base di questa premessa (indimostrata e indimostrabile) – solo l'ente capace in questo senso, abile in questo senso e non gli altri (e.g. i pazienti in c.d. stato vegetativo, o comunque in istato di coma). È ovvio che tale prospettiva utilitaristica sia portata a considerare anche il problema dell'eguaglianza sotto il profilo della mera «sensitività» e ciò, ovviamente, intendendo l'eguaglianza medesima in termini convenzionali e non ontologici, come “eguale considerazione di interessi” (L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pag. 258); sicché non sorprende che “la biogiuridica utilitaristica [...] è quella che si batte per la difesa della causa animale [...]: se il movente (l'unico) dell'atto morale [infatti (nda)], consiste nel ricercare e massimizzare il piacere [...] allora sono soggetti morale tutti gli individui senzienti [...]. Su tali basi si giustifica, sul piano ontologico, la negazione del salto qualitativo tra umani e animali non umani [...] e sul piano etico e giuridico, l'estensione del principio di eguaglianza agli animali” (*Ibidem*). Al riguardo – si badi – non può neppure essere accolta la tesi di Luigi Stefanini, secondo la quale è persona quello “ente che si esprime a sé stesso nell'atto in cui intende, vuole

Sotto il secondo, connesso profilo, poi – ed è questo che maggiormente interessa per la nostra trattazione – la natura razionale, quale *proprium personae*, rappresenta il criterio dell'azione umana, la norma per l'esercizio della libertà dell'uomo e prima ancora la condizione di questa.

e ama" (L. STEFANINI, *Persona*, in *Enciclopedia filosofica*, Sansoni, Firenze 1967, vol. IV, c. 1504), inquantocché siffatto aspetto non definisce la natura dell'*ens*-persona, quanto piuttosto si limita a descriverne una possibile (fisiologica) abilità: intendere, volere e amare, infatti, se da un lato sono certamente proprii della persona, dall'altro non rappresentano il *quid* che ne caratterizza ed esprime l'essenza. Sotto un primo profilo, invero, ci sono persone che sono incapaci di intendere, di volere e di amare: i bambini, per esempio, i mentecatti, i pazienti in istato di coma *et similia*; sotto un secondo, più pregante profilo, poi, l'intendere, il volere e l'amare non sono – se così possiamo dire – idonei a giustificare sé stessi sul piano concettuale, imperocché essi presuppongono (*ex se*) la capacità razionale che del soggetto che intenda, voglia, ami e quest'ultima, a sua volta, presuppone quella che abbiamo definito (attitudine o) natura razionale. Ond'è questa e non altro a rappresentare il *proprium personae*.

⁵⁰ La Corte costituzionale italiana, per fare un esempio, proprio omettendo di considerare la natura della persona, o per meglio dire considerandola – in un ottica *lato sensu* separazionistica – come mera capacità/abilità di relazione, ha affermato assurdamente che “non esiste equivalenza fra il diritto [...] di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che [– ed è questo il punto di maggiore interesse, per noi – (nda)] persona deve ancora diventare” (18 Febbraio 1975, Corte Costituzionale, Sentenza № 27, Presidente: Bonifacio, Relatore: Rossi) e ciò... come se il fatto del parto mutasse o potesse mutare l'essenza propria del soggetto; come se, cioè, il parto potesse trasformare una non-persona (*ergo*, una cosa, un oggetto) in persona. È noto che già Tertulliano, invece – su base filosofica – affermò: “*homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert natam quis eripiat animam an nascentem disturbet; homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est*” (Q. TERTULLIANO, *Apologeticus adversus gentes pro Christianis*, 9, in E. F. LEOPOLD (a cura di), *Tertulliani opera ad optimorum librorum fide expressa. Pars I, Libri apologetici*, Tauchnitz, Lipsia 1839, pag. 68). Per una chiara definizione di «separazionismo», si rinvia agli Scritti di Laura Palazzani, secondo la quale, infatti, il separazionismo bioetico nega “la coincidenza tra persona ed essere umano [...] onde, in esso (nda) non si parla di persona (in senso ontologico), ma semmai di individuo [...] Persona non è l'individuo umano in sé e per sé [...], ma persona è l'individuo, umano o non umano, al quale si attribuisce, stipulativamente [*id est*, convenzionalmente (nda)], il concetto di persona, in quanto si rileva [...] la presenza di determinati caratteri o proprietà specifiche” (L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Giappichelli, Torino 2002, p. 21 e s.).

⁵¹ Laura Palazzani osserva che “le teorie che separano la persona dall'essere umano sono le teorie che ritengono che la vita umana non abbia un valore in sé, ma che abbia un valore solo subordinatamente alla manifestazione di certe qualità [...]: in questo senso se la vita non manifesta le qualità [...] *de quibus* (nda)], nonostante sia vita umana, non è ritenuta sufficientemente degna di essere rispettata e protetta in senso forte” (L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., p. 21). Sulla questione in parola cfr P. CATTORINI – E. D'ORAZIO – V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano 1999.

L'attitudine/natura razionale, infatti, è *condicio sine qua non* per la libertà, in quanto l'esperienza della libertà stessa non può essere fatta se non assieme all'esperienza della razionalità (e della verità⁵² che punto è razionalmente coglibile e intelligibile) e l'esperienza della razionalità, a sua volta, può essere fatta solo da parte di colui il quale abbia in sé una natura razionale e avendo in sé una natura razionale abbia anche la capacità di ragione. Dunque, la natura razionale rappresenta il presupposto ontologico per la capacità razionale, la quale, finalmente, è la condizione oggettiva per aversi libertà ed esperienza della libertà: solo l'ente di natura razionale, infatti, avendo il libero arbitrio, è compote di sé stesso, è *dominus* della propria condotta e non è determinato nell'agire da forze indipendenti rispetto alla propria volontà consapevole; *ergo...* egli è necessariamente libero sotto il profilo della *libertas minor*, in quanto agisce *compos sui* (perciò egli è sempre responsabile delle proprie condotte) e può – qualora lo voglia concretamente *per se* – essere libero anche sotto il profilo ontologico-morale della *libertas maior*, se, agendo liberamente, egli eserciti opzioni autenticamente razionali, cioè autenticamente proprie della sua natura di uomo⁵³.

⁵² Sono più che note le parole di verità riportate dal Vangelo di Giovanni: "*cognoscetis veritatem, et veritas liberabit vos*" (GIOVANNI, 8, 32).

⁵³ Negli animali, invece, essendo carente la natura razionale, è carente l'attitudine alla libertà, la vocazione naturale all'esperienza di essa e ciò comporta – ovviamente – che gl'animali medesimi non abbiano e non possano avere nemmeno l'esercizio del libero arbitrio, il quale, infatti, consegue alla natura razionale e ne è – diremo – l'analogato principale. Un tanto, però, non significa – attenzione – che gl'animali siano guidati e agiscano in conformità a un loro volere *absolutus*, che facciano, cioè, esperienza della c.d. libertà negativa, ma all'opposto significa ch'essi, non potendo volere alcunché, proprio in quanto incapaci di volontà, siano retti, guidati nel loro «agire» dall'istinto, il quale, in un certo senso, può considerarsi regola del, al e per il comportamento animale; non si tratta, ovviamente, d'una regola di libertà, ma si tratta – diremo – d'una regola di necessità naturale. L'animale, infatti, è sempre come deve essere e ciò ch'esso «fa» è sempre conforme alla sua natura, è sempre proprio di lui, è sempre, in fine, nell'ordine della sua dimensione ontologica (è sempre reale). L'animale, allora, non può dirsi buono o cattivo in considerazione dell'azione buona o cattiva ch'esso abbia compiuta: (s-)ragionare in questi termini significa proiettare erroneamente sull'animale categorie gius-morali proprie solo dell'essere umano, in quanto presuppongono il binomio natura razionale-esercizio del libero arbitrio, del tutto estraneo a chiunque non sia uomo; l'animale, dunque, è sempre animale e in quanto tale esso può essere pericolo o innocuo, utile o inutile, ma non mai buono o cattivo. È vero – sia chiaro – che l'animale può essere oggetto di addestramento, in particolare sotto il profilo dello sviluppo di quelle che possono essere le sue naturali inclinazioni: i cani da caccia, in-

fatti, vengono addestrati per essere d'ausilio a chi eserciti l'*ars venandi*; i buoi vengo addestrati per il traino di carri e aratri, ma anche le cc.dd. bestie feroci possono essere addestrate pei fini proprii dell'arte circense *et coetera*, ma tutto questo – si badi bene – non muta né la natura dell'addestramento, né la natura dell'atto compiuto dall'animale in esecuzione/risposta delle richieste dell'addestratore (il cacciatore, nel caso del cane da caccia; il carrettiere o il contadino, nel caso dei buoi; il domatore, nel caso dei leoni). L'addestramento, infatti, non è una forma di educazione o di insegnamento che richiede ubbidiente collaborazione, libertà morale e capacità intellettuale da parte del soggetto sottopostovi, ma rappresenta, invece, una forma di sapiente uso dell'animale e del suo istinto; allo stesso modo ciò che l'animale faccia in conseguenza dell'addestramento ricevuto non rappresenta una forma di apprendimento consapevole, o una forma di contegno responsabile dell'animale stesso, ma rappresenta, sempre e inevitabilmente, il prodotto dell'istinto proprio dell'animale, il quale, infatti, per istinto, non per scelta, né per calcolo opportunistico, reagisce agli stimoli ricevuti nel modo richiesto dall'addestratore. *Contra* le tesi di Singer il quale, principiando dalla "eguale considerazione degli interessi" (P. SINGER, *Etica pratica*, cit., pag. 31), osserva che "se un essere soffre non può esserci giustificazione morale per rifiutare di prendere in considerazione tale sofferenza [...] e che se, *viceversa* (nda) un essere non è capace di provare dolore [...] non c'è nulla da prendere in considerazione [...] onde (nda) il limite della sensibilità [...] è il solo confine difendibile per tener conto degli interessi altrui" (*Ivi*, pag. 58), la qualcosa, coerentemente, lo porta a ritenere che gli animali debbano essere trattati quantomeno "con il maggior riguardo che ora attribuiamo agli individui mentalmente menomati" (*Ivi*, pag. 75). Tutto ciò, evidentemente, porta Singer a parlare di «interessi degli animali» in coerenza con le tesi utilitaristico-benthamiane da lui sostenute: "Singer ritiene [infatti (nda)] che la capacità di «soffrire» [...] è ciò che rende uguali gli uomini e gli animali [vero è che (nda)] il primo e supremo «interesse» degli uomini e degli animali è l'abolizione della sofferenza" (EDITORIALE, *Gli animali hanno «diritti»?», in, La Civiltà cattolica*, La Civiltà Cattolica, Roma 20 Febbraio 1999, q. 3568, pag. 325). Ovviamente, se quest'impostazione – a nostro avviso assurda – anche supera *in parte qua* il c.d. specismo, essa è costretta a cadere nel personismo, proprio introducendo il *discrimen* della capacità di autocoscienza quale attitudine della sola persona umana, sicché la distinzione operata sulla base dell'autocoscienza, implica *ex se* una distinzione specista, cioè di specie (umana *versus* animale). Regan, invece, parla di veri e propri diritti degli animali e ciò, sul presupposto che "esiste un insieme di ragioni che [...] costituiscono quello che si potrebbe chiamare argomento cumulativo a sostegno della coscienza animale" (T. REGAN, *I diritti animali*, Garzanti, Milano 1990, pag. 56); in virtù di quest'ultima, poi, egli conchiude^a che i mammiferi siano parimenti dotati di coscienza e^b che, tra gli uomini, siano da considerarsi titolari di diritti i membri della specie *homo sapiens* "con almeno un anno di vita, non affetti da ritardo mentale grave e che non abbiano risentito altrimenti di drastiche cadute del livello di vita mentale" (*Ivi*, pag. 128) e che tra gli animali siano da considerarsi titolari di diritti i "mammiferi non umani, mentalmente normali, di almeno un anno" (*Ibidem*). Conseguentemente, tutti gli animali debbono considerarsi portatori e titolari di diritti (anche se non tutti sono titolari e portatori degli stessi diritti), primo tra tutti "quello di ricevere un trattamento rispettoso e [quello (nda)] di non essere danneggiati [...]. Quindi gli animali hanno diritto a non essere uccisi. Di qui l'obbligo del vegetarianismo" (EDITORIALE, *Gli animali hanno «diritti»?», cit., pag. 323) et coetera. L'errore teoretico di Regan e sotto un certo profilo anche di Singer è quello di usare "il 'metodo della caratteristica rilevante' per determinare la 'somiglianza' tra uomini e animali e per dedurre, da tale somiglianza, l'attribuzione di un identico *status* morale" (A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati*, Giuffrè, Milano 2012, pag. 58); Regan, infatti – come osserva Attilio Pisanò – "individua le caratteristiche della*

La natura razionale dell'uomo, infatti, oltre a rappresentare il presupposto della sua stessa libertà, è anche e necessariamente regola per l'esercizio di essa, o, per meglio dire, è regola per l'esercizio del libero arbitrio. La natura degli enti, invero, è *ex se* normativa e regolativa per gli enti stessi e per chiunque abbia rapporti con essi⁵⁴: la

soggettività in elementi come la percezione, la memoria [...] una forma di sensibilità [... *et coetera* (nda)] e ammette nel *club* della soggettività, sullo stesso piano uomini e animali, non ritenendo [...] significativo [...] l'appartenenza a una determinata specie" (Ivi, pagg. 57 e s.). Il problema di fondo, però – a nostro avviso – non è quello della specie, non è un problema antropologico, naturalistico o scientifico che gravita attorno a una o all'altra classificazione, ma è un problema – se così possiamo dire – ontologico, *id est* legato all'essere in sé, alla natura, alla diversa natura, degli uomini e degli animali e la diversità non alberga, né si coglie nella categoria scientifica: non è il genere, non è la specie, non è la classe, non è la famiglia, non è la razza *et coetera* che discernono l'uomo dall'animale, o comunque da non-uomo e che definiscono in *proprium personae*, così come non è l'abilità o la capacità attuale in relazione a un dato parametro che può giovare allo scopo. L'unico elemento, infatti, che veramente definisca e tracci il crinale discreto tra persona e non-persona, tra uomo e animale è rappresentato dalla natura razionale del primo. Che poi, dalla natura razionale dell'uomo, per gemmazione, possono fisiologicamente svilupparsi una pluralità di caratteristiche e abilità proprie solo di esso, come la capacità razionale che s'esprime nell'esercizio del libero arbitrio, come l'auto-coscienza *et coetera*, è pur vero; come è vero com'è vero che l'uomo, in quanto essere vivente, condivide con altri esseri viventi, non-umani, certune caratteristiche, come le necessità fisiologiche legate all'alimentazione, come il fatto di provare dolore, come la necessità del sonno *et similia*, ma né la deficienza delle prime consente di negare dignità a un essere umano, né la sussistenza delle seconde consente di equiparare un animale a un uomo e/o di estendere a quest'ultimo diritti, doveri, facoltà *et coetera*. In relazione agli animali e alla questione animalista, allora, in parte considerate anche da Singer e da Regan, occorre impostare il problema nel modo corretto e cioè non ricercando impossibili diritti degli animali, quanto piuttosto considerare il dovere che l'uomo ha di usare di tutte le cose, compresi gli animali, conformemente alla loro natura, nel rispetto della loro essenza, in una parola: secondo ragione, in modo razionale.

⁵⁴ La natura – per fare un esempio – di un cavallo, è ^a regolativa per l'agire del cavallo, il quale, infatti, è regolato dal proprio istinto equino e si manifesta per quello ch'esso è e dev'essere (*ut natura*), ma è anche ^b normativa per la condotta dell'uomo che usi del cavallo medesimo. Onde l'essere umano, proprio in quanto soggetto razionale, dovrà comportarsi, nell'atto dispositivo del cavallo, secondo la norma espressa *ex se* dalla natura di quest'ultimo, vale a dire che, servendosi dell'animale, egli dovrà destinarlo agli usi coerenti con le caratteristiche oggettive di esso. Il proprietario, invero, potrà impiegare il cavallo nel traino del carro o dell'aratro, potrà anche destinarlo alla macellazione per scopi alimentari, ma non potrà usarne arbitrariamente: a titolo d'esempio, non potrà (e non dovrà) sottoporlo a maltrattamenti o a sevizie inutili, ma nemmeno potrà nominarlo per incarichi politici, com'è storicamente accaduto con Caligola del quale si narra che in relazione al proprio cavallo *Incitatus*, "*consulatum quoque traditur destinasse*" (G. SVETONIO, *De vita Caesarum*, IV, 55). Infondo, allora, anche il reato di maltrattamento degli animali (*sub artt. 544 ter e ss. c.p.*) trova in questo discorso una sua legittimazione concettuale, dacché esso persegue e punisce (*recte*, dovrebbe perseguire e punire solamente) condotte (irrazionali) sostanzianti in un uso improprio dell'animale e finalizzate a soddisfare un gusto

natura dell'ente «dice» che cosa l'ente è *in se*, quale è, cioè, la sua essenza e questo determina *ex se* l'affermazione di una verità oggettiva, dalla quale non può prescindersi e la quale si impone per la forza della propria (auto-)evidenza⁵⁵. Con riguardo

sadico (eppertanto perverso) di chi le realizzi. Contemporaneamente, però – attenzione – il reato *de quo* palesa anche un argomento «positivo» contro la tesi del diritto all'assoluta autodeterminazione, imperocché, la previsione di esso nega *in parte qua* la facoltà legale del proprietario di fare ciò ch'egli voglia in relazione all'oggetto della sua proprietà. Anzi... qualora il proprietario disponesse del proprio (!) animale sottoponendolo a "a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche", egli sarebbe suscettibile di subire la pena della "reclusione da tre a diciotto mesi o [...] la multa da 5.000 a 30.000 euro". La questione – sia chiaro – non è di poco momento, anche perché qualora si accogliesse fino in fondo la tesi lockiana della *property* e qualora si applicasse coerentemente il dogma dell'autodeterminazione che la Corte costituzionale fa discendere dagli artt. 2 *et* 3 cost., si dovrebbero porre soverchi dubbi, se non sulla costituzionalità, quantomeno sulla coerenza endo-ordinamentale di siffatta disciplina.

⁵⁵ In questo senso, allora, il reato di omicidio, di truffa, di lesioni personali *et coetera* – a titolo d'esempio – non sono reati in quanto fatti tipici, in quanto, cioè, fattispecie tipicamente previste dal Legislatore (*mala quia prohibita*), ma sono reati in quanto comportamenti lesivi della natura umana della vittima e contrarii alla natura umana del reo (*mala in se*), sicché la tipizzazione o comunque la positivizzazione normativa delle fattispecie – per avere un fondamento – è conseguenza e non causa (fonte) della natura delittuosa delle condotte *de quibus*. Conseguentemente, anche il Legislatore – diremo... soprattutto il Legislatore – non è e non può ritenersi sovrano, immune, in un certo senso, dalla *natura rerum*; non può, cioè, disciplinare la vita delle persone *lato sensu* intesa, a prescindere dalla loro natura, ma al contrario egli deve ubbidire ai principii di essa (Aristotele insegna [cfr ARISTOTELE, *Politica*, III, 4, 1277 b] che "non si può comandare bene senza avere obbedito" [ARISTOTELE, *Politica*, Roma – Bari, Laterza, 2005, pag. 79]) e legiferare in conformità di questi. La regola espressa dalla natura delle cose e nel caso di specie dalla natura umana, infatti, si impone come regola e come norma anche per il Legislatore, pena... una legislazione irrazionale, eppertanto disumana. Come è noto, peraltro, Platone, dopo avere precisato che la legge non coincide con le cose stabilite per legge (cfr PLATONE, *Minosse*, 313 a – 314 a) e che non è sufficiente affermare ch'essa consista in un atto deliberativo dello Stato (cfr *Ivi*, 314 d-e), insegna che la legge è "un'opinione buona e che essendo buona solo l'opinione vera, la legge è necessariamente scoperta di ciò che è (vero) e dunque scoperta della realtà (cfr *Ivi*, 314 e – 315 a-b), la quale, a sua volta, in quanto tale, cioè in quanto realtà, è sempre eguale a sé stessa (cfr *Ivi*, 316 c) e si impone per la sua evidenza obiettiva. Onde la legge che concerna il governo della comunità politica e che miri al bene di essa, è la prescrizione di re e di uomini buoni, i quali conoscano l'arte regale o arte regia; i quali, cioè, siano sapienti in quest'arte (vale a dire... i quali posseggano questa sapienza) e prescrivano ciò che è giusto (cfr *Ivi*, 317 a-d). Senza entrare più oltre nel problema *de quo*, basti rilevare – come ha osservato Danilo Castellano – che lo stesso Codice civile, pur avendo come premessa positivistica l'art. 1 delle cc.dd. Preleggi, ov'è esplicitata la teoria delle fonti del diritto, è costellato – se così possiamo dire – di disposizioni che riconoscono la natura delle cose e che regolano in conformità di essa i vari rapporti di diritto privato. Significativo è il titolo del paragrafo che Castellano dedica al problema *de quo*, al quale facciamo rinvio. Cfr D. CASTELLANO, *Sul realismo del Codice civile italiano*, cit., pp. 93 e ss. Il problema – in estrema sintesi – concerne la contraddizione con-

all'essere umano, però, la questione si complica non sotto il profilo concettuale, ma sotto il profilo operativo, poiché egli, pur essendo di natura razionale e pur essendo essa normativa e regolativa per lui, non è razionalmente determinato nell'agire-razionale. Egli, infatti, essendo dotato di libero arbitrio, ha la possibilità di agire sia secondo la propria natura, cioè razionalmente e dunque ubbidendo alla regola del proprio statuto ontologico, sia contro la propria natura, cioè irrazionalmente, epper tanto disumanamente, ovverosia disattendendo la regola *de qua*. Ciò significa, allora, che l'esercizio del libero arbitrio, pur se rimesso alla contingente opzione del soggetto storico, non è, in quanto libero, privo di regole oggettive; significa che esso non si sostanzia affatto in un potere inqualificato e inqualificabile di affermazione della libertà negativa: la natura razionale della persona, infatti, rappresentando il *proprium* ontologico di essa, rappresenta anche e necessariamente la regola propria della di lei condotta, *id est* la regola per il retto esercizio delle sue facoltà razionali, del suo arbitrio... libero. La persona che ha la capacità naturale, infatti, pur potendo operare, di fatto, qualsiasi opzione, per rispettare la regola propria della sua natura, per rispettare, cioè, la natura razionale sua propria e per comportarsi in conformità alla regola di questa, dovrà agire secondo ragione, *id est* dovrà agire razionalmente, dovrà autodefinire, insomma, una volontà razionale.

Il nostro discorso, allora, ci porta verso una distinzione la quale, se non è certo da considerarsi radicalmente disgiuntiva, senz'altro dà conto e in un certo senso sintetizza, l'analisi testé presentata: si tratta della distinzione tra autodeterminazione

cettuale tra la pretesa *πáv*-positivistica del Legislatore che pone la propria legge in guisa di fonte del diritto e il contenuto «realistico» della legge stessa, la quale – almeno con riguardo all'impianto «fondamentale» del Codice – altro non fa, se non rende positivi e normare i principi di giustizia emergenti *ex se* dalle cose, dai rapporti, dalle relazioni *et coetera*. *Ex ipso factum oritur ius*... Un esempio per tutti può essere quello della c.d. donazione remuneratoria *sub* art. 770 c.c. In questo caso, infatti, il Legislatore, prevedendo l'irrevocabilità della stessa (*ex* art. 808 c.c.), non «crea» *ex nihilo* la disciplina *de qua*, imponendo una sua volontà sovrana, ma «si limita» a riconoscere la natura remuneratoria e non puramente liberale del negozio in parola.

dell'*esse personae*, cioè dell'essere proprio della persona in sé e autodeterminazione del *velle subiecti*, cioè della volontà manifestata e attuata dalla persona medesima.

Innanzitutto una precisazione preliminare. Come abbiamo in parte già detto, l'atto di autodeterminazione è necessariamente e inevitabilmente un atto di affermazione della volontà propria del suo autore, dunque, sotto questo profilo, ogni atto di autodeterminazione è un atto di (auto-)determinazione del *velle subiecti*. Chiunque sia incapace di volontà, infatti, è incapace di autodeterminarsi; in altri termini, sempre riprendendo il discorso di prima, l'autodeterminazione postula *ex se* il libero arbitrio e s'invera nell'esercizio di esso.

Nondimeno, però, giova rilevare che l'autodeterminazione quale esercizio del libero arbitrio, eppertanto quale determinazione della volontà cosciente e responsabile, può sia sostanziarsi in una determinazione del mero volere-voluto, o per meglio dire, del mero auto-volere-auto-voluto-si, privo di qualsiasi altro criterio; sia in una determinazione del volere razionale, vale a dire del volere informato ai principii proprii della ragione e retto nell'ordine oggettivo di essi. Ciò significa, allora, che nell'ipotesi dell'autodeterminazione del mero volere, del volere *ab-solutus*, cioè, privo di criterii diversi dalla volontà, l'atto di autodeterminazione non può considerarsi, propriamente parlando, un atto di determinazione della persona in sé, dell'*esse personae*, ovvero della *persona secundum esse*. L'atto è suo – sia chiaro – le è imputabile ed è foriero, per essa, di responsabilità, ma non è un atto nel quale essa manifesta, esprime ed invera sé stessa e la propria natura di persona. La natura della persona, infatti, come abbiamo veduto, non è vitalistica, non è istintuale, non è impulsiva, non è libera nel senso del liberalismo mouneriano, ma al contrario essa è razionale, onde per aversi veramente un atto di autodeterminazione della persona (genitivo oggettivo) cioè della natura della persona, l'atto medesimo, oltre a dovere essere un atto voluto dal *subiectum agens*, dev'essere un atto in sé qualificato e aggettivato dal requisito intrinseco della razionalità: la razionalità, insomma, deve esserne regola e criterio.

Solo nell'atto razionale, infatti, la persona autodetermina veramente, pienamente e liberamente sé stessa e la propria natura umana; solo nel compimento di un atto razionale, invero, la persona fa esperienza in senso proprio della sua libertà di essere umano e si esprime per quello che essa è *ut natura*. Solo, in fine, l'atto razionale, solo la condotta conforme a ragione, cioè, si sostanzia in un atto di autodeterminazione dell'*esse personae*, in un atto di autodeterminazione della persona in senso proprio e – diremo – sul piano ontologico.

Viceversa, l'atto di determinazione di un volere assoluto – quello che noi abbiamo chiamato atto di autodeterminazione del *velle volutum* – vale a dire l'atto di esercizio di una volontà purchessia, priva del principio razionale, scevra dell'ordine proprio della ragione, è un atto che nega l'autodeterminazione della persona propriamente detta (quella dell'*esse personae*, per capirci), in quanto esso si discosta dalla natura del suo autore e lo «conduce» a una condizione effettiva difforme dalla sua realtà, cioè difforme dalla realtà del suo essere oggettivo e deteriore (in questo senso) anche rispetto a quella degli animali.

Che la persona possa compiere anche questo genere di atti è del tutto evidente: il peccato sul piano teologico, l'*iniuria* sul piano civile, il reato sul piano penale, l'illecito sul piano amministrativo, il male sul piano morale *et coetera*, altro non sono – ammesso che abbiano un fondamento in sé quale peccato, quale *iniuria*, quale reato, quale illecito, quale male... ovviamente – che atti voluti dal loro autore e a questo imputabili; altro non sono, insomma, che atti di autodeterminazione del *velle volutum*, ma certamente essi non sono e non possono essere considerati atti di autodeterminazione della persona, vale a dire atti di autodeterminazione dell'*esse personae*, o, in un certo senso consimile, di autodeterminazione della persona *secundum esse*: in essi, infatti, manca il requisito della razionalità... essi, cioè, deviano dalla razionalità, epper tanto si discostano dalla e confliggono con la natura del loro autore.

Il problema, allora, della libertà soggettiva intesa come libertà negativa, della quale, in un certo senso, il moderno diritto all'autodeterminazione ne rappresenta l'analogo principale, nasce – come osserva Danilo Castellano, studiando il pensiero di Cornelio Fabro – dalla “chiusura nei confronti dell'essere operata particolarmente dalla «filosofia moderna» [la quale, infatti, (nda)] ha portato al disconoscimento dell'ordine morale e alla distruzione della libertà di scelta e quindi del fondamento della morale medesima”⁵⁶; dunque – aggiungiamo noi – ha portato anche alla conseguente “distruzione” del fondamento del medesimo «concetto» di diritto, il quale, invero, per non ridursi (teoreticamente) a *flatus vocis*, a comando purchessia effettivo, deve punto avere fondamento nell'ordine etico proprio della giustizia in sé. In termini *lato sensu* giuridici, dunque, può dirsi che il dogma volontaristico dell'autodeterminazione assoluta (del *velle*) abbia coinvolto sia il c.d. diritto pubblico, sia il c.d. diritto privato. Anzi, deve rilevarsi che l'antecedente remoto del «diritto» in parola nasce proprio all'interno delle varie teorie sulla sovranità statale, la quale, infatti, altro non rappresenta, se non il potere dello Stato-titolare di autodeterminarsi liberamente, cioè incondizionatamente, entro i confini del proprio territorio. Ed è ovvio che riducendo il potere politico a mero potere effettivo e riducendo, con il processo di secolarizzazione proprio della modernità e della *post-modernità*⁵⁷ – la legge positiva a semplice strumento attuativo della volontà sovrana, venga a perdersi – se così possiamo dire – la ragione vera e veramente obbligatoria dell'ubbidienza e vengano nel contempo ad affermarsi istanze, opposte, ma sostanzialmente identiche, di espansione della libertà individuale, contro quella dello Stato.

⁵⁶ D. CASTELLANO, *Morale e libertà radicale*, in D. CASTELLANO, *La libertà soggettiva. C. Fabro oltre moderno e antimoderno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984, p. 87.

⁵⁷ Cfr D. CASTELLANO, *Prefazione*, in P. G. Grasso (a cura di D. Castellano), *Costituzione e secolarizzazione*, C.E.D.A.M., Padova 2002, p. XII. L'Autore efficacemente afferma, invero, che “è stata dissolta [...] persino la falsa trascendenza dell'immanenza cui si ispirano la politica e [...] gli ordinamenti giuridici dei cosiddetti Stati forti [...] e si è passati, con l'esperienza dei cc.dd. Stati deboli (nda)] dall'immanentismo dei totalitarismi all'immanentismo dell'anarchia” (*Ibidem*).

Di queste istanze, infatti, come osserva anche Ayuso Torres⁵⁸, il costituzionalismo moderno si fa via, via portavoce e baluardo; così le teorie del diritto soggettivo all'autodeterminazione assoluta del *velle*, salvi i limiti geografico-kantiani della convivenza e nel rispetto delle procedure amministrativo-lockiane della *property*, si ingegnano a definire ambiti di *μικρά*-sovranità privata entro la *μακρά*-sovranità dello Stato, vale a dire ambiti di libertà negativo-soggettiva dell'individuo, accanto agli altri individui eguali (per legge) a lui ed entro lo «spazio» della libertà-sovranià dello Stato.

⁵⁸ L'ambizione dei costituzionalismi è assurda: come può ipotizzarsi, infatti, di difendere la frazione dall'intero cui appartiene; la parte dal tutto, il *citoyen* dal Corpo politico? Come può ipotizzarsi, ancora, di limitare, contenere, regolamentare un potere che nasce sovrano e che esiste e che si afferma, come potere dello Stato, solo se e in quanto sovrano? Ayuso Torres, infatti, rileva che "il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica [...] che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto" (M. AYUSO TORRES, *L'Ágora e la piramide*, Giappichelli, Torino 2004, p. 42), la quale formula, a sua volta, va interpretata piuttosto «alla tedesca» come *Rechtsstaat*, che «all'inglese» come *Rule of Law*, in quanto essa non esprime un «vero» limite per lo Stato, quanto piuttosto "una mera autolimitazione [...] dello Stato, il quale, infatti, (nda)] è limitato dalla legge, ma non c'è legge che non possa essere modificata, purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione" (*Ivi*, p. 63).