

**SUL «CONTENUTO» IN SE GIURIDICO DEL DIRITTO
ALL'AUTO-DETERMINAZIONE
UNA BREVE ANALISI INTORNO AL RAPPORTO TRA
«DIRITTO» DELL'ESSE E «POTERE» DEL VELLE**

*Θεοὶ φύουσιν ἄνθρωποις φρένας
πάντων ὅσ' ἐστὶ χρημάτων ὑπέρτατον*
(Sofocle, *Antigone*, 683-684)

Por RUDI DI MARCO*

1. Inquadramento preliminare

«La volontà è manifestazione e prodotto, non fonte ed essenza dell'ente che vuole. E ciò senza considerare che la volontà del “volente non volutosi” non può essere l'ultimo e il supremo criterio di riferimento dell'agire. L'uomo, infatti, può [nel senso che ha il diritto di (nda)] usare solamente la volontà umana [anche se ha il potere di fatto, cioè la possibilità storica, di volere anche disumanamente (nda)]. Ora, qualificare la volontà significa riconoscere che essa è regolata dalla qualificazione individuata [in guisa di criterio obiettivo (nda)]. L'uomo, pertanto, può volere qualsiasi cosa ma ciò non trasforma in diritto il voluto né rende buona la “cosa” desiderata. Per questo l'individuo umano mai può rivendicare come diritto ciò che è “disumano”»¹. Quando s'intende parlare del «diritto di auto-determinazione» e

* Università de Udine.

1. Danilo CASTELLANO, «Replica (provvisoria) dell'autore», in Danilo CASTELLANO e Federico COSTANTINI (a cura di), *Costituzione europea diritti umani libertà religiosa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 36-37.

quando si vuole dare una configurazione dommatica di esso, la quale ambisca di andare oltre rispetto al *flatus vocis* della sua mera invocazione astratta (di per sé contenutisticamente vacua e teoreticamente infondata), occorre innanzitutto comprendere che cosa significhi «diritto» e che cosa significhi «auto-determinazione»; non solo: occorre anche preliminarmente comprendere in quale senso e quindi alla luce di quale criterio, l'auto-determinazione possa e per certi versi debba rappresentare di per sé stessa, una dimensione giuridicamente rilevante sul piano subiettivo(-morale).

Invero, se l'auto-determinazione della persona ha da costituire il contenuto proprio di un diritto di lei, essa ha da essere definita, se non nel suo proprio oggetto storico, quantomeno in quello che potremmo chiamare il suo concetto ontologico: diversamente, infatti, s'avrebbe un diritto (quello di autodeterminarsi assolutamente, cioè secondo la propria libertà/volontà pura, di matrice hegeliana) essenzialmente privo di contenuto o quantomeno un diritto a contenuto essenzialmente variabile (*id est*, variabile nella sua propria essenza); allo stesso modo, peraltro, se ha da configurarsi un diritto soggettivo della persona di autodeterminarsi, il concetto di diritto e quindi la natura del diritto soggettivo in quanto tale, hanno da essere chiariti e definiti per quello ch'essi sono e (*rectius*, e pertanto) per quello ch'essi debbono essere, pena... una confusione intellettuale (*rectius*, intellettualistica), la quale solo può rappresentare un viatico verso le più insensate aporie logiche (e *a fortiori* filosofiche).

2. Un cenno sull'auto-determinazione «in rapporto» ai criteri del *velle*

Per ciò che attiene al problema del «che cosa» intorno all'auto-determinazione, è uopo di precisare che pur nell'ovvia unità concettuale, morale e storica dell'atto di auto-determinazione della persona –quale atto personale ↔ responsabile del *subiectus agens*– possono distinguersi (quantomeno per ragioni espositivo-metodologiche) due differenti aspetti i quali esprimono *ex se* una loro, autonoma specificità strutturale; onde il coglimento di quest'ultima consente e impone, in un tempo, di rendere ragione effettiva (ed efficace) dell'auto-determinazione medesima come atto umano-morale(-giuridico), eppertanto come atto suscettivo, *in se*, d'inquadramento *sub specie iuris* e di conseguente disciplina (e critica). Può parlarsi, invero, sia di auto-determinazione intesa come «auto-determinazione del (mero) volere», che di auto-determinazione intesa come «auto-determinazione dell'essere»; per quanto –è bene precisarlo fin d'ora, a scampo d'equivoci– la distinzione in parola non sia e non debba affatto ritenersi nettamente e radicalmente disgiuntiva, dacché non può aversi, propriamente parlando, auto-determinazione del volere fuori dall'essere-volente o (in termini sartriani) prima dell'essere-volente, siccome non può darsi volontà senza soggetto-che-voglia o a prescindere dall'oggettività/realtà/priorità (↔ effettività) di questo². Di talché, la distinzione proposta (nella sua qualità, potremmo dire, di «disgiunzione congiuntiva»), per essere colta nel suo *proprium* e

per esprimere una qualche dignità dommatico-euristica, merita un'opportuna specificazione nell'ordine del problema che intende palesare, vale a dire... nell'ordine del problema posto dal rapporto ideale-morale tra auto-determinazione della volontà soggettivo-personale e auto-determinazione della persona *in se*, mercé l'atto di auto-affermazione del «suo» *volutum* assiologicamente umano.

Vero è, infatti, che di per sé stessa, l'auto-determinazione come atto umano (come atto, cioè, compiuto e compibile solo dall'uomo), invero sempre e necessariamente una volontà della persona capace di volere, cioè una volontà della persona (che si auto-determina) consapevole della propria volizione (*compos sui*) e pienamente cosciente del proprio *velle*: se così non fosse, alfine, non s'avrebbe certo auto-determinazione, ma s'avrebbe una condotta inconsapevole (in-imputabile in senso proprio, cioè non attribuibile al suo autore), non altrimenti qualificabile sotto il profilo morale e giuridico (saremmo nel campo, *coeteris paribus*, della c.d. in-imputabilità penalistica); di talché, in questo senso, l'atto di auto-determinazione in quanto tale e in quanto tale atto di volontà del «suo» autore, è sempre e necessariamente epifenomeno di un'auto-determinazione del volere... ne consegue –*ça va sans dire*– che sotto questo profilo di analisi ogni forma di auto-determinazione è e definisce in sé stessa una forma di determinazione del *velle subiecti*. Peraltro, volendo ragionare *a contrario* per addivenire alle medesime conclusioni, si potrebbe anche osservare che nessuna persona potrebbe veramente autodeterminarsi e quindi che nessuna persona potrebbe veramente porre in essere un atto di auto-determinazione, senza determinare, esternandola, la propria volontà contingente ed effettiva e senza affermarla *in rebus mundi*; sicché... è ovvio che il primo «aspetto» dell'auto-determinazione subiettiva concerne l'auto-determinazione del volere e in questa s'infutura come atto (*lato sensu*) umano.

3. Auto-determinazione (morale) ed *esse personae*

Nondimeno, però, il volere che autodeterminando-si si-autodetermina pel contenuto suo proprio, cioè pel contenuto volitivo proprio della *voluntas subiecti*, può essere sia un volere assoluto, un volere, cioè, esercitato col solo criterio della volontà, dunque senza criterio alcuno, eppertanto in guisa di atto di libertà negativo-hegeliana (puro auto-volere), sia un volere conforme e coerente alla natura (razionale ↔ umana → libera, morale, giuridica) dell'ente che vuole, e quindi un volere esercitato –potrebbe dirsi– col criterio dell'essere, *id est*... in conformità di quello che è lo statuto ontologico dell'*ens volens*, ovverosia della persona-soggetto che coscientemente e consapevolmente vuole quel determinato *volutum* storico e volendolo per ciò che esso obiettivamente è, vuole ciò che è proprio della di lei natura volere.

2. Contra le teoriche cc.dd. esistenzialiste che fanno idealmente capo a Gian Paolo Sartre (cfr. Jean-Paul SARTRE, *L'essere e il nulla*, Milano, Il Saggiatore, 1975, *passim*, in particolare pp. 533 e ss.).

Nel merito di un tanto –ne facciamo solo un cenno, per mera chiarezza espositiva– occorre tosto rilevare almeno due ordini di questioni in sé stesse cruciali: *in primis*, infatti, occorre rilevare che l’atto di auto-determinazione è un atto naturalmente proprio della persona (boezianamente intesa: *naturae rationalis, individua substantia*) e di questa soltanto, dacché esso postula la natura razionale dell’ente-soggetto che si-autodetermina e in ispecie postula, da parte di lui, la «fruizione storica» delle cc.dd. facoltà razionali (non solo l’animale non può autodeterminarsi, perché l’auto-determinazione è aliena dalla di lui natura, ma nemmeno in bambino o il *mentecaptus* possono farlo, pur avendone l’attitudine naturale, in quanto privi della capacità razionale, intesa come capacità di operare razionalmente ↔ responsabilmente *in rebus mundi*) e *in secundis* giova comprendere che il presupposto obiettivo (e concettuale) dell’auto-determinazione medesima è rappresentato da quella che potremmo chiamare, forse un poco approssimativamente, libertà morale del soggetto, vale a dire che il presupposto *de quo* è rappresentato dalla concreta possibilità/libertà della persona di operare scelte conformi (solo, cioè essenzialmente) alla sua volontà e non pre-/etero-determinate da alcun fattore estrinseco (*id est*, estraneo dalla sfera del suo *velle*). In forza d’un tanto, allora, ben s’intende che nell’auto-determinare il proprio volere, la persona, proprio perché moralmente libera, cioè proprio perché dotata di libero arbitrio, può auto-determinare una volontà qualsiasi, vale a dire ch’essa può determinare una volontà suscettiva d’esprimere qualsivoglia contenuto, onde il contenuto medesimo è giuocoforza rimesso alla di lei opzione storica (*rectius*, storico-morale), eppertanto... alla di lei signoria; potrebbe parlarsi, infatti, di signoria del volere, nel senso di un volere libero, perché non altrimenti coartato e consapevole, perché cosciente del valore (oggettivo) relativo al proprio *volutum*. Resta inteso, dunque, che proprio la natura dell’atto di auto-determinazione, quale atto esercitato dalla persona umana in regime di fruizione del libero arbitrio che le partiene, comporti pel suo autore una responsabilità e un (conseguente) giudizio concettualmente strutturabili solo sull’oggettività razionale e sul valore gius-morale dell’atto medesimo, a nulla rilevando e a nulla potendo rilevare (sotto il profilo dell’*an* e dunque sul piano del crinale discreto tra *ius* e *iniuria*) gli stati soggettivi e/o le intenzioni, i sentiment(-alism-)i *et coetera*. Peraltro, è anche mestieri di considerare che al di fuori dall’esercizio del libero arbitrio, eppertanto al di fuori dalla fruizione morale delle cc.dd. facoltà intellettuali proprie del soggetto-persona *compos sui* (il caso può essere quello del *puer*, come quello del *demens* o del *mentecaptus*), non v’è e non può esservi alcuna *forma* di auto-determinazione propriamente detta, postulando ed esigendo, questa, sempre e necessariamente una deliberazione consapevole da parte del *subiectum agens/volens* e quindi, *in apicibus*, una piena signoria di lui sopra i proprii atti e sopra le proprie condotte storiche; la volontà del *mentecaptus*, o comunque dell’incapace, dunque, non è una volontà protesa o proiettabile all’auto-determinazione, ma è una volontà *in se* etero-determinata, laonde l’etero-determinazione del *velle* dipende, in questi

casi, dalla condizione patologica (o fisiologica nel *puer*) che di fatto rende l'incapace *de quo*... incapace d'intendere e di volere.

4. Auto-determinazione e diritto: per una breve «sintesi» concettuale

Rifacendoci, ora, alla distinzione (metodologico-espositiva) testé proposta tra auto-determinazione del *velle* e auto-determinazione dell'*esse*, possiamo immediatamente osservare che nel primo caso l'atto di auto-determinazione si sostanzia in un mero atto di determinazione del volere-voluto (*velle quia volutum*), vale a dire del volere che si estrinseca in quanto potere della volontà hegeliana, sulla base della mera volizione storica e a prescindere dalla natura, cioè dall'essenza, dell'essere che vuole (*id est* della persona che esprime e che concreta *in rebus mundi* la propria volontà), mentre nel secondo caso, l'atto di volontà (cosciente, *id est* consapevole), il quale non può certo mancare nella dinamica dell'auto-determinazione, si estrinseca e si definisce in guisa di volizione assiologicamente propria della persona-volente. La persona volente, infatti, così auto-determinando-si, si-autodetermina proprio nel suo essere persona-in-sé: essa definisce storicamente, per sua stessa volontà, infine, un modo di essere ontologicamente coerente col suo stesso dover-essere obiettivo, eppertanto definisce liberamente e razionalmente un modo di essere proprio di lei. La persona che in siffatta guisa auto-determina il proprio *velle*, dunque, invero un *volutum* non solo effettivo, ma anche e soprattutto reale nell'ordine dello statuto ontologico che le è proprio (il quale statuto ontologico, nel suo essere necessariamente proprio di essa, è obiettivamente indisponibile da parte sua ed è radicalmente sottratto al di lei arbitrio). Ne consegue –si badi bene– che l'atto di auto-determinazione della persona, così inteso, invero una volontà di questa, si voluta, ma non voluta-assolutamente, ovverosia... si voluta, ma non voluta arbitrariamente, non voluta senza criterii obiettivi e dunque non voluta a prescindere dalla propria natura razionale di sé; in una parola... non voluta *contra se* o *praeter se*: si tratta, infatti, con riguardo all'atto di autodeterminazione (razionale) dell'essere di cui trattasi, di un atto di volontà voluta *per se* e *in se*, da parte del *subiectum agens*, nel rispetto di quell'ordine proprio di sé, il quale è irrefutabilmente appartenente al soggetto che è vero soggetto (cioè soggetto *in se*) e alla persona che è vera persona (cioè persona *in se*).

Ebbene, proiettando *in rebus iuris* una siffatta analisi del problema e cercando di dare al diritto di auto-determinazione la foggia sua propria, cioè quella che gli compete (teoreticamente e non ideologicamente) in quanto diritto e segnatamente in quanto diritto subiettivo, è mestieri di rilevare ch'essa non può certo plasmarsi sulla *figura* di quella che abbiamo chiamato auto-determinazione del mero volere: se così fosse, infatti, il diritto in parola in altro non si ridurrebbe, se non in un diritto alla concretizzazione della volontà purchessia, dunque, in altro non si ridurrebbe se non in un assurdo e paralogistico diritto all'anarchia. L'assurdità consisterebbe in

ciò, che il diritto di auto-determinazione così inteso contrasterebbe non solo col concetto di diritto (*ars boni et aequi, ut eleganter Celsus definit*), ma anche colla stessa struttura della regola positivisticamente intesa, inquantoché esso si sostanzierebbe in una mera «patente in bianco», atta a consentire al titolare di essa l'esercizio di qualsivoglia opzione di per sé e in sé insindacata (*a posteriori*) e insindacabile (*a priori*). Correlativamente, il paralogismo si invererebbe nel momento in cui l'esercizio di un cotale «diritto» di auto-determinazione –«diritto» per sua stessa vocazione α -giuridico– verrebbe a sostanzarsi in una condotta *ex se* o *ex norma* antiggiuridica: se il soggetto, infatti, avesse diritto di esercitare qualsiasi opzione, egli potrebbe pure (paralogisticamente) vantare il diritto di esercitare un'opzione *lato sensu* vietata. Orbene, se l'opzione vitata fosse vietata da un (vero) principio di diritto, ciò darebbe luogo a un paralogismo vero e proprio, dacché si realizzerebbe la chimera del diritto all'*iniuria* –*contradictio in adiecto*– inconcepibile e impraticabile sul piano concettuale, prima ancora che su quello logico; se, invece, mutando radicalmente l'orizzonte analitico, l'opzione vietata fosse vietata da una mera *regula posita*, il paralogismo *de quo*, pur sempre presente, si definirebbe in un teorico disordine del e nel Sistema costituito –*contradictio in terminis*– dacché una regola in bianco sostanzialmente legittimerebbe condotte altrimenti proibite in seno al medesimo «contesto legale». Certo: si obietterà (col non-criterio della *lex posterior* che *derogat legi priori*) che il diritto di auto-determinazione così definito abbia a rappresentare una sorta di *ius in seipsum* e che le altre *regulae* –poste *ne cives ad arma ruant*– perseguano il mero scopo di regolamentare secondo un «ordine» tutt'affatto convenzionale la c.d. convivenza umana, anzi, più propriamente, la vicinanza meramente geografico-kantiana, degli arbitrii, ma questo –come il Lettore avrà di già inteso– presuppone una visione (anti-storica, anti-filosofica, anti-razionale) tutt'affatto negativa così della libertà, come del diritto, come, ancora, della convivenza civile, la quale visione è del tutto inaccettabile da un punto di vista teorico ed è ognorpiù insostenibile da un punto di vista storico³.

Viceversa, una conformazione in sé giuridica e in sé razionale del diritto di auto-determinazione, come diritto all'auto-determinazione umana (*id est*, libera, morale, razionale, giuridica), la quale si plasmi sulle forme di quella che abbiamo chiamato autodeterminazione dell'essere, vale a dire di quella che abbiamo quali-

3. L'uomo, infatti –come insegna Aristotele– è ζῷον πολιτικόν (ARISTOTELE, *Politica*, 1253 a), non atomo, unità numerica rousseauiana che vive in sé e per sé, tutta auto-definita nel potere del proprio *velle* e nella potenza della propria autenticità heideggeriana, tanto che... «le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l'uomo» (Jean-Jacques ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, (trad. it. a cura di Paolo Massimi), Roma, Armando, 1994, p. 192). *Contra*, le ben note tesi di Hannah Arendt, secondo la quale la politica –come il diritto, *mutatis mutandis*– sarebbe niente di più che il «male necessario alla sopravvivenza dell'umanità» (Hannah ARENDT, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, p. 23).

ficato in guisa di auto-determinazione della persona in senso proprio, in senso assiologico, si presterebbe a una obiettiva collocazione nel solco tracciato col vomere del diritto subiettivo (suareziano: *facultas moralis*) nel suo essere espressione verconda del giure. Ciò –si badi bene– sia che s’intenda classicamente il diritto *de quo* (cioè propriamente, *ergo* teoreticamente), come diritto-in-sé (*ius quia iustum*), sia che lo s’intenda modernisticamente (cioè volontaristicamente-costruttivisticamente) come mero *ius positum* (*ius quia iussum*), anche se, in questo secondo caso, il problema sarebbe meramente teorico e non certo teoretico (!) e involgerebbe *ex ante* la definizione normativa dell’essere-soggetto e dunque la definizione della di lui capacità giuridica *lato sensu* intesa. Al di là di un tanto –faremo un breve cenno sul punto in appresso– tosto rileva che la conformazione (a nostro avviso l’unica possibile) del diritto di auto-determinazione, come diritto all’auto-determinazione dell’essere della persona in sé, esprime non solo la natura obiettivamente giuridica del diritto *de quo*, vale a dire del diritto soggettivo di auto-determinar-si, ma compendia anche, in sé stessa, il significato autenticamente giuridico della libertà umana⁴, quale libertà degli uomini e tra gli uomini, della quale gl’uomini medesimi fanno e possono fare esperienza solo gli uni assieme agli altri, nell’ambito della c.d. comunità politica (*id est*, nell’ambito della *societas hominum* retta dalla comune condivisione da parte dei *cives* intorno a quelli che Cicerone chiamava –e a ragione veduta– *iuris consensus* e *communio utilitatis*)⁵. Sotto il primo profilo, infatti, il diritto in parola andrebbe a definire non una «licenza in bianco» di fare qualsiasi cosa, ma un diritto vero e proprio, avente a oggetto la potestà giuridica di fare tutto (e solo!) ciò che è in sé giuridico fare, relativamente al soggetto storico considerato, nell’*hic et nunc* della sua data esperienza di vita, onde il contenuto del diritto stesso sarebbe definito (*ex se*) dalla stessa giuridicità obiettiva dell’opzione lecita (nell’altra impostazione, invece, il contenuto del diritto era definito dal mero atto di volontà voluta, perché voluta), mentre sotto il secondo profilo, «questo» diritto di auto-determinazione renderebbe ragione del trinomio libertà-razionalità-responsabilità, nell’ordine della natura umana della persona, inquantoché esso si sostanzierebbe in un diritto all’esercizio di scelte possibili e lecite, nell’ambito di un ventaglio di opzioni altrettanto possibili e altrettanto lecite con riferimento al soggetto considerato e al suo contesto⁶. Di talché, esercitando il diritto

4. Si noti, infatti, che l’uomo «se è necessariamente quello che è, è obbligato a essere secondo la sua natura [...] essendo uomo, deve agire razionalmente [...] e usando responsabilmente la libertà implicata dalla razionalità che gli consente e impone simultaneamente di scegliere [...] l’uomo ha diritto alla libertà perché ha il dovere di conservare la sua libertà» (Damilo CASTELLANO, «Introduzione», in ID. (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 23).

5. CICERONE, *De Re publica*, I, 25-39.

6. Non si tratta, dunque, con riguardo al diritto di auto-determinazione, d’un diritto «alla» c.d. libertà personale, intesa come assenza di vincoli/limiti nell’operare storico della persona –così lo intende

all'auto-determinazione inteso in siffatta guisa, la persona verrebbe a esprimere sé stessa... proprio in quanto persona: essa verrebbe, cioè, ad auto-determinar-si umanamente, concretando una volontà certamente sua e certamente rimessa alla di lei opzione libera, ma altrettanto certamente informata ai principii della razionalità obiettiva e della libertà assiologicamente umana che le sono ontologicamente proprii sul piano dell'essere e del conseguente dovere-essere di lei in quanto persona-che-è e che essendo, è in quanto tale, cioè in virtù della sua essenza.

5. Breve epilogo conclusivo. Auto-determinazione: un diritto soggettivo da «difendere», un potere da «attribuire»?

Un ultimo cenno, ancora, sulla questione teorica relativa al «rapporto» tra diritto di auto-determinazione così inteso e Sistema positiv(-istic-)o. È del tutto ovvio, financo scontato, che una dommatica dell'auto-determinazione giuridica, come quella che noi abbiamo dianzi proposto, si ponga in netto contrasto coll'ideologia positivista: basti considerare, infatti, il fondamento oggettivo di essa rappresentato dalla natura *in se* razionale della persona, eppertanto la ragione naturale(/oggettiva) e non normativa della stessa soggettività (↔ capacità/libertà/moralità/responsabilità) giuridica dell'essere umano; cionondimeno occorre considerare che anche il positivismo giuridico, per dare luogo a un Sistema, se non fondato, quantomeno suscettivo di affermazione storica (*oboedientia facit imperantem*), debba «considerare» alcuni imprescindibili dati dell'oggettività⁷ (aveva radicalmente torto Portalis, infatti, quando, in sede di Relazione sul *Code Napoleon*, opinava che la legge, in quanto *lex posita*, avrebbe avuto il potere di distruggere la realtà che c'è e di creare una realtà che non c'è)⁸. Tra questi

la Corte costituzionale italiana (Sentenza № 438/2008) e così lo intende *magna pars* della dottrina (cfr. *ex plurimis* Stefano RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, *passim*, in particolare pp. 250 e ss.; Hans KÜNG, *La dignità della morte. Tesi sull'eutanasia*, Roma, Datanews Editrice, 2007, *passim*, in particolare p. 52)– ma si tratta di un diritto «di» libertà umana e giuridica, avente a oggetto la giuridica facoltà del soggetto di attuare una volontà in sé conforme alla sua natura e alla sua condizione. Onde non è la volontà negativamente libera a definire il contenuto del diritto medesimo, ma è la giuridicità del *volum* a qualificare il *volum* stesso in guisa di *volum secundum ius et natura subiecti*.

7. Correttamente osserva Danilo Castellano, in relazione al «rapporto» tra contenuto del Codice civile italiano e lettera dell'art. 1 delle cc.dd. Preleggi, che «questa norma [il riferimento è all'art. 1 delle cc.dd. Preleggi (nda)] esce sostanzialmente indebolita, anzi “svuotata”, dalle considerazioni svolte. La norma [...], infatti, è il prodotto dell'attività del legislatore il quale, per dare veramente la legge, non può invocare qualcosa di “altro” rispetto al diritto [...] il legislatore, infatti, non ha il potere di trasformare in giuridico un qualsiasi comando» (Danilo CASTELLANO, *Quale diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 113).

8. Cfr. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Relazione al Titolo preliminare del Code Civil*, Seduta del *Corps Législatif* del 4 Ventoso XI.

ultimi v'è senz'altro l'essenza razionale e la conseguente capacità intellettuale della persona, onde la persona medesima si distingue e può essere distinta («dalla» legge e «per» legge) dagli oggetti, animati o inanimati che siano, solo ed essenzialmente in ragione di essa, vale a dire solo ed essenzialmente in ragione della sua attitudine alla razionalità, mercé la quale, infatti, la persona stessa, che è un «io» in sé, può esercitare il libero arbitrio ed è moralmente libera ↔ responsabile con riguardo alle sue condotte⁹. Senza di questo o a prescindere da questo, il diritto, anche (assurdamente) ridotto a mera *regula posita*, sarebbe non solo inutile, ma addirittura assurdo, come assurda sarebbe qualsivoglia prescrizione la quale si rivolga a una cosa inanimata o a un animale.

È siffatta virtù tutta umana e solo umana, alfine, che rende l'uomo soltanto capace di diritto, cioè giusto capo d'imputazione di situazioni giuridico-soggettive attive e passive (*hominum causa omne ius constitutum est*) e che lo rende, nel contempo, sempre e costantemente bisognevole della *regula iuris*, quale regola ontologicamente propria del suo stesso essere, eppertanto funzionalmente necessaria al suo retto operare storico (quale operare non determinato dall'istinto, ma ognorpiù rimesso alla sua stessa opzione). È ovvio, peraltro, che la *regula iuris* di cui trattasi possa essere tanto quella autonomamente trovata da sé medesimo, da parte del *subiectum agens*, quanto quella sussidiariamente prescritta dall'Ordinamento giuridico: ciò che importa, alfine, non è l'autonomia o l'eteronomia rispetto al coglimento del principio (*in se*) giuridico, ma è il principio giuridico in sé, che s'impone (auto-nomamente) o che è imposto (etero-nomamente) alla ragione dell'uomo pella sua obiettiva verità razionale (umana, morale, libera, giuridica). Tuttavia... il positivismo giuridico – come è noto – pur dovendo prendere atto della natura umana e pur dovendosi conformare a essa, per quanto in modo incoerente e spesso contraddittorio (basti considerare l'ipoteca romanistica che «vizia» l'art. 1 c.c., nel momento in cui esso definisce il *dies a quo* della capacità giuridica al momento della nascita e non a quello anteriore del concepimento), non ammette l'essere razionale della giuridicità, tutto volendo confondere nella e ridurre alla c.d. normatività dello *ius quia iussum*.

Ne consegue – potremmo dire, omettendo *brevitatis causa* tutta la dissertazione intermedia sul punto – che anche il Sistema positivistico possa e per certi versi debba affermare, cioè porre *ex lege* (anche consentendone l'individuazione per via ermeneutica), un diritto di autodeterminazione che non sia essenzialmente anarchico, *id est* che non sia un diritto di auto-affermazione assoluta del *velle subiecti* quale *velle quia volutum*; per quanto... questo diritto all'auto-determinazione legale, in seno al positivismo, si riduca giuocoforza a un mero diritto all'auto-decisione del soggetto,

9. Rimandiamo –*si vis*– a un nostro contributo: Rudi DI MARCO, «Soggetto e Ordinamento giuridico. Alla ricerca del «concetto» fondativo e... fondamentale», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (Roma), voll. II, III, IV (2015).

operabile secondo le *rationes* della soggettività medesima, per come compendiate nel e dal Sistema di riferimento. Di talché... «questo» diritto di autodeterminazione, se non si sostanzia in un diritto all'anarchia soggettiva, quale anarchia nel Sistema –diritto in sé assurdo e paralogistico, che di fatto negherebbe il Sistema stesso– non si palesa nemmeno in un diritto di autonomia morale propriamente detta, il quale presupporrebbe, infatti, il coglimento teoretico dell'essere razionale proprio della natura umana, ma s'infutura in un mero diritto (riflesso) all'esercizio di quella che potremmo chiamare libertà legale, cioè... libertà legalisticamente definita in negativo (*sub lege libertas*) dall'autopoiesi di un Ordinamento *soi-disant* «onnipotente». Di talché... è del tutto ovvio che il problema dell'anarchia non venga espunto dal Sistema –come sarebbe logico che fosse– ma subisce solo una metamorfosi conservativa, tale per cui l'anarchia resta, ma resta in capo (non ai soggetti, quanto piuttosto) al sovrano rousseauiano-bodiniano, il quale, infatti, definendo i caratteri proprii del Sistema *de quo*, definisce anche e *in apicibus* i presupposti della capacità giuridica e della capacità di agire: in una parola... delle condizioni *a priori* del diritto positivo-soggettivo all'auto-determinazione legale del *Citoyen* illuministicamente inteso.

Se diritto di auto-determinazione e positivismo, allora, siano termini in contrasto tra di loro, tali da dare luogo a una sorta di ossimoro concettuale, o se essi rappresentino dimensioni comunque compatibili e variamente conciliabili, è questione che la brevità di questo Contributo non può affrontare *in toto*, tuttavia, per definire quantomeno i termini del problema, tosto occorrerebbe osservare tre ordini di dati. *In primis* si potrebbe rilevare che il diritto di auto-determinazione, per come modernamente inteso, cioè come «diritto» all'anarchia, si pone senz'altro al di fuori da ogni dimensione *lato sensu* normativa: di per sé stesso, infatti, tale «diritto» non potrebbe neppure essere definito *facultas agendi* in senso proprio, riducendosi a una mera *potentia agendi* (attenzione: non abbiamo detto *potestas*, ma volutamente *potentia*) esternamente orba di criterii operativi, ond'esso resterebbe logicamente e coerentemente avulso anche dallo medesimo positivismo, siccome sarebbe del tutto inconciliabile colla più lata concezione di un qualsiasi Ordinamento. *In secundis* meriterebbe di considerare che il «recupero obliquo» del diritto di auto-determinazione, in guisa di diritto all'auto-determinazione del soggetto giuridicamente capace e capace di agire, giusta le *rationes* della soggettività legalisticamente intesa e quindi in un contesto di per sé *πάv*-positivistico, impedirebbe di cogliere il *proprium* dell'autodeterminazione giuridica della persona, determinando una mera normativizzazione in negativo delle opzioni rese legali da quella *lex* che *ubi voluit dixit* e *ubi noluit tacuit*, onde l'esercizio del diritto di auto-determinazione così definito *ex lege*, si confonderebbe colla (e si ridurrebbe alla) fruizione storica dei cc.dd. *Reflexrechte* teorizzati da Gerber e concettualmente proprii di tutta la modernità politico-giuridica (altro non sarebbero –sia chiaro– che i diritti dell'uomo «in» società, concepiti in seno alla Rivoluzione francese). *In tertiis*, conclusivamente, è mestieri di considerare che l'affermazione, la tutela e la difesa concettuale e storica del diritto all'auto-de-

terminazione della persona, inteso in senso proprio e stretto come diritto all'auto-determinazione dell'essere proprio di essa (vale a dire, del volere di essa, conforme allo statuto ontologico proprio di lei), pur ponendosi come ogn'altro diritto in sé in netto e radicale contrasto coll'impostazione ideologica propria del positivismo, sia forte (quello teorizzato *ex plurimis* da Nicola Matteucci)¹⁰, che debole (quello della c.d. politologia descritta da Gustavo Zagrebelsky)¹¹, non si pone affatto in regime di antitesi rispetto a quello che possiamo chiamare il concetto di diritto in sé, né contrasta colla positivizzazione normativo-legale dei principii proprii del giure, in seno a un Ordinamento veramente giuridico. È ben vero, infatti, che il diritto all'auto-determinazione così inteso (in senso classico) sia e debba essere riconosciuto in guisa di diritto proprio della persona, alla quale, infatti, nel suo essere persona in sé, compete *ut natura* di auto-determinare razionalmente la propria volontà razionale, vale a dire, la propria volontà informata ai principii e ai criterii operativi (giuocoforza definiti in termini tutt'affatto oggettivi e senz'altro non volontaristici) dell'umanità ontologicamente propria di essa. Negare il diritto di auto-determinazione così inteso, allora, significherebbe negare alla persona *compos sui* di operare scelte razionali e legittime, le quali, in forza della loro stessa giuridicità sostanziale e oggettiva, siano ontologicamente coerenti colla dimensione propria di essa. *Vice-versa*... affermare il diritto di auto-determinazione in guisa di diritto all'anarchia significherebbe –oltrecché fare un'affermazione paralogistica e insensata– riflettere sul soggetto un *phantasma iuris* non proprio di esso e anzi del tutto lesivo della sua dignità di *persona naturae rationalis*, parimenti, confondere il diritto di auto-determinazione col positivistico diritto subiettivo di esercitare una «signoria del volere [e un (nda)] potere di agire»¹² legalizzato dal Sistema di riferimento, equivarrebbe a denegare il «vero» diritto di auto-determinazione ad appannaggio di un'ideologia *πáv-rousseauiana*, giusta la quale l'uomo andrebbe snaturato dalle Istituzioni, fino a ridurlo al mero cittadino, definito nel suo essere dal potere autoreferenziale di un corpo politico totalitario e totalizzante.

10. Cfr. Nicola MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, *passim*, in particolare pp. 30 e ss., dove l'Autore afferma che «il concetto di sovranità è un potentissimo strumento teorico per l'affermazione dello Stato moderno: [...] la teoria della sovranità muta col tempo il suo baricentro: non è più il potere legittimo di fare le leggi, ma il potere reale coattivo di farsi obbedire [...] sovrano [allora (nda)] è il potere di fatto e la sua legittimità dipende solo dalla sua effettività [...] il primato della legge è dovuto al fatto che è essa a dare unità e coesione al corpo politico, perché per suo mezzo si possono imporre ai sudditi determinati comportamenti; ma questa coesione e unità sono di fatto estranee ed esteriori alla società: si trovano solo nel comando del sovrano che [...] è ancora il luogotenente di Dio in terra».

11. Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, *passim*, in particolare p. 44, dove l'Autore afferma che «l'atto creativo di diritto legislativo è l'esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti)».

12. Andrea TORRENTE e Piero SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 64.