

IL DOGMATISMO  
DELL'AUTODETERMINAZIONE  
"GIURIDICA" CONTEMPORANEA  
IL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE  
QUALE PROBLEMA GIUS-FILOSOFICO

THE DOGMATISM OF THE CONTEMPORARY  
"LEGAL" SELF-DETERMINATION.  
THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION  
AS A JURIDICAL AND PHILOSOPHICAL ISSUE

\*

*Rudi Di Marco*\*

*Riassunto*

Il articolo tratta una questione giuridica delicata e controversa, prepotentemente impostasi all'attenzione dei giuristi e diventata oggetto della giurisprudenza delle Corti costituzionali e della CEDU.

L'autodeterminazione del soggetto è presupposto del diritto ma è anche presupposto della rivendicazione della sovranità soggettiva che, a sua volta, sta alla base dei "nuovi diritti" (eutanasia, omicidio del consenziente, disponibilità del proprio corpo per finalità di comodo e via dicendo).

Le riflessioni proposte fanno emergere la contraddizione intrinseca alla teoria del moderno diritto di autodeterminazione: esso, infatti, presentato come diritto dell'individuo e dommaticamente difeso come prerogativa di libertà negativa, si sostanzia in un diritto umano, cioè in un diritto civile, all'esercizio delle libertà legali.

Parole chiave: autodeterminazione del soggetto, "nuovi diritti".

*Abstract*

The essay deals with delicate and controversial juridical issue, powerfully drawn to the attention of all jurists and been subject of Constitutional Courts' and CEDU's jurisprudence.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Padua (Italia). Artículo recibido el 15 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de marzo de 2018. Correo electrónico: rudi.dimarco@libero.it.

The subject's self-determination is an essential condition of law, but it is also a condition of subjective sovereignty's claim representing the basis of "new rights" (euthanasia, consensual homicide...).

The reflections developed in the text reveal the contradiction inside of modern self-determination theory. This "new right", in fact, is presented as a human right and it is defended as a form of negative-freedom, but this kind of self-determination transform every individual freedom in legal freedom, id est in a form of freedom limited by positive law.

Keywords: The subject's self-determination, "new rights".

### 1. Inquadramento del tema<sup>1</sup>

Il "diritto" all'autodeterminazione, per come viene trasversalmente inteso dalla *post*-modernità politico-giuridica, si condensa in un *μακρός*-diritto dell'individuo all'esercizio di qualunque opzione egli intenda realizzare per sé stesso e su ciò che afferisce alla sua propria sfera di signoria. Si tratta, dunque, di un diritto di e alla libertà negativa.

Tale "diritto", infatti, nella sua proteiformità, sia genetica, sia funzionale, è concepito come *ab-solutus*, cioè esso nasce come potere del soggetto di agire senza che la sua azione sia intrinsecamente normata da una regola e/o da un criterio informatore intrinseci. Ciò significa che, *ex latere subiecti*, esso è un diritto anarchico, anche se, *ex latere obiecti*, esso medesimo sottostà alla regola geografica del proprio limite operativo, ovverosia esso incontra un *non plus ultra*, esterno ed estrinseco, rappresentato dalla identica, anche se opposta, altrui libertà-autodeterminazione.

La (ψευδο-)giuridicità del diritto all'autodeterminazione della *post*-modernità, insomma, dipende dal fatto in virtù del quale il concretamento dell'opzione storica che lo manifesta e invero *hic et nunc* non rechi danno agli altri individui, o, per meglio dire, non invada, senza il loro consenso la sfera del loro privato, della loro *privacy*, punto impedendone l'autodeterminazione libera.

Lo *σχῆμα* che si delinea, allora, con riguardo a questo nuovo "diritto di libertà" è rappresentato, non già dalla contrapposizione ontologica tra *ius*

<sup>1</sup> Il articolo propone, riveduto e ampliato, il testo di una relazione tenuta dall'Autore di esso, su invito del *Comité de Evaluación*, presso la *Pontificia Universidad Católica Argentina* nel settembre del 2017, in occasione delle XX Jornadas abiertas de profundización y discusión sobre el tema Verdad, causalidad y dialéctica del Derecho. L'iniziativa è stata organizzata dal Doctorado en Ciencias Jurídicas-Seminario de Filosofía del Derecho, in collaborazione con il Centro de estudios italo-argentino de Dialéctica, Metodología y Filosofía del Derecho, sotto la direzione dei professori Felix A. Lamas (Buenos Aires), Mauro Ronco (Padova) e Franco Todescan (Padova), Danilo Castellano (Udine).

e *iniuria* e nemmeno, immediatamente, dalla contrapposizione formale-positiva tra legale e illegale, quanto piuttosto esso è rappresentato dalla contrapposizione concettuale tra libertà e regola, o, per meglio dire, tra potere-libero e limite normativo-esterno all'esercizio di esso. Tutto ciò, evidentemente, presuppone una prospettiva ideologica, secondo la quale politica e diritto, cioè potere politico e norma giuridica –per riprendere le parole di Hannah Arendt– altro non sono se non un “male necessario per la sopravvivenza della comunità”<sup>2</sup>, un male, dunque, rappresentato dalla limitazione della libertà soggettivo-negativa, inevitabile ai fini della “pacifica” convivenza degli individui, gli uni accanto agli altri<sup>3</sup>.

La prospettiva di riferimento di questo “diritto” all'autodeterminazione, allora, sarebbe –sotto un certo profilo– sia quella del binomio *liberty-property* che si riscontra nell'impostazione lockiana<sup>4</sup>; sia quella del binomio felicità-libertà che caratterizza il sistema kantiano secondo il quale, da un lato “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona”<sup>5</sup> e dall'altro, la condotta umana è da ritenersi “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro”<sup>6</sup>.

Ciò significa, invero, che il soggetto, nell'esercizio del suo potere-diritto di autodeterminarsi, godrebbe la facoltà di disporre dei propri beni, della propria libertà e della propria vita –quindi, anche del proprio corpo, delle proprie opzioni familiari<sup>7</sup> *et coetera*– in modo assolutamente libero,

<sup>2</sup> Hannah ARENDT, *Che cos'è la politica?*, p. 23.

<sup>3</sup> *Contra* la concezione aristotelica della comunità politica (κοινωνία πολιτική). Cfr, in particolare, ARISTÓTELES, *Política*, III, 4, 1277 b.

<sup>4</sup> John Locke, invero, fa coincidere la libertà del soggetto con l'esercizio della proprietà legale, vale a dire con l'esercizio del “diritto” di proprietà garantita dalla legge e dalla legge riservata al *dominus* di riferimento, infatti “la ragione per cui gli uomini entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri”. John LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, p. 363. Per una disamina del pensiero lockiano, con particolare riguardo alle questioni politico-giuridiche, si fa rinvio a Juan Fernando SEGOVIA, *La ley natural en la teleraña de la razon. Ética, derecho y política en John Locke*.

<sup>5</sup> Immanuel KANT, “Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”, p. 255.

<sup>6</sup> Immanuel KANT, *Stato di diritto e società civile*, p. 217.

<sup>7</sup> In termini paradigmatici può farsi riferimento alla Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo con sede a Strasburgo (c.d. Corte EDU), la quale, in una nota pronunzia (29 Aprile 2002, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso N° 2346/2002), allocando il c.d. diritto all'autodeterminazione nell'ambito concettuale dell'art. 8 CEDU, ha affermato che “comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de ‘vie privée’ est une notion large, non susceptible d'une

vale a dire affermando quella libertà negativa *πάv*-moderna che Danilo Castellano ha efficacemente descritto come libertà esercitata con il solo criterio della volontà, *id est* senza alcun criterio<sup>8</sup>. Si tratta, infatti, di una libertà-autodeterminazione, la quale, così come non ha e non può avere criterii intrinseci per il suo esercizio concreto, poiché l'essenza di questa dipende dal contingente movimento del volere proprio del suo autore storico, essa medesima ha e deve avere necessariamente limiti di carattere operativo per consentire il contemperamento fattuale dell'arbitrio vitalistico di ognuno, con l'arbitrio altrettanto vitalistico degli altri. Questi limiti, allora, sono punto rappresentati dai confini esterni della *property*, tracciati dalle "norme conformative" che la disciplinano positivamente.

Dall'esercizio della libertà negativa, *sub specie* di esercizio del "diritto" di autodeterminazione, allora, si realizza compiutamente lo schema lockiano-kantiano testé veduto: l'atto di autodeterminazione, infatti, viene a sostanzarsi <sup>a</sup> in un atto di libera, *rectius* assoluta (*ab-soluta*) disposizione della *property*; <sup>b</sup> in un mezzo per la ricerca della felicità soggettivamente (e solipsisticamente) intesa<sup>9</sup> e da ultimo <sup>c</sup> in un coacervo di condotte inidonee (almeno a una superficiale lettura del problema) a ledere altri nell'esercizio delle loro identiche prerogative<sup>10</sup>.

---

définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle [recte, dovrebbe dirsi d'autodétermination, giacché l'autodeterminazione come determinazione del volere è altro rispetto all'autonomia quale capacità di riconoscere la «propria» regola e di seguirla razionalmente (nda)] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article".

<sup>8</sup> In un recente articolo-intervista, infatti, Danilo Castellano, alla domanda "¿Puede definir la 'libertad negativa' que Ud. considera irracional?" risponde osservando: "la 'libertad negativa' es aquélla que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio". Bernardino MONTEJANO, "Reportaje a Danilo Castellano", p. 18.

<sup>9</sup> Il riferimento più immediato, ovviamente, è al testo della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 Luglio 1776, a mente della quale, infatti, "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".

<sup>10</sup> Per un'analisi del problema posto dalla moderna concezione della libertà, in particolare con riferimento alla c.d. libertà di coscienza e alla c.d. libertà di religione, si fa rinvio a Julio ALVEAR TELLEZ, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*.

## 2. L'autodeterminazione dell'esse e l'autodeterminazione del velle

Quando si fa riferimento all'autodeterminazione in quanto tale, indubbiamente ci si riferisce a un movimento della volontà, a una determinazione, cioè, del volere. Di talché, sotto questo profilo, ogni autodeterminazione, ogni forma di autodeterminazione è un'autodeterminazione del *velle*.

Ne discende che la capacità di autodeterminazione dipende dalla capacità di volere, ovverosia dalla capacità del soggetto di esprimere una volontà consapevole e cosciente, di essere –diremo– *compos sui et suorum*. Il bambino, per fare un esempio, come anche il *mentecaptus* e il *demens*, non essendo capaci di intendere e di volere, per immaturità dell'intelletto nel caso del bambino, o per patologia della mente negli altri due casi citati, non posso autodeterminarsi, non possono, cioè, autodeterminare alcuna volontà. Le eventuali manifestazioni o esternazioni che da loro provenissero, infatti, non sono loro imputabili sul piano giuridico<sup>11</sup> e morale, dipendendo da una volontà viziata, da una falsa volontà, da un'incontrollabile propulsione intima dettata dall'immaturità o dalla patologia psichica.

Nondimeno, l'autodeterminazione del *velle* può anche essere intesa come autodeterminazione del mero volere, del volere-assoluto, del volere cioè, esercitato con il solo criterio della volontà, del volere heideggerianamente autentico<sup>12</sup> che si afferma come *velle vultum*. In questo caso l'atto di autodeterminazione è dato da un movimento della volontà che è in un tempo causa e fine di sé stesso; esso invero, dunque, l'esercizio della già citata libertà negativa. Sotto questo profilo, allora, nello spettro dell'autodeterminazione può rientrare qualunque condotta effettivamente voluta per sé dal suo autore e a lui direttamente imputabile/attribuibile sul piano della responsabilità: sia la condotta giuridica, sia quella antiggiuridica; sia la condotta morale e razionale, sia quella immorale e irrazionale;

<sup>11</sup> Si faccia riferimento, a titolo d'esempio, alla disciplina penalistica dell'imputabilità *sub* art. 85 c.p. italiano, il quale punto prescrive che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere".

<sup>12</sup> Come è noto Martín Heidegger scrive che "l'esserci per essenza è via la propria possibilità [onde (nda)] questo ente può nel suo essere «scegliere» sé stesso, conquistarsi, perdersi, o conquistarsi solo «in apparenza». Esso può essersi perso o non ancora conquistato, solo in quanto è per sua essenza possibilità di essere autentico, cioè a sé proprio". Martín HEIDEGGER, *Essere e tempo*, p. 69. Nel merito è stato opportunamente osservato che per Martín Heidegger "essere autentico significa essere autentico nel mondo, accettare le cose nel mondo come meramente fattuali e il proprio essere come meramente fattuale [...] siamo, in ultima analisi, di fronte alla mera fatticità o contingenza". Leo STRAUSS, "Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger", p. 12.

sia, da ultimo, la condotta propriamente umana, sia quella propriamente disumana.

*Viceversa* l'autodeterminazione che abbiamo chiamata dell'*esse*, cioè dell'*esse personae*, pur compendiandosi necessariamente in una forma di autodeterminazione del volere, si caratterizza per il fatto di non assurgere il volere medesimo a criterio della stessa volizione; essa, cioè, rappresenta una forma di autodeterminazione –diremo– della volontà qualificata e dunque regolata dalla natura, dall'essere-in-sé del soggetto che vuole e che volendo si autodetermina per quello che egli è e deve essere *ut natura*. L'autodeterminazione dell'*esse*, allora –semplificando i termini della questione– si struttura in una forma di autodeterminazione della volontà razionale, della volontà guidata e orientata sul piano oggettivo dalla razionalità, *id est* dalla ragione che è propria dell'uomo e della sua natura di persona... boezianamente intesa<sup>13</sup>. Si potrebbe anche parlare, in questo caso, di autodeterminazione del *velle secundum esse*, in quanto il movimento della volontà che necessariamente inverte l'atto di autodeterminazione e che, altrettanto necessariamente, ne è causa prima, è regolato dall'essere-in-sé e quindi dall'essenza del soggetto che vuole e che, volendo, egli vuole ciò che è proprio della sua natura volere, ciò che lo compie nell'ordine del suo fine, ciò che, allora, ne esprime compiutamente la dimensione ontologico-teleologica.

### 3. *Persona, soggetto, libertà soggettiva e diritto soggettivo nell'orizzonte dell'autodeterminazione, tra "positivismo forte" e "positivismo debole"*

Le domande preliminari alle quali occorre rispondere, per entrare *in medias res*, sono (almeno) due: quale persona? E quale diritto? Occorre preliminarmente intendersi, cioè, su quale sia il "modello" di persona-soggetto cui ci si deve riferire e su quale sia il παράδειγμα giuridico che si deve declinare in relazione a esso.

Ebbene, riducendo a un'estrema sintesi i termini del discorso, possiamo individuare tre "protocolli" di riferimento.

Il primo è quello mounieriano della persona-auto-progettantesi, della persona, cioè, che pretende di far-si e di costituir-si in funzione della

<sup>13</sup> Ricordiamo la nota definizione di persona data da Severino Boezio, secondo la quale "persona est naturae rationalis individua substantia". Severino BOEZIO, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4, 1343.

propria contingente volontà di far-si e di costituir-si *hic et nunc*<sup>14</sup> come modulo<sup>15</sup> a sé, come modulo, cioè, di volta in volta dipendente dalla volontà dell'individuo che si auto-compone secondo il proprio desiderio attuale. Questo, allora, è il παράδειγμα della *post*-modernità debole, del positivismo "inclusente"<sup>16</sup> –diremo, per mutuare una felice immagine di Danilo Castellano– il quale concettualmente dipende dal personalismo moderno e storicamente si attua (*rectius*, cerca di attuarsi), all'interno degli Stati, attraverso le strutture proprie del costituzionalismo liberal-democratico e a livello internazionalistico attraverso l'ideologia dei cc.dd. diritti umani<sup>17</sup> contenuti nelle varie Carte e Dichiarazioni.

Il secondo "protocollo" è quello rousseauiano della persona-cittadino che dipende *in toto* dallo Stato e che esiste, come unità frazionaria, in

<sup>14</sup> È nota la tesi di Mounier, secondo la quale "la persona è un'attività [anziché un ente in sé (nda)] vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione". Emmanuel MOUNIER, *Il personalismo*, p. 8, come a dire che la persona esprime sé stessa auto-creandosi per quello che essa medesima vuole essere nell'*hic et nunc* del suo stesso atto "auto-volitivo".

<sup>15</sup> Mutuiamo, per adesione ideale, la terminologia e l'immagine proposta da Danilo Castellano; egli condivisibilmente osserva, infatti, che la "persona" del/nel personalismo si riduce al "soggetto [che (nda)] si dissolve nella pulsione stessa; diventa un occasionale e contingente fenomeno; perde la sua individualità (quella che l'«io» rivela come realtà sostanziale, duratura, permanente). Il soggetto si dissolve ancora più rapidamente se l'ordinamento giuridico lo rafforza nell'illusione di essere qualcosa di simile a un mobile componibile: mai definito e sempre suscettibile di cambiamento ovvero di nuova «composizione» senza essenza; un uomo che si modella da sé e che esiste come serie di compiti autoassegnati da eseguire e che, perciò, si sottrae a ogni forma di responsabilità. Questo uomo «modulare» per «comporsi» ha bisogno di altri «moduli». Da qui la «rete», puramente sociologica, rappresentata da una società senza fini e da un ordinamento senza *ratio* e senza fondamento". Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, p. 16.

<sup>16</sup> Anche in questo caso mutuiamo, sempre per adesione, la terminologia che Danilo Castellano usa in relazione al problema della laicità; egli opportunamente osserva, invero, che la laicità escludente "implica [indicativo nostro (nda)], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo nostro (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [... mentre la laicità includente (nda)] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa". Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, p. 31.

<sup>17</sup> I quali, come è stato opportunamente detto "non sono riconosciuti perché fondamentali, ma sono definiti [convenzionalmente (nda)] fondamentali perché riconosciuti. La loro esistenza dipenderebbe da una generale 'scelta condivisa'". Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, p. 24; *viceversa* "i veri diritti dell'uomo sono, innanzitutto, esercizio dei suoi doveri [... e (nda)] sono strettamente legati alla sua natura, alla natura delle sue azioni, alla natura delle sue scelte. Hanno, pertanto, un riferimento 'oggettivo' [...] non un fondamento 'soggettivo', anche se quest'ultimo fosse la volontà dello Stato". Danilo CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, p. 18.

virtù di esso e del Corpo politico che questo rappresenta. Quivi si compendia, allora, il παράδειγμα della modernità forte<sup>18</sup>, eppertanto quello di un positivismo totalitario e accentratore, il quale, per sistema, esclude –diremo, in contrapposizione all’immagine di prima– ogni istanza, ogni diritto, ogni libertà, ogni potere *et coetera*, i quali non provengano da sé e i quali non trovino, nelle proprie procedure, la loro fonte genetica, la loro legittimazione, la loro causa.

Ebbene, entrambe le impostazioni concettuali testé citate gravitano nell’orbita del positivismo giuridico e del volontarismo che di questo è “padre”; entrambe, dunque, appalesano *ex se* una struttura secolarizzata e secolarizzante, la quale ha come inevitabile destino il nihilismo e il totalitarismo. Ciò che le discerne tra loro, però, è rappresentato dalla circostanza in virtù della quale la prima di esse pone il proprio *ubi consistam* sul soggetto-individuo ed erige la realizzazione della volontà-pretesa di quest’ultimo a scopo stesso dell’Ordinamento e delle sue Istituzioni, mentre la seconda fa della volontà sovrana dello Stato-*Persona civitatis* il perno dell’intero Sistema ordinamentale, si ché gli stessi soggetti-*citoyens* divengono strumenti per il compimento storico e ideologico di essa.

Il terzo παράδειγμα, da ultimo, è quello che potremmo chiamare della persona-in-sé, della persona in quanto persona, della persona che è –come insegna Severino Boezio– “*naturae rationalis, individua substantia*”<sup>19</sup> e che, in quanto tale –come dirà Antonio Rosmini– avendo “nella sua natura stessa tutti i costitutivi del diritto, essa è [...] il diritto sussistente, l’essenza del diritto”<sup>20</sup>. Con tanto, allora, lungi da ogni forma di positivismo, forte o debole che sia e anche dal personalismo moderno di matrice mounieriana, si definisce l’ontologia della persona *in se*, la realtà oggettiva dell’*esse personae* in quanto tale e così si pone la maggiore premessa concettuale per intendere, classicamente, il diritto e il comando politico nella loro umanità ontologica (*hominum causa omne ius constitutum est*). Vale a dire, per intendere il diritto e il comando politico, non come espressione volontaristica di un potere assoluto e sovrano dello Stato-sui-cittadini o dell’individuo-attraverso-lo-Stato, ma come espressione o esercizio di un’ autorità normata e regolata oggettivamente dall’essenza, dall’essere-

<sup>18</sup> Coerentemente con le premesse della sua impostazione concettuale, Jean-Jacques Rousseau ebbe a precisare che “le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l’uomo”. Jean Jacques ROUSSEAU, *Emilio o dell’educazione*, p. 192, e ciò, proprio in quanto l’uomo dello stato di natura –condizione del tutto ipotetica, della quale non vi è stata, né mai vi sarà esperienza storica– deve scomparire con il contratto sociale –altrettanto ipotetico, fittizio– per lasciare spazio al solo cittadino, alla sola frazione del Corpo politico.

<sup>19</sup> BOEZIO, *op. cit.*, c. 4, 1343.

<sup>20</sup> ANTONIO ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, p. 192.

in-sé dei soggetti che alla stessa sono sottoposti... naturalmente e non per convenzione (sia essa data da un Contratto sociale, da un Patto costituzionale, da una deliberazione referendaria *et coetera*). Il diritto, infatti, è caratterizzato dall'umanità non in quanto esso è creato e voluto, per sé, dall'uomo nell'ambito della sua esperienza storica, ma in quanto esso è proprio dell'uomo sul piano ontologico e sul piano teleologico. Sul piano ontologico, in quanto il diritto, per essere *ius* e non *iniuria*, per essere *ars boni et aequi* e cioè per essere diritto *in se*, è intrinsecamente informato ai principii oggettivi della giustizia e della ragione, è intrinsecamente razionale, ha un'intrinseca intelligenza dell'essere in sé delle cose e del loro ordine naturale; sul piano teleologico, in quanto esso è necessario all'uomo per orientarne (se necessario anche con la forza della sanzione, la quale è sempre esterna alla norma cui dà ausilio) i movimenti della volontà-libero arbitrio sempre nella direzione del giusto-razionale, anche quando questa non venga autonomamente colta e deliberata per sé dal *subiectum agens*, anche quando, cioè, l'autodeterminazione della di lui volontà lo porti a compiere un atto *contra ius et contra rationis*.

Tanto premesso, allora, possiamo declinare le varie *figurae* di libertà e di diritto di autodeterminazione che discendono dai "paradigmi personali" appena enunciati.

Ebbene, se ci si riferisce alla persona mounieriana, alla persona del personalismo contemporaneo e alla modularità strutturale di esso<sup>21</sup>, deve ritenersi che la libertà soggettiva compendiantesi nell'esercizio delle facoltà inerenti al diritto di autodeterminazione coincida *tout-court* con la contingente realizzazione, da parte del soggetto-individuo, del proprio volere più autentico; in altri termini, possiamo dire che la libertà della persona, in questo contesto concettuale proprio del liberalismo e del costituzionalismo *post-moderni*<sup>22</sup>, è solamente e necessariamente quella

<sup>21</sup> Danilo Castellano rileva che "il personalismo contemporaneo propone [...] di assicurare alla persona la realizzazione dei suoi desideri e dei suoi progetti [...] per mezzo dello Stato [...] l'ordinamento giuridico deve in questa prospettiva, garantire le condizioni formali e sostanziali dell'eguaglianza nella diversità e alla diversità delle opzioni [...], ritenute tutte legittime, perché tutte consentirebbero alla persona il suo sviluppo e la sua piena realizzazione [...] è per questo che l'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo si rivela un surrogato del vero ordine, indispensabile a ogni persona e a ogni società [...]. L'ordinamento giuridico altro non sarebbe che un provvisorio 'regolamento' subordinato alle sempre mutevoli 'decisioni' della persona e, quindi, delle persone". CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico...*, *op. cit.*, p. 11 e ss.).

<sup>22</sup> Non impropriamente Miguel Ayuso Torres ha precisato che "el Derecho constitucional es el Derecho natural del Estado moderno" [come lo ha definito Pietro Giuseppe Grasso, citato dallo stesso Miguel Ayuso Torres (nda)] y el constitucionalismo non es otra cosa que la ideología de la Constitución liberal". MIGUEL AYUSO TORRES, ¿Hay un poder

negativa, quella, cioè, che riprendendo le parole di Hegel, è “determinata in sé e per sé, perché essa non è altro che l’autodeterminarsi del volere”<sup>23</sup>.

Ciò significa, però, che il “diritto liberale” di autodeterminazione della “persona mounieriana”, quale “diritto” alla libertà-negativa ↔ autodeterminazione-assoluta dell’individuo, si sostanzia nel mero potere del *subiectum volens* di agire sulla base della libera volontà che egli stesso manifesta, per sé, *hic et nunc*. Si tratta, allora, di un “diritto” assoluto, anarchico,  $\alpha$ -giuridico e  $\alpha$ -legale, il quale è figlio della secolarizzazione politico-giuridica *post-moderna* e il quale postula una  $\mu\alpha\rho\acute{\alpha}$ -sovranità dell’individuo all’interno della  $\mu\alpha\rho\acute{\alpha}$ -sovranità dello Stato. Esso è –in estrema sintesi– un “diritto” assoluto, poiché è *ab-solutus*, vale a dire sciolto da legami e dipendente solo dai movimenti della volontà-libera del suo titolare storico; è un “diritto” anarchico, poiché esso ricusa ogni ordine e ogni *auctoritas* e fa, della volontà auto-voluta e auto-volentesi, l’unico *ἀρχέτυπος* di riferimento; è un “diritto”  $\alpha$ -giuridico e  $\alpha$ -legale poiché esso prescinde sia dalla giuridicità in sé, sia dalla legalità, vale a dire che prescinde, per quanto riguarda il proprio contenuto, sia dal riferimento ontologico all’essere della giustizia, sia dal riferimento teorico al Sistema dello *ius positum* ed è, in fine, un “diritto” figlio della secolarizzazione politico-giuridica poiché esso nasce in un contesto concettuale  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -immanente, il quale ricusa ogni trascendenza, vera o falsa che sia<sup>24</sup> e il quale considera l’immanenza del proprio attuar-si-libero, assolutamente bastevole a sé stessa e alla propria “giustificazione/legittimazione”.

La questione, allora, consiste nel capire in quale modo siffatto “diritto” possa trovare una sua “collocazione” nell’ambito dell’Ordinamento positivo vigente e cioè si tratta di capire in quale modo un “diritto” alla libertà negativa possa essere coerente con un sistema di regole pur vigenti e pur vincolanti per i loro destinatari; in altri termini –per usare un’espressione “forte”, ma efficace– si tratta di capire come possano residuare all’interno della c.d. società civile, retaggi dello stato di natura.

---

constituyente?, p. 139) sicché è “absurdo de considerar como ‘jurídico’ un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside [...] la primera y suprema fuente del Derecho, que representan el nacimiento del Derecho ‘objetivo’. Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y Derecho”, *op. cit.*, p. 153.

<sup>23</sup> Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, p. 197 e s.

<sup>24</sup> Danilo Castellano 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”. Danilo CASTELLANO, “Prefazione”, p. XII.

Ebbene, il diritto all'autodeterminazione del *velle volutum* proprio della *post-modernità* politico-giuridica si sostanzia, all'interno dell'Ordinamento modulare, in un "diritto volitivo" del soggetto di realizzare la propria volontà, qualunque contenuto essa abbia, purché, però –ecco il punto archimedeo!– tale volontà trovi una propria forma di "veicolazione" normativo-legale entro le maglie formali appaacciate per lei dal Sistema vigente e dalle sue Istituzioni<sup>25</sup>. Si tratta, cioè, di considerare geograficamente la libertà-autodeterminazione e quindi di considerarla sacrificabile e comprimibile in termini assoluti per consentirne l'espansione più ampia possibile in termini relativi. La quadratura del cerchio, allora, avviene definendo, per norma (amministrativa)<sup>26</sup>, ambiti e spazi πύv-privati rimessi all'anarchia individuale, cioè rimessi alla libera autodeterminazione del soggetto; la quale autodeterminazione, dunque, se incontra limiti invalicabili di carattere esterno, punto definiti dai confini della *property* (lockiana), non è nel contempo soggetta a criteri interni al e per il suo esercizio concreto. Il proprietario lockiano, infatti –per fare l'esempio archetipico– il quale è titolare di un diritto incondizionato sulla propria vita, sulla propria libertà e sui proprii beni, da un lato, tutto può fare sopra ciò che costituisce l'oggetto del suo diritto (può suicidarsi, può darsi in ischiavitù, può distruggere o lasciare deteriorare i beni che possiede) e questo rappresenta l'aspetto anarchico di esso, il *quomodo* –diremo– libero e assoluto della sua autodeterminazione liberale; dall'altro lato, però, egli medesimo nulla può oltre il recinto della sua *property*, vale a dire al di là e al di furori di ciò che costituisce l'oggetto del suo diritto e questo rappresenta il limite normativo/legale esterno, il limite geografico alla sua libertà negativa-autodeterminazione del *velle*. Di talché, da un lato, ogni norma e ogni regola di carattere sostanziale, cioè relativa al *quomodo* dell'esercizio dei diritti soggettivi, rappresentano un ostacolo alla manifestazione concreta e autentica della libertà negativa del soggetto e in quanto tale cozzano con le *rationes* liberali del costituzionalismo moderno e con l'ideologia dell'autodeterminazione; mentre, dall'altro lato tutto il Sistema dello *ius positum* concorre –se così possiamo dire– ad ampliare sempre di più i "recinti" soggettivo-individuali entro i quali ciascun titolare possa autodeterminare il proprio volere nel modo più libero-assoluto possibile.

<sup>25</sup> Ralf Dahrendorf, per esempio, ha sostenuto la tesi secondo la quale la libertà politica del cittadino, all'interno del proprio Stato "significa costruire le istituzioni secondo i nostri intendimenti". Ralf DAHRENDORF, *Legge e ordine*, p. 137, vale a dire... soggettarle alla volontà della maggioranza politica, onde esse ne divengano lo strumento attuativo.

<sup>26</sup> Sul punto facciamo rinvio –*si vis*– alla più ampia trattazione del tema in Rudi Di MARCO, *Autodeterminazione e diritto, passim*, in particolare, cap. II, § 2, p. 35 e ss.

Il c.d. diritto soggettivo-positivo di autodeterminazione assume, quindi, le foggie di un “contenitore ideologico” atto a incamerare le varie declinazioni del “diritto” alla *property/privacy* individuale e dunque del diritto a non subire ingerenze di carattere *lato sensu* pubblico *in rebus privatis*. Non a caso –lo citiamo a titolo di mero esempio– la Corte di Strasburgo (c.d. Corte EDU) riconduce le varie declinazioni del diritto di autodeterminazione<sup>27</sup> entro il contesto concettuale definito dall’art. 8 C.E.D.U. a mente del quale

*“toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...]. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure [...] nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique [...] à la défense de l'ordre [...] ou à la protection des droits et libertés d'autrui”.*

Ciò significa, però, che una tale “struttura includente” del Sistema, la quale configura l’Ordinamento e le sue Istituzioni in funzione servente rispetto alle opzioni, ai *desiderata* individuali, palesa quantomeno due profili di problematicità e una *contradictio in adiecto*: il primo profilo concerne la particolare concezione del privato che essa presuppone; il secondo riguarda l’aspetto di “esclusione indiretta”, proprio del sistema includente che rappresenta l’*humus* ideologico di essa, mentre la contraddizione consiste nella necessaria e inevitabile negazione operativa, per sistema, del “principio” che si pretende e afferma *in thesis* come assoluto del sistema. Non possiamo approfondire i problemi *de quibus*; dobbiamo fare emergere, però, alcune questioni. In relazione al primo profilo, infatti, giova osservare che il privato del liberalismo *post-moderno* non coincide con ciò che è privato *in se*, con ciò che è privato, cioè, in quanto proprio della persona e dei rapporti interpersonali, eppertanto con ciò che è soggetto, *ex se*, alle regole del diritto dei privati (dello *ius privatorum*), vale a dire alle regole che disciplinano la vita privata della persona umana e i rapporti di questa con le altre persone nell’ordine del giure proprio di essi, ma coincide, all’opposto, con il “concetto” (di origine nordamericana<sup>28</sup>) di *privacy* e quindi coincide con una sfera concettuale di

<sup>27</sup> A titolo d’esempio può ricordarsi le pronunzie 21 Luglio 2015, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO, Oliari (*et al.*) *versus* Italia, Ricorsi N° 18766/2011 *et* N° 36030/2011 in materia di cc.dd. unioni civili, o anche la sentenza 20 Marzo 2007, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO, Tysiàc *versus* Polonia, Ricorso N° 5410/2003 in materia di c.d. diritto all’aborto *et coetera*.

<sup>28</sup> Basti fare riferimento alle teorie sulla *privacy* elaborate da Samuel WARREN – Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, pp. 193-220.

immunità dell'individuo rispetto a qualunque ingerenza esterna e rispetto a qualunque regola oggettiva: il privato che fa da sfondo all'ideologia dell'autodeterminazione del *velle*, dunque, rappresenta un ambito assolutamente intimo dell'individuo medesimo, il quale ambito è da un lato totalmente rimesso alla volontà di quest'ultimo e dall'altro è radicalmente sottratto a ogni forma di sindacato, di giudizio, di regolamentazione *et coetera* e ciò, come se all'interno della persona umana coabitassero due anime, una pubblica, la quale deve sottostare alle regole del pubblico, alle regole che ne disciplinano *ab externo* la c.d. vita sociale e una privata, completamente indipendente e libera, cioè priva di regole e di principii, rimessa *in toto* alle auto-decisioni subietive e... μικραί-sovrane. Qualora ci si domandi, poi, in che cosa consista e come si definisca il crinale discrezionale tra le due anime e quindi tra il privato-*privacy* e il pubblico *lato sensu* inteso, tosto si ritorna al discorso fatto prima e si deve osservare che ciò dipende, *ex funditus*, dal contenuto delle norme vigenti cui è ufficio di tracciare i confini geografici tra soggetto e soggetto, tra individuo e individuo a seconda dell'estensione quantitativa delle rispettive *properties*. Per quanto riguarda, poi –e il discorso è perfettamente collegato a quest'ultimo rilievo– l'aspetto di "esclusione indiretta" del sistema includente cui abbiamo fatto cenno, deve osservarsi che se da un lato l'Ordinamento liberale della *post-modernità* si fa strumento per la realizzazione delle libertà negative individuali e dunque modula il proprio Sistema per includervi i cc.dd. nuovi diritti, dall'altro, nel definirli per norma, esso esclude sia i (o alcuni) diritti in sé, cioè i (o alcuni) diritti naturali, sia quelle pretese soggettive le quali non abbiano avuta la forza necessaria per affermarsi all'interno del Sistema medesimo<sup>29</sup>. Un esempio può essere offerto dalla legge italiana in materia di divorzio (L. 898/1970), o anche dalla legge italiana, più recente, in materia di cc.dd. unioni civili (L. 76/2016). Entrambe rappresentano sì strumenti che il Sistema apparecchia per consentire sempre maggiori spazi di autodeterminazione individuale: quella di chi non voglia più rimanere vincolato al coniuge nel caso del divorzio, o quella di coloro i quali vogliano che la propria unione sentimentale (innaturale) assuma

<sup>29</sup> Per esempio Gustavo Zagrebelsky descrive il c.d. Stato politologico quale stato nel cui sistema "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)". Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 44. Carlo Cereti –per fare un altro esempio– nota che "la sovranità dello Stato [...] non può mai prescindere dalle finalità determinate e volute dalle forze politiche". Carlo CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, p. 247, prevalenti nelle istituzioni e nei processi formativi delle istituzioni, tant'è che "il carattere elettivo e rappresentativo dei supremi organi costituzionali è garanzia che quelli e non altri fini [...] saranno perseguiti e attuati", *op. cit.*, p. 247 e s.

una veste normativo-istituzionale assimilabile a quella del matrimonio, ma e l'una e l'altra operano una sorta di esclusione indiretta. La legge sul divorzio, infatti, esclude dall'Ordinamento il diritto (naturale) del coniuge il quale, volendo adempiere le obbligazioni nascenti dal vincolo di coniugio, non desideri (e magari rifiuti addirittura) lo scioglimento giudiziale del proprio matrimonio, quindi esclude il diritto all'autodeterminazione nel senso della permanenza del vincolo e del rapporto in parola. La citata legge sulle cc.dd. unioni civili, invece, inserendo nel proprio articolato la disciplina di alcune soltanto tra le forme di possibile "unione sentimentale", esclude che la pretesa di coloro i quali danno luogo ad altre forme di convivenza possa ottenere la medesima "istituzionalizzazione": si pensi all'ipotesi della c.d. poligamia, oppure all'ipotesi della c.d. relazione incestuosa (la quale, almeno in Italia, continua a costituire fattispecie di reato) *et coetera*. È chiaro, allora – e qui veniamo alla *contradictio in adiecto* – che il Sistema *de quo*, pur astrattamente postulando il dogma della libertà negativa e dell'assoluta autodeterminazione del volere e pur legittimandosi in virtù della loro massimizzazione normativa, di fatto, anche quando si industria per includere nel proprio Ordinamento quelle fattispecie le quali, essendo volute dalle *lobbies* di maggiore pressione, riescono ad affermarsi per norma e così ad ampliare gli spazi di libertà negativa individuale (estendendo *in casibus* i confini delle varie *properties* lockiane), di fatto... negano l'autodeterminazione assoluta e l'assoluta libertà negativa del soggetto e quindi la loro stessa *ratio*, punto finendo con il conculcare tutte le forme della loro manifestazione storica, le quali siano eccentriche rispetto a quelle legali, cioè rispetto a quelle sussumibili entro le varie fattispecie positive. E la questione (come tutte le questioni giuridiche o anche solo legali) non è solamente geografica, come potrebbe *ictu oculi* parere, inquantocché essa non concerne la mera estensione quantitativa della *privacy* individuale, ma riguarda, ancora prima e innanzi tutto, l'*an* dei diritti e l'*an* delle libertà, vale a dire che riguarda la loro stessa previsione normativo-legale, eppertanto la loro stessa "esistenza" *in legibus*.

Qualora, invece, cogliendo una differente prospettiva del liberalismo<sup>30</sup>, si prenda a riferimento lo *σχῆμα* rousseauiano del cittadino-unità

<sup>30</sup> Gioele Solari, come è noto, ha ben illustrato i termini del liberalismo rousseauiano legato all'essenza assolutistica del "suo" Stato e Danilo Castellano ha opportunamente osservato che "l'assolutismo di Rousseau [...] lungi dall'essere una deviazione del liberalismo, rappresenta un suo coerente sviluppo". Danilo CASTELLANO, *L'ordine della politica*, p. 59, infatti, "non può negarsi che lo Stato del Rousseau sia assoluto e assoluto non solo nella forma, ma nella sostanza. Ma l'assolutismo del Rousseau è la condizione del suo liberalismo: l'uno e l'altro debbono intendersi eticamente. Lo Stato, scrive il Rousseau, deve poter costringere l'uomo [*recte*, il cittadino (nda)] ad essere libero del suo malgrado.

frazionaria, il quale partecipa della libertà dello Stato-corpo politico, come la frazione partecipa della libertà dell'intero cui appartiene e il quale è e può essere libero solo in virtù dello Stato e della legge-atto della volontà generale che da quest'ultimo promana nella sua stessa effettività, deve coerentemente concludersi che l'unico diritto di autodeterminazione possibile sia quello sostanziantesi nell'esercizio delle facoltà riflesse dal c.d. diritto oggettivo sul soggetto, attraverso le strutture proprie dei diritti soggettivo-positivi, vale a dire attraverso le strutture proprie di quelli che von Gerber definiva *Reflexrechte*<sup>31</sup>.

In questo senso, allora, la libertà negativa-autodeterminazione del soggetto coincide con la libertà negativa del *citoyen*, con la libertà civile dello *homme en société*, per mutuare la dizione dell'art. 1 della *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* del 1795<sup>32</sup> e questa libertà, sempre negativa, ovviamente, si condensa, in ultima istanza, nella libertà legale, ovverosia nella libertà che deriva dalle *norme positae* e che dipende dal contenuto sostanziale di queste, nel loro Ordinamento-sistema di riferimento. Esse norme, dunque, non sono da considerarsi alla stregua di meri limiti esterni alla libertà-autodeterminazione della persona-*citoyen*, alla stregua di "recinti legali" deputati a massimizzare, contenendoli, gli ambiti di *property/privacy* individuale e nemmeno –si badi– sono da considerarsi "strumenti inclusivi" dei cc.dd. nuovi diritti, ma al contrario esse sono da considerarsi condizione e mezzo, in un tempo, per l'esercizio della stessa libertà soggettivo-civile, sia pure inteso come "esercizio per partecipazione", in quanto la libertà negativa del *citoyen*-unità frazionaria partecipa quantitativamente e qualitativamente della libertà negativa del Corpo politico cui essa appartiene. Ovviamente... l'*ἀρχέτυπον* di riferimento è alle sole *normae positae*, vale a dire alle sole norme che attuano la volontà sovrana dello Stato –il quale solo è e rimane nella condizione di assoluta e piena libertà negativa– e che compendiano in sé medesime il senso stesso del diritto soggettivo quale *facultas agendi ex norma agendi*<sup>33</sup> o, per

---

Nello Stato del Rousseau [infatti (nda)] l'uomo [*recte*, il cittadino (nda)] non ha la scelta tra la legge del senso e quella del dovere: esso deve seguire quest'ultima perché vuole essere libero". Gioele SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, p. 67.

<sup>31</sup> Cfr. Carl Friedrich Wilhelm VON GERBER, *Diritto pubblico*, *passim*.

<sup>32</sup> Peraltro, la stessa *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* del 1795, sempre all'art. 1, dopo avere detto che "les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété" precisa che "la liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui" e in tanto si nota il germe già considerato, sia pure con un breve cenno, dell'ideologia che sarà sviluppata da Immanuel Kant.

<sup>33</sup> Il diritto soggettivo, infatti, viene tradizionalmente definito come "la signoria del volere, il potere di agire (*agere licere*) per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'Ordinamento". Andrea TORRENTE, Piero SCHLESINGER, *Manuale*

meglio dire, che compendiano in sé medesime il senso stesso di quello che Franco Todescan ha chiamato “il primato del diritto oggettivo sul diritto soggettivo”<sup>34</sup>. Ed è chiaro che un contesto come questo si strutturi in una forma direttamente e palesemente escludente rispetto a ogni istanza estranea alle proprie categorie ideologiche e alle proprie procedure formal-istituzionali; ciò non significa –ovviamente– che il “vecchio” positivismo forte (quello teorizzato da Nicola Matteucci, per esempio<sup>35</sup>) sia statico e che esso non consenta una certa evoluzione normativa interna a sé, ma solo significa che quest’ultima può e deve avvenire, quantomeno *in thesis*, solamente in funzione dello Stato e in attuazione della sua sovranità e non mai –diremo– per rispondere a esigenze, istanze, pressioni *extra*-statuali e potenzialmente *contra*-statuali. I “nuovi diritti”, invero, che il positivismo *more antiquo* può concepire come evoluzione di quelli già vigenti, non sono da considerarsi, allora, diritti di libertà dell’individuo, diritti, cioè, che l’individuo, attraverso i gruppi di pressione cui appartiene, riesce a conquistar-si all’interno delle Istituzioni, diritti, dunque, che liberano l’individuo dalle previgenti costrizioni statuali, ma sono da considerarsi, all’opposto (come gli altri!), diritti di libertà dello Stato, ovverosia diritti che esprimono una nuova forma e una nuova manifestazione della medesima libertà-volontà-sovrantà-autodeterminazione dello Stato e quindi, per partecipazione, anche del cittadino.

È ben chiaro, allora, che le due impostazioni concettuali appena delineate si collochino, *prima facie*, l’una agli antipodi rispetto all’altra: la prima, infatti, propone un’esaltazione assoluta della libertà negativa dell’individuo, fino a far coincidere l’*esse personae* con il prodotto dello

---

*di diritto privato*, p. 64. Anche Alberto Trabucchi, peraltro, scrisse 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”. Alberto TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, p. 3.

<sup>34</sup> Franco TODESCAN, *Itinerari critici dell’esperienza giuridica*, p. 78.

<sup>35</sup> Nicola Matteucci, infatti, afferma che “il concetto di sovranità è un potentissimo strumento teorico per l’affermazione dello Stato moderno: è l’arma più raffinata per vincere tutte le resistenze dal basso, ma sancisce anche la separazione dello Stato dalla società non più padrona del suo *ius* [...] la teoria della sovranità muta con il 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 perché *oboedientia facit imperantem*”. Nicola MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, p. 30 e ss. Renzo Capotosti, che citiamo a titolo di ulteriore esempio, afferma, coerentemente coll’ideologia positivista, che “lo Stato crea il diritto positivo, il quale pertanto è un prodotto dello Stato [...] la legge, essendo un prodotto dello Stato, è naturalmente soggetta alla politica [...] la politica può [...] modificare la legge, innovarla o abrogarla [...] sempre salvi i limiti [del tutto legal-formali (nda)] della compatibilità costituzionale”. Renzo CAPOTOSTI, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, p. 9.

stesso *velle* soggettivo e fino a condensare il *proprium* del diritto di autodeterminazione nel contenuto di una volontà virtualmente assoluta e intrinsecamente priva di criterii operativi, anche se di fatto delimitata *ab externo* per le citate ragioni di c.d. ordine pubblico (*ne cives ad arma ruant*); la seconda, invece, propone un totale e radicale annichilimento della volontà individuale ad appannaggio dell'unica volontà e dell'unica libertà possibile che è quella dello Stato, onde il contenuto del citato diritto di autodeterminazione del *citoyen* si sostanzia nel mero compendio di facoltà legali che promanano *ex lege* dal c.d. diritto oggettivo. È altrettanto evidente, però, che la divergenza tra le due espressioni testé vedute del medesimo positivismo giuridico, se è indubbiamente netta sul piano teorico-concettuale dell'analisi, essa è assai meno marcata di quanto possa apparire nel momento in cui si voglia cogliere l'aspetto pratico e concreto dei problemi che pone.

Invero, possiamo rilevare che la spirale del positivismo travolge e ingloba in sé medesima sia quella che potremmo chiamare "autodeterminazione includente", sia quella che, sempre riprendendo il pensiero di Danilo Castellano (pur espresso in altro contesto e segnatamente con riferimento al problema della laicità<sup>36</sup>) potremmo chiamare "autodeterminazione escludente". Se è vero, infatti, che la prima è propria del personalismo costituzionalista liberale, in virtù del quale lo Stato deve far-si strumento per la trasformazione delle pretese individuali in diritti soggettivo-positivi e per la realizzazione di essi e se è vero che la seconda è propria del c.d. positivismo forte, in virtù del quale ogni volizione e ogni rivendicazione soggettiva debbono essere escluse dalle questioni *de iure condito*, tutto il significato della libertà, compendiandosi nel contenuto, esplicito o implicito che sia, della legge positiva e vigente, è altrettanto vero che sia l'una, sia l'altra non superino le strutture formali del c.d. diritto soggettivo-positivo e anzi a esse rimandino immediatamente. Sicché... volendo domandarsi, con riguardo ad ambedue le *figurae* di autodeterminazione, in che cosa consistano, di fatto, le facoltà legali della persona di autodeterminarsi, l'unica risposta possibile è quella che rimanda al contenuto delle *normae positae*, onde la persona avrà, in entrambe i contesti concettuali, tutti e soli i "diritti" dei quali l'Ordinamento la faccia capo d'imputazione; ella

<sup>36</sup> Danilo Castellano osserva che la laicità escludente implica "da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa [... pretende (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [... mentre la laicità includente (nda)] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa". CASTELLANO, *Ordine...*, *op. cit.*, p. 31, *id est* come diritto alla realizzazione di un *desideratum* purchessia, come esercizio della c.d. libertà di credenza (non certo come diritto all'adempimento dei proprii doveri religiosi).

potrà, dunque, autodeterminare ogni volontà che non contrasti con la legge e potrà giovare di tutte le strutture operativo-istituzionali che la legge medesima abbia variamente apparecchiate con il e nel proprio Sistema.

#### 4. *L'autodeterminazione come contenuto del diritto e come esperienza della libertà autenticamente umana*

Accogliendo, invece, il citato principio boeziano della *persona naturae rationalis individua substantia* e abbandonando, conseguentemente, gli schemi del positivismo, i quali vogliono e debbono fare coincidere la persona stessa con il solo cittadino e la libertà medesima con la sola libertà legale definita dallo *ius positum*, possiamo rilevare che il diritto di autodeterminazione della persona umana, lungi dall'essere un diritto di libertà negativa alla realizzazione di qualsivoglia pretesa del volere e dunque lungi dal porsi nel solco tracciato col vomere dei cc.dd. diritti civili e dei cc.dd. diritti umani, propriamente rappresenta... un diritto dell'uomo<sup>37</sup>, un diritto, cioè, della persona umana alla libera realizzazione di ogni opzione sua propria, la quale opzione –è inteso– sia in sé legittima, in sé giuridica e in sé razionale e dunque... la quale opzione sia ontologicamente conforme alla sua natura di uomo. In questo senso, allora, riteniamo opportuno parlare di “diritto all'autodeterminazione dell'*esse personae*”, rappresentando, quest'ultimo, nella sua realtà ontologica, il criterio intrinseco alla stessa essenza del diritto in parola.

Ebbene, è chiaro che il movimento della libera volontà soggettiva, l'opzione della persona *compos sui et suorum*, l'atto, in fine, di esercizio del libero arbitrio, rappresentino, in un tempo, il presupposto e il contenuto del diritto in parola, non potendosi concretare, infatti, alcun diritto di autodeterminazione, se non in forza di una libera scelta del titolare di esso, la quale ne definisca un contenuto e un fine precipuo, è altrettanto chiaro che la volontà e il libero arbitrio, in quanto tali, non possano affatto rappresentare il criterio, il principio per individuare ciò che può concre-

<sup>37</sup> Danilo Castellano opportunamente rileva che “i veri diritti dell'uomo sono, innanzitutto, esercizio dei suoi doveri [... e (nda)] sono strettamente legati alla sua natura, alla natura delle sue azioni, alla natura delle sue scelte. Hanno, pertanto, un riferimento ‘oggettivo’ [...] non un fondamento ‘soggettivo’, anche se quest'ultimo fosse la volontà dello Stato”. CASTELLANO, *Razionalismo...*, *op. cit.*, p. 18; *viceversa*, i cc.dd. diritti umani “non sono riconosciuti perché fondamentali, ma sono definiti [convenzionalmente (nda)] fondamentali perché riconosciuti. La loro esistenza [adunque (nda)] dipenderebbe da una generale ‘scelta condivisa’”. CASTELLANO, *Ordine...*, *op. cit.*, p. 24.

tamente rappresentare il *proprium* del diritto di autodeterminazione. La persona capace di intendere e di volere, infatti, può coscientemente volere sia il bene, sia il male; sia il giuridico, sia l'antigiuridico e parimenti ella può esercitare il proprio libero arbitrio –che sant'Agostino, opportunamente, ha definito "*libertas minor*"– sia facendo ciò che è giusto fare, sia facendo ciò che è ingiusto fare. Sicché, per potere propriamente parlare di diritto di autodeterminazione e per potere propriamente intendere il diritto *de quo* nell'ordine del giure suo proprio, occorre che l'atto di autodeterminazione della persona sia un atto intrinsecamente qualificato dalla giuridicità, eppertanto intrinsecamente qualificato da quella razionalità ontologica che lo rende veramente confacente all'essere umano; è, insomma, la giuridicità oggettiva dell'atto che rende propriamente giuridica la facoltà e la libertà soggettiva di compierlo, non la deliberazione per sé in quanto auto-decisione, né il potere di fatto o il potere legale (*id est*, "riflesso" dalla *norma legis*).

Di talché il diritto di autodeterminazione, quale diritto di libertà veramente umana e veramente razionale, cioè veramente confacente alla natura dell'uomo *in se*, non può essere definito alla stregua di un diritto all'anarchia *in re propria*, alla stregua, cioè, di un diritto alla *privacy* individuale, quale prerogativa di non ingerenza entro i confini della *property* soggettiva, né può essere definito come un diritto che termina laddove principia quello altrui, ma dev'essere considerato per la giuridicità oggettiva delle legittime scelte e delle legittime opzioni che concretamente consente al suo stesso titolare sulla base del contesto storico concreto nel quale egli si trova.

### 5. Breve epilogo conclusivo

Per concludere, allora, solo un approccio concettuale che potremmo definire (*si parva licet...*) teoretico, filosofico nel significato classico della *σοφία*, può evitare, con riferimento al problema dell'autodeterminazione soggettiva (ma non solo), derive di carattere ideologico e finalmente dogmatico, chiusure alla verità e aperture ai totalitarismi.

Infatti, solo considerando la persona in ragione della sua natura oggettiva e solo considerando il diritto alla libertà come diritto in sé, cioè come diritto all'esercizio di una facoltà ordinata secondo ragione, eppertanto ontologicamente umana, si può evitare di incorrere nei dogmatismi, siano essi quelli di Stato, proprii dell'impostazione rousseauiano-hegeliana, oppure quelli individualistici proprii dei liberalismi *post-moderni* e dei personalismi di matrice mounieriana.

La contrapposizione, infatti, tra sovranità dello Stato e sovranità dell'individuo è una falsa contrapposizione tutta interna alle *rationes* della modernità: essa, invero, da un lato non supera la concezione della libertà come negativa, concezione punto propria del modernismo politico-giuridico, ma solo ne sposta –eppure su di un piano eminentemente astratto– il capo d'imputazione; dall'altro non emancipa nemmeno l'individuo dalla sua condizione di πᾶν-cittadino, *id est* dalla sua condizione di “prodotto” dello Stato. Si tratta, infatti, di una ψευδο-contrapposizione tra sovranità dello Stato-forte, intesa quale sovranità centrale e centralista e sovranità dello Stato-debole intesa quale sovranità liquida e diffusa, astrattamente appartenente agli individui e alle *lobbies* di maggior pressione politica, ma di fatto esercitata ed esercitabile, pur da questi ultimi, attraverso le Istituzioni pubbliche, vale a dire attraverso le strutture dello Stato-apparato e dunque attraverso lo Stato *sic et simpliciter*.

Tutta questa “lotta” interna alla modernità, la quale nasce –potremmo dire– con i costituzionalismi e cioè con la pretesa di arginare il potere statale attraverso una norma “detta” fondamentale, allora, non porta a nulla: lo Stato resta sempre il sovrano, anche quando veste i panni della democrazia (intesa quale fondamento del governo) ed esso resta sempre la prima fonte dello *ius positum* e della libertà civile, cioè della libertà dell'*homme en société*. Tantomeno questo porta alla verità del diritto, alla verità della libertà e alla verità dell'autodeterminazione soggettiva; neppure porta all'affermazione di diritti individuali di libertà-*privacy* azionabili anche contro lo Stato, nella duplice veste di soggetto e di apparato e nemmeno consente, in fine, il superamento dialettico del conflitto e dei conflitti, ma, al contrario, radica dommaticamente il conflitto e i conflitti, nel Sistema e per sistema, pur evitandone gli effetti “epidermici”. Sicché... anche la *post*-modernità, virtualmente opposta ai dommatismi e nata, nel suo relativismo genetico, in virtù di tale opposizione e per il fine di emancipare gli individui dalla verità, dalla legge, dall'ordine *et coetera*, resta prigioniera del proprio auto-dommatismo, eppertanto essa resta *α* -/anti-veritativa come la ψευδο-verità dello Stato forte che intenderebbe ricusare. La non-verità relativistico-nihilistica dello Stato-debole, invero, negando una verità trascendente e un ordine naturale-razionale e negando, nel contempo, anche la falsa verità (e la falsa-immanenza) dello Stato forte, afferma perentoriamente, seppure contraddittoriamente, la verità della loro inesistenza o della loro rilevanza... onde essa si manifesta come dogmatica dell'antidogmatismo<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Non a caso Richard Rorty teorizzò e affermò la priorità della democrazia, cioè della “verità” propria del e interna al sistema democratico, rispetto alla verità in sé della filosofia,

## Bibliografia

- ALVEAR TELLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ARENDT, Hannah, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995.
- ARISTÓTELES, *Política*, edición bilingue, traducción de Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris, Librairie philosophique de Ladrance, 1874.
- AYUSO TORRES, Miguel, "¿Hay un poder constituyente?", en Miguel AYUSO TORRES (dir.), *El problema del poder constituyente*, Madrid, Pons, 2012.
- BOEZIO, Severino, "Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)", in Jacques Paul MIGNE, *Patrologia latina*, Parigi, Garnier, 1882-1891, LXIV.
- CAPOTOSTI, Renzo, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, Torino, Giappichelli, 2013,
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CASTELLANO, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- CASTELLANO, Danilo, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- CASTELLANO, Danilo, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003.
- CASTELLANO, Danilo, "Prefazione", in Pietro GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, CEDAM, 2002.
- CERETI, Carlo, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, UTET, 1963.
- DAHRENDORF, Ralf, *Legge e ordine*, Milano, Giuffrè, 1991.
- DI MARCO, Rudi *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1965
- HEIDEGGER, Martín, *Essere e tempo*, Milano, Mondadori, 2011.
- KANT, Immanuel, "Sopra il detto comune "questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica", in Norberto BOBBIO, Luigi FIRPO, Vittorio MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET, 1965.
- KANT, Immanuel, *Stato di diritto e società civile*, Roma, Editori Riuniti, 1982.
- LOCKE, John, *Secondo trattato sul governo*, Milano, BUR, 2013.

---

come a dire che la prima prevale sulla seconda in quanto opzione maggioritariamente condivisa. Cfr. Richard RORTY, "La priorità della democrazia sulla filosofia", p. 48.

- MATTEUCCI, Nicola, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- MONTEJANO, Bernardino, “Reportaje a Danilo Castellano”, in *Centuriòn*, Buenos Aires, ottobre-noviembre 2014.
- MOUNIER, Emmanuel, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952.
- RORTY, Richard, *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in Gianni VATTIMO (a cura di), *Filosofia '86*, Roma-Bari, Laterza, 1987.
- ROSMINI, Antonio, *Filosofia del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1967.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Emilio o dell'educazione*, Roma, Armando, 1994.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *La ley natural en la teleraña de la razón. Ética, Derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- SOLARI, Gioele, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, Guida, 2000.
- STRAUSS, Leo, “Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger”, in AA.VV., *Su Heidegger, cinque voci ebraiche*, Roma, Donzelli, 1998.
- TODESCAN, Franco, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1991.
- TORRENTE, Andrea e Piero SHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2005.
- VON GERBER, Carl Friedrich Wilhelm, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971.
- WARREN, Samuel, Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review*, vol. IV, N° 5, Harvard, 1890.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

#### SENTENCIAS Y DOCUMENTOS

- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso, N° 2346/2002, sentenza 29 aprile 2002.
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Oliari (et al.) versus Italia*, Ricorsi N° 18766/2011 et N° 36030/2011, sentenza 21 Luglio 2015.
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Tysiàc versus Polonia*, Ricorso N° 5410/2003, sentenza 20 marzo 2007.
- DICHIARAZIONE D'INDIPENDENZA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, 4 Luglio 1776.